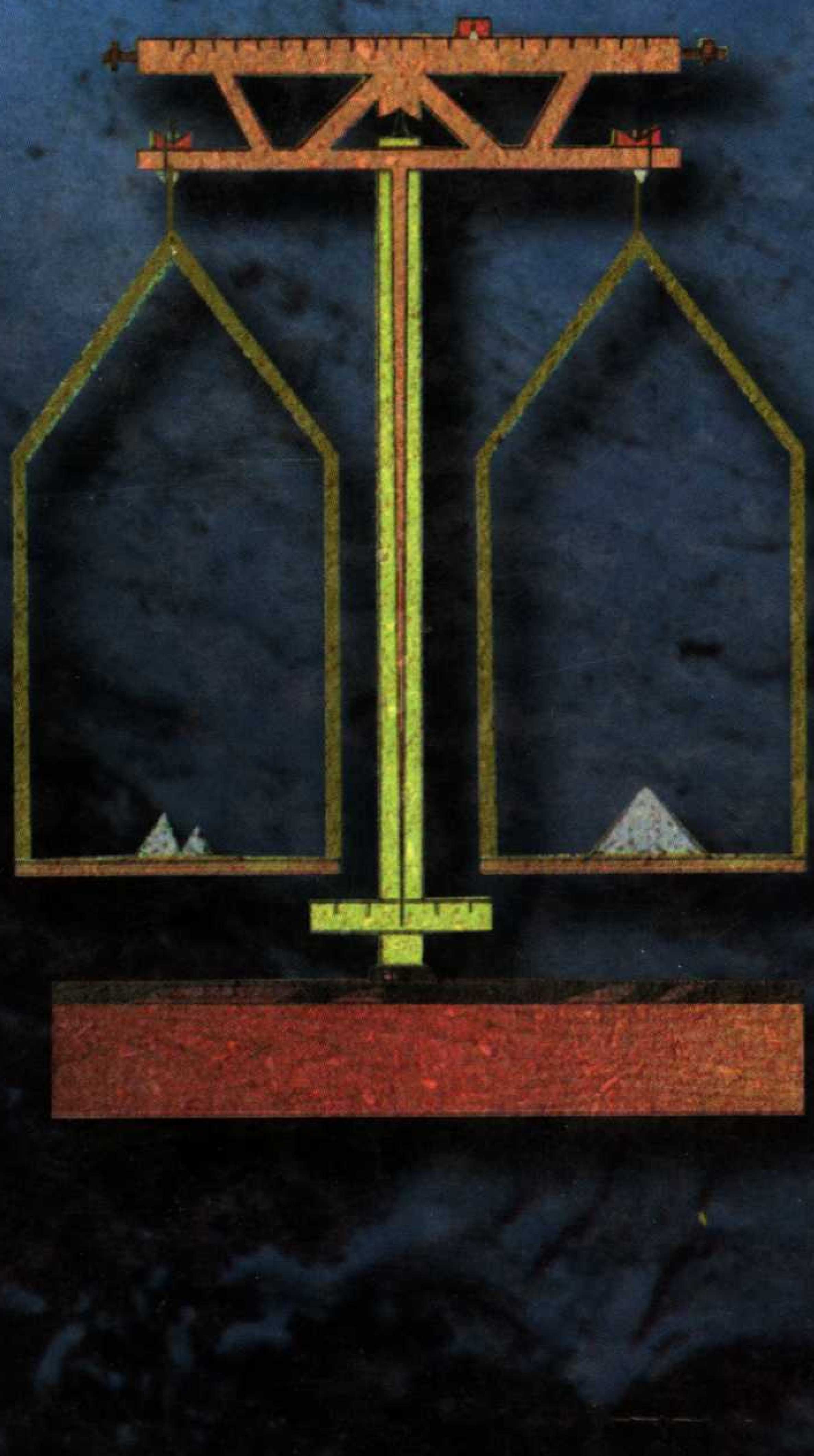
Zhengjuquanshu

证据全书

顾问：马 原

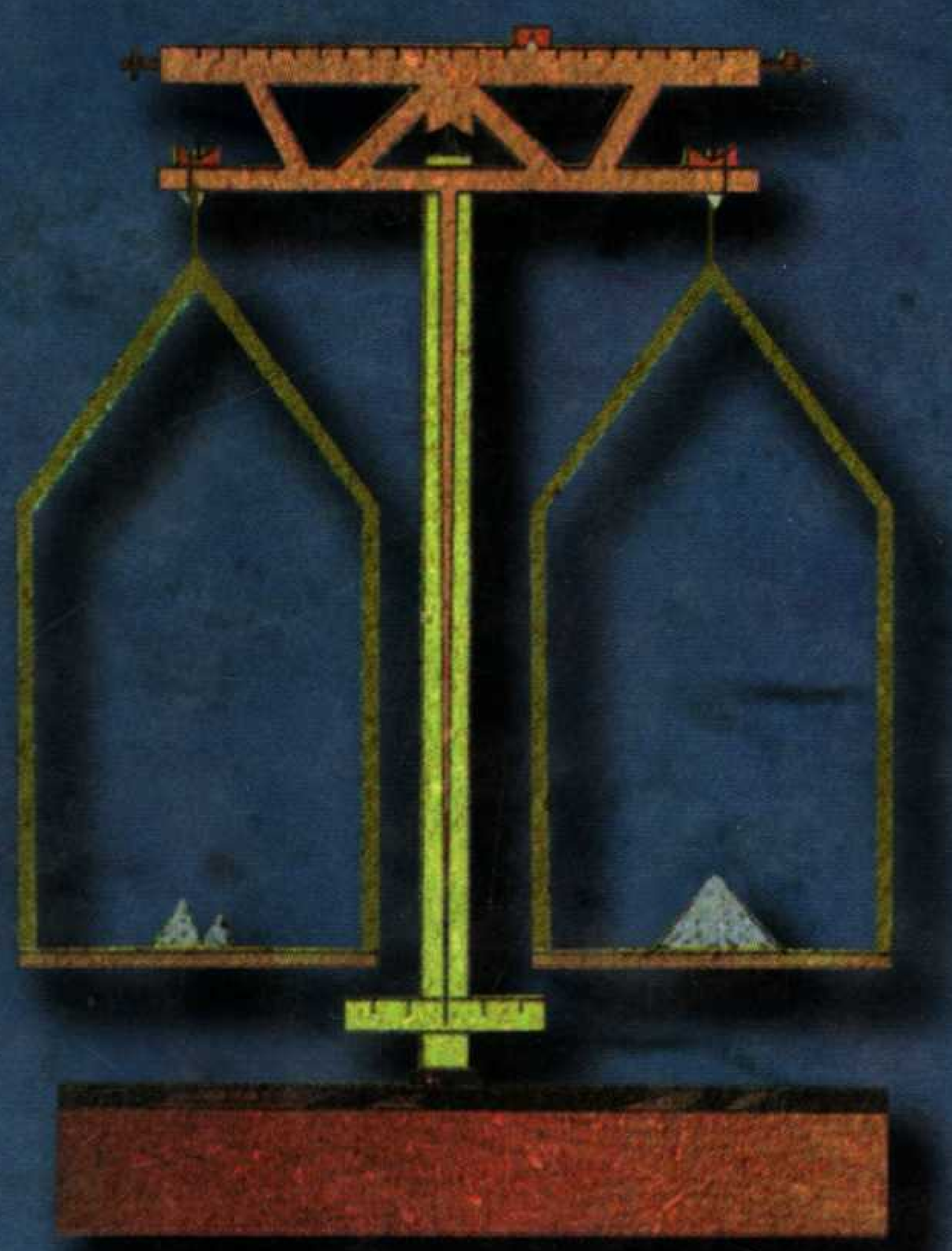
主编：纪 敏



中国民主法制出版社

Zhengjuquanshu

责任编辑　赵卜慧
设计制作　李忠信



ISBN 7-80078-391-X

9 787800 783913 >

ISBN 7-80078-391-X/D·304
定价：698.00元（上、中、下）



证据全书

主编 纪敏

中国民主法制出版社

证据全书

上卷

证据全书

中卷

证治全书

下卷

图书在版编目（CIP）数据

证据全书/《证据全书》编委会编著－北京：中国民主法制出版社，1999.7

ISBN 7－80078－391－X

Ⅰ.证… Ⅱ.证… Ⅲ.证据－研究 Ⅳ.D915.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字（1999）第 20500 号

证 据 全 书

本书编委会编著

*

中国民主法制出版社出版发行

（北京市西交民巷 23 号）

北京市朝阳区飞达印刷厂印刷

新华书店经销

*

787×1092 毫米 16 开 175 印张 3200 千字

1999 年 6 月第 1 版 1999 年 6 月第 1 次印刷

印数：0001－4000 册

ISBN7－80078－391－X/D·304

定价：698.00 元（上、中、下）

联系电话：63097459

证据全书编委会

顾问　**马原**（最高人民法院副院长、中国女法官协会会长）

主编　**纪敏**（最高人民法院告诉申诉审判庭庭长、赔偿办主任、
审判委员会委员）

副主编（排名不分先后）

彭代福（湖南省公安厅副厅长）

陈新民（湖南省高级人民法院、副院长）

刘　流（国家法官学院副教授）

编　委（排名不分先后）

吴邦增（辽宁省人大常委会内务司法委员会副主任）

王月琴（河南省高级人民法院立案庭庭长
河南省女法官协会秘书长）

滕章贵（湖南省公安厅治安处处长）

吴晓东（河南省平顶山市中级人民法院院长）

张太学（河南省商丘市公安局局长）

张金广（河南省公证员协会副会长
河南省司法厅公证管理处处长）

李忠诚（最高人民检察院刑检厅批捕二处副处长、法学博士）

卿德维（湖南省公安厅治安处副处长）

徐　虎（安徽省临泉县人民法院院长）

刘夏平（山西省人民检察院反贪局）

杨　鹏（山东省邹城市人民法院主任）

卜凡城（全国人大法工委刑法室）

赵　雷（全国人大法工委经济法研究室）
吴建华（最高人民法院告申庭）
朱晓东（北京大学法学博士）
李　莉（中国人民大学法学院法学博士）
杨立超（中国人民大学法学院法学博士）
丁建鸣（中国政法大学法学硕士）
张秀玲（中国政法大学法学硕士）
王维国（北京大学法学硕士）
张　敏（中国人民大学法学院法学硕士）
王　雄（中国人民大学法学院法学硕士）
刘建新（北京大学法学硕士）
赵影月（北京大学法学硕士）

撰稿人（排名不分先后）

彭代福	陈新民	吴邦增	王月琴	滕章贵	吴晓东
张太学	张金广	李忠诚	卿德维	刘　流	徐　虎
刘夏平	杨　鹏	卜凡城	赵　雷	吴建华	柳文凯
许柏霞	朱晓东	李　莉	杨立超	丁建鸣	王维国
张　敏	王　雄	刘建新	孙　毅	王明建	李　立
王荣明	许国建	宿　根	赵影月	王　宏	戴剑波
李松航	孙建鑫	许晓秋	王宏武		

前　言

在解决社会冲突的诸种手段中，诉讼是一种最为常见、最为规范、形式效力最为明显的手段。诉讼中的证据，是指能够证明刑事案件、民事案件、经济纠纷案件及行政案件真实情况的一切客观事实。诉讼证据有三个主要特征：第一，客观性。即证据必须是客观存在的事实，它没有任何主观的成份；第二，关联性。即作为证据的事实材料必须是与本案有着内在联系的客观事实；第三，合法性。即证据材料的收集、调查、保全和判断必须符合法律规定的程序，并且证据所采取的形式是法律所允许的。上述三个方面是证据的根本属性，必须同时具备，才能做为诉讼证据加以运用。

当“私力救济”作为一种普遍性社会现象从人类文明史中消失后，诉讼便成为遏止和解决社会冲突的主要手段。从远古的向卜求巫、神明裁判的裁决方式到今天理性化的审判程序，诉讼既作为一种社会统治方式，又作为一种技能化的活动而不断得到发展和完善，从而逐步适应调节并消除日益复杂、频繁的社会冲突的需要。可以说，诉讼结论（裁决结果）取决于诉讼中的证据。由此，证据的认定和运用遂成为定案的关键和核心。诉讼中的一切环节，包括刑事案件的侦查、预审、检察、审判，民事（行政）案件的证据提供、调查收集、质证及保全，无一不是围绕证据而展开和运作的。正是由于证据的诉讼地位和意义如此显要，我国现行的民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法均对证据的种类、形式、证据的采集、审查和证据的运用作出了严格、明确、具体的规定，并且申明：证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。

依法治国的方略已载入共和国宪法。人民依照法律规定，通过多种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务自不待言；国家各级司法机关及其工作人员严格依照诉讼法律进行诉讼活动，履行法定职权，客观、公正地司法，伸张社会正义与公理，亦为应有之义。《证据全书》一书即为促进司法公正，帮助司法工作人员加深对诉讼证据的理解、认识与运用而精心编写。它分为四大部分，即总论、刑事诉讼证据、民事诉讼证据和行政诉讼证据。在每一编中，既介绍了古今中外的相应证据理论、学说与流派，更以现行各类诉讼法中证据规定的立法本意与司法适用做了精深的讲解和阐述，并附带评析了一些典型案例中证据的认定与运用的成败得失。

由于本书成书时间仓促，对诸多问题的认识与理解囿于编者的水平，一定存在不如人意之处，欢迎读者批评指正，以便我们修正改进。

编　者

1999.4.20

目　录

第一编　总论

第二编　刑事诉讼证据的理论与实务

目　　录

第三编 民事诉讼证据的理论与实务

目　录

第四编 行政诉讼证据的理论与实务

附　　录

第一编

总论

第一章　诉讼证据概述

第一节　诉讼证据的概念和意义

一、诉讼证据的概念

证据是诉讼的核心问题，具有确实、充分的诉讼证据是各类案件得以正确处理的基础和前提。每一个案件，都离不开诉讼证据。但是长期以来，对于什么是诉讼证据，国内外法学家存在众多说法。

关于证据的概念，在苏联曾有过激烈的争论。这场争论最先开始于五十年代中期。六十年代初，苏联全苏犯罪原因和犯罪预防措施研究所组织编写了一部诉讼证据理论专著。配合这部专著的写作，苏联法学界又一次对证据概念问题展开了讨论。从这些讨论中可以看出，苏联法学界有三种基本的观点：一是“事实说”；二是“反映说”；三是“两义说”。

同苏联比较起来，我国法学界在证据概念上的争论则大得多，时间也长得多。我国从五十年代中期开始，到1964年因“社教”开始而中断。这并不是争论的结束，因而，1976年拨乱反正后又开始争论，并很快形成了高潮，直到现在，分歧依然存在。在这场争论中，有代表性的观点有四种：一是“事实说”；二是“反映说”；三是“两义说”；四是“信息说”。

“事实说”认为，证据是事实。比如，有些学者说：“证据是不以人的意志为转移而客观存在的事实，在刑事诉讼活动中，既不能凭空创造它，也不能任意废除它。”“案件的发生，是一个既成的客观事实，随着案件的发生过程，证据也就相应地产生而客观存在着。你认识它，它是证据；你不认识它，它作为证据的本质也不变。”有些学者更明确地提出：“证据是第一性的，对证据的收集、认定是第二性的。”

"反映说"认为，证据是客观事实的反映。比如，有些学者说："证据确有客观性的一面，但证据还有主观性的一面。""证据的主观性表现在：它不是客观事实的本身，而是客观事实在人们意识中的反映；它是第二性的，而不是第一性的，它不是不以人的意志为转移的，而是离不开人的主观意识的。""从总体上说，证据是属于主观范畴的，因为证据总是以充当事实论据的判断形式出现的。"基于这种认识，他们把证据概括为"反映案情事实的判断"。

"两义说"认为，证据既指事实，也指事实的反映。比如，有些学者说："要探索刑事诉讼证据的性质，首先要从案件和证据发生的实际情形出发，建立起一个'客观证据'的概念"，"客观证据就是在客观上与案件或案情相关联的事实"，"但是用证据证明案件，则是人从直观上升到思维的事情。凡是切实合理的诉讼证明，都是人在思维中用一种真实判断（证据）去确定另一判断（案情）的真实性；而在证明中充当证据的真实判断，都是人们对于客观证据正确感知和思维的结果，都是客观证据在人的主观认识中的正确反映。"

"信息说"认为，证据是信息。比如，有些学者说：对于证据，"我们既不能称之为存在，也不可以称它为意识，而是信息，或关于案情的信息"。

以上就是我国法学界中具有代表性的四种观点。这种代表性表现在：四种观点具有实质上的区别，它们各自独立，既不能互相支持、互相补充，更不能互相取代。

（二）证据的实质

找到了法学界长期争论中有代表性的四种观点以后，我们来研究证据的实质问题。证据的实质包容在四种观点之中，不在四种观点之外。因此，要研究证据的实质，就要对上述观点作简要的分析。

首先，"信息说"不可取。信息的实质在哲学界争论了很长时间，是一个悬而未决的问题。对信息的理解也各有分歧：一说，信息是存在；二说，信息是意识；三说，信息是能；四说，信息既不是存在，也不是意识，也不是能，信息就是信息。由于信息的实质没有定论，因而很难对"信息说"作出科学的、准确的分析。但有一点必须肯定："信息说"认为证据既不是存在，也不是意识，把证据看成是存在和意识之外的东西，这一点是不能接受的。存在和意识之外还有什么东西呢？没有了。迄今为止，人们尚未发现有既不属于存在、也不属于意识的全然"超脱"的东西，而"信息说"虽强调证据是信息（信息当然不是这样的东西），但在实际上正是把这样一种"子虚乌有"看成了证据。这就把证据神秘化了。

其次，两义说也不可取。"两义说"认为，证据既是事实，又是事实的反

映，而事实和事实的反映是一个反映另一个的关系，我们只能把其中的一种看作证据，不能把两种都看作证据。如果把两种都看作证据，就会在认识上陷入二元论。“二元论”认为：存在的本原不是一个，而是两个。一个是物质实体；另一个是观念实体。这两个实体是并行的，是各自独立的，是谁也不依赖谁的。这就模糊了存在和意识的关系。依据辩证唯物主义，世界是统一的，它的统一性在于其物质性。用辩证唯物主义来看“两义说”，我们就会看到，“两义说”正是把反映和事实看成了两个并行的、各自独立的，谁也不依赖谁的实体。这在理论上是讲不通的。

我们再来看“事实说”和“反映说”两种观点。这两种观点形成了尖锐的对立。“事实说”认为，证据是客观事实，“反映说”则认为，证据不是客观事实本身，而是客观事实在人们意识中的反映；前者认为，证据是第一性的，后者则恰恰相反，认为证据是第二性的；“事实说”认为，证据的存在不以人的意志为转移，“反映说”则认为，证据离不开人的意识。很明显，“事实说”和“反映说”这两种观点的对立，构成了我国法学界四十年争论中的主要矛盾。因此，可以这样讲：我国法学界四十年来“证据争论”的焦点就是：证据究竟是事实还是事实的反映。

要回答这个问题，首先要把事实的反映同事实的关系搞清楚。事实属于“存在”的范畴，事实的反映属于“认识”的范畴。比如，现场上的血迹是事实，血迹的勘验笔录就是事实的反映。划清这个界限后，我们就会看到，事实的反映同事实的关系是：前者依赖后者，后者决定前者。反映是由事实产生的，它受事实制约，受事实检验。这就是两者的基本关系。

搞清事实的反映同事实的关系以后，证据的实质就突现出来了。证据并不是人们的认识，而是决定人们认识的东西。因此，证据的实质只能是事实。事实的反映并没有独立性：如果事实是证据，它就是证据的反映；如果事实是非证据，它就是非证据的反映。由此来看，不论事实是不是证据，事实的反映均不可能成为证据本身。

证据并不是诉讼中特有的现象，人们在生活、生产、工作和科研中，都会遇到证据问题。美国医学家在一条生活在1.4亿年前的恐龙化石骨架上，发现了一块拳头大小的菜花状增生区，他们把这个异常增生就看作是恐龙患过癌症的证据。居里夫人在亲手炼出“镭”以前就曾断言：必定有一种人们尚不知道的，放射性极强的物质存在着（镭的放射性强度比铀大二百万倍）。她作出这一断言的证据就是：她在检查过已知化学物质后，突然发现一些矿物里的放射性强度比已知放射性元素的放射强度高出很多倍这样一个事实。从这里可以看

出，任何情况下的证据都属于“存在”这一范畴，都是客观存在的或者真实发生过的事实，没有客观事实就不能构成证据。这就是证据的实质。

（三）两种证据观

“事实说”和“反映说”这两种观点为什么能形成这样尖锐的、全局性的对立，以致虽经四十年的争论，至今仍呈现各持己见的局面？问题的症结在哪里？这个症结就在于：法学中的“事实说”和“反映说”各代表着一种证据观，正是这样两种证据观的对立，造成了我国法学界四十年来证据概念上的争论。因此，可以这样讲：我国法学界这场争论的核心问题就是证据观问题。

“事实说”和“反映说”各代表什么样的证据观呢？为回答这个问题，我们先来看看人反映事实的情况。人反映事实都必须借助一定的形式。在司法实践中，有五种反映事实的形式：一是思维形式，即通过人的大脑反映事实的形式；二是言词形式，即通过人的口头陈述反映事实的形式；三是文字形式，即通过文字反映事实的形式；四是图画形式，即通过绘图、绘画等手段反映事实的形式；五是音像形式，主要包括录音、录像，这是伴随现代高科技而逐步发展起来的一种反映事实的形式。

上述五种形式既各自独立又互相联系。每种形式都是不同质的，但一种形式又可以发展为另一种形式。比如，思维形式客观化就变成言词形式；言词形式固定化就变成文字形式或图画形式（思维形式也可以直接发展为文字形式或图画形式)。音像形式比较特殊，此不详述，但它的产生也同人的思维存在着广泛的联系。上述五种形式，除思维形式看不见、摸不着，在诉讼中不能直接发挥作用外，其余四种形式均能在诉讼中发挥证明作用。法学中的“反映说”实际上就是把人们反映事实的言词形式、文字形式、图画形式、音像形式等，直接看成了证据。正因为“反映说”把反映事实的形式直接看成了证据，因此，我们把它称为“形式证据观”。

与“形式证据观”相对应的是“实质证据观”。形式证据观是从反映形式上理解和把握证据。与此相反，实质证据观则是从实质上理解和把握证据。在事实和反映两者中，事实是实质性的东西，“事实说”就是主张把事实直接看作证据。正因为“事实说”把体现着实质的事实直接看作证据，因此，我们把它称之为“实质证据观”。

由上分析，我国法学中并存着两种证据观，一种是实质证据观，另一种是形式证据观。两种观点自成体系，各有各的道理。这两种观点长期对立的僵持局面就是这样形成的。

现在是彻底解决法学界这场争论的时候了。要从根本上解决这场争论，必

须从解决证据观问题入手。所谓解决证据观问题，就是要打破我国法学中几十年来两种证据观并存的局面，要统一证据观。不统一证据观，我国法学界这场争论永远也不可能从根本上得到解决。

两种证据观要统一，必须肯定一个，否定另一个。根据前面的分析，我们只能肯定实质证据观，否定形式证据观。形式证据观是不可取的，它存在许多弊端：

第一，"形式证据观"是把事实的反映形式看成了证据，即把人的认识看成了证据，这就把证据主观化了。人的认识虽然可以反映事实，但反映的形式是主观的，不同的主体作出的反映也有差别，有时还会出现歪曲的、片面的、甚至是颠倒了的反映。把人的认识看作证据，怎么能够克服人的主观意志对客观事实的各种形式的影响呢?

第二，把"事实的反映形式"看作证据会造成舍本逐末的倾向。事实是证据的本质所在。研究证据应当紧紧抓住事实，抓住事实就是抓住了证据的根本。把"事实的反映形式"看作证据，必然导致人们忽视事实、忘却根本，导致人们在"反映形式"的范围内兜圈子。这样兜来兜去，难免纠缠在细枝末节上。这对发现真实、认识真实极为不利。

第三，把"事实的反映形式"看作证据，容易滑入形式主义。形式主义是一种片面追求形式而不探求实质、只看事物的现象而不分析事物本质的思想方法。形式证据观并不必然构成形式主义。但它看重反映形式，容易助长人们片面追求形式的倾向，这就为形式主义的产生提供了条件。有些国家的法庭审判充满形式主义的色彩，这与把事实的反映形式直接看作证据有着密切的关系。

由上来看，形式证据观是不科学的。我们否定了形式证据观就把实质证据观树立起来了。我国法学中的证据观也就统一了。

按照实质证据观来理解，证据就是诉讼证明可凭借的，与案情或其他待证事实相关联的一切事实。"案情"也是待证事实，而且是最主要的和最基本的待证事实。因此，证据的定义可作如下表述：

证据是指诉讼证明可凭借的，与待证事实相关联的一切事实。

这就是"实质证据观"的证据定义。这个定义明确指出：证据是事实，它是客观的；它与待证事实之间存在客观上的联系；它能够成为诉讼证明中的客观依据。

二、诉讼证据在诉讼中的意义

在刑事、民事、经济、行政诉讼案件中，要正确地认定案情，都必须有足

够的、确实的证据来支持。可以说诉讼的中心问题就是运用诉讼证据认定案件事实。在刑事诉讼中，侦查是为了收集证据，审查起诉就是向法院提交证明案件事实的证据，法庭审判则是审判人员对证据的审查判断和运用。在民事、经济、行政诉讼中，当事人要起诉必须提供一定的证据，不能空言起诉。否则人民法院将不予受理或驳回起诉。在审判阶段则是审判人员对当事人双方和自己依法收集的证据进行审查、判断、运用。查明案情的过程也是运用证据的过程。因此，诉讼证据在诉讼过程中处于中心地位，具有非常重要的意义。司法机关和公民都应当予以了解。司法机关充分认识诉讼证据的意义，有助于他们正确地处理案件。当事人和其他公民认识其意义，可以充分地利用诉讼手段保障自己的合法权益。认识诉讼证据的重要意义也是我们建立和完善社会主义法制的重要内容。什么时候我们不重视或不能正确地认识诉讼证据的重要意义，什么时候就会出偏差。小到案件得不到正确的处理，大到危及国家政治制度的安危。历史上大多数的冤案都是由于证据运用不当所致。所以，我国的三大诉讼法都规定，司法机关处理案件要以事实为根据，以法律为准绳。《刑事诉讼法》还特别规定，判处案件要重证据，重调查研究，不轻信口供。具体说来，诉讼证据在诉讼中的意义主要体现为以下几点：

第一，诉讼证据是认识案件事实的惟一途径。马克思主义认识论认为，人们的意识能够认识纷繁复杂的客观世界。在诉讼过程中，对于曾经存在的案件事实，也可以认识。对案件真实情况的认识不能靠臆想，不能凭猜测，更不能去编造。我们要正确地认识已经发生的案件事实，必须也只能依靠诉讼证据。无论刑事、民事、经济、行政，哪一种案件发生后，都会对与它有联系的外部世界有一定的作用，都会在客观世界留下反映案件事实的物质、痕迹等含有案件信息的东西；如果没有案件发生，也会有相反的事实予以证明。这些反映案件信息的事实就是证据。要查明案件的真实情况，必须依靠诉讼证据，离开诉讼证据去探求案件的真实情况，是不可能的。

第二，诉讼证据是司法机关进行诉讼的基础。司法机关进行诉讼，从刑事案件的立案、侦查、起诉、审判到执行都必须以一定的证据为基础。如果侦查机关不能获得必要的证据，刑事诉讼就无法向前发展。检察机关作出提起诉讼、免予起诉、不起诉的决定，审判机关作出裁定判决也必须以此为根据。在民事、经济、行政案件的诉讼中，只有原告举出必要的证据，人民法院才能作出立案等诉讼活动。当事人只有提出必要的证据支持自己的主张，才有可能达到自己的诉讼目的。从某种意义上说，诉讼的过程就是对证据的收集、认定和运用的过程，因此，诉讼活动离不开诉讼证据。

第三，诉讼证据是制服犯罪分子的有效武器。在刑事案件中，犯罪分子为了逃避罪责，免受刑罚制裁，有可能对自己的犯罪行为百般抵赖。他们常常采用虚构事实或制造伪证等方法为自己开脱。如果没有确实、充分的证据，就无法使其吐露真情，承认事实。相反，如果司法机关或对方当事人提出了确实、充分的证据，就能对他们的阴谋进行有力地驳诉，使他们丢掉侥幸心理，面对现实，使犯罪分子认识到只有坦白交代才是惟一的出路，从而认罪伏法，接受判决。也只有充分、确实的诉讼证据，才能准确地惩罚犯罪分子。

第四，诉讼证据是当事人论证自己的主张，保护其合法权益的重要工具。在刑事诉讼中，无辜的人受到错误的追诉，或犯罪人受到不正确的指控，被告人或者辩护人就可以利用诉讼证据为自己进行有力地辩护，使案件得到正确的处理，保证准确、有效地打击犯罪，保障人权。在民事、经济和行政诉讼中，公民、法人、其他组织和国家机关的合法权益遭到侵害，也可以通过向司法机关和对方当事人出示证据，论证自己的主张正确、真实、合法，以便得到对自己有利的判决，维护自己的合法权益。如果当事人和其代理人举不出足够的、可靠的证据来支持自己的主张，那么他的主张就不能为司法机关所支持，即使他们的要求是符合事实的，也难以得到法律的保护。

第五，诉讼证据是进行社会主义法制教育的生动材料。司法机关以确实、充分的诉讼证据处理案件，不仅对个别社会成员起作用，而且对社会其他成员也有广泛的法制宣传作用。在刑事诉讼中，通过大量的刑事证据查明案件真实情况，可以使犯罪分子的罪行暴露得更充分，对犯罪行为的社会危害性认识得更为深刻。同时，还可以使人民群众认识到无论犯罪分子如何狡猾，可是天网恢恢，疏而不漏，总会受到法律的惩罚，从而激发人民群众自觉与犯罪行为作斗争的积极性，也可以震慑准备犯罪的人，使其不敢越雷池一步，起到一般预防的作用。

在民事、经济诉讼中，通过公开审判中出示的大量确实的民事诉讼证据查明案件的真实情况，正确地处理纠纷就可以让人们认清问题所在、合法与否，增强其在从事民事、经济活动时的法律意识。

在行政诉讼中，通过以确实、充分的诉讼证据认定案情，对案件作出正确的处理，能使当事人、行政机关、和其他社会成员都受到深刻的法制教育，有利于他们自觉守法，也便于人民群众对行政机关的行政活动进行监督。

第二节 诉讼证据的基本特征

一、诉讼证据的客观性

它有几个方面的含义：首先，诉讼证据有自己存在、表现的客观形式，并且这种形式能为人的认识所感知到：或能被人看到，或能听到，或能触摸到等。如我国刑诉法、民诉法、行政诉讼法所规定的物证、书证、证人证言、鉴定的形式，它就能被人们认识并被用作诉讼证据证明案情。其次，诉讼证据所反映的内容必须是客观的、真实的。它所包含和反映的内容不以当事人和司法人员的意志为转移，能够经受得住事实和科学的检验。在案件产生和发展的过程中，总会与周围的人或物发生联系，对其产生作用。或者遗留有与案件有关的物品、痕迹、书面材料、或者在人的大脑中留下记忆。如果犯罪行为、争议事实没有发生，也会有客观的事实来予以反映证明。俗话说，"要想人不知，除非己莫为"，就是这个道理。再次，诉讼证据和案件的联系也是客观的。证据的客观性还指诉讼证据是可知的，即可以通过人们的大脑予以认识，当然这可以借用一定的科技手段。

诉讼证据的客观性，是马克思主义辩证唯物主义"物质第一，意识第二；物质决定意识"原理在诉讼证据领域的具体体现。认识诉讼证据的客观性，具有非常重要的意义。首先，它使司法人员在办案过程中减少主观臆断，客观全面地去调查、研究、收集、核查证据，树立一切从实际出发、实事求是的唯物主义的指导思想和工作作风，切实地贯彻"以事实为根据"的原则，正确地处理各种类型的案件。其次，它可以促使被害一方以客观、确实的证据证明自己的诉讼主张，驳斥对方的无理狡辩，切实维护自己的合法权益。它还可以迫使有过错的一方面对现实，依法承担法律责任。

在认识诉讼证据的客观性时，还要注意以下两点：

第一，应当认识到诉讼证据的客观性和人的认识能力是相互联系的，要把已知的事实和未知的事实区别开来。有些反映案件真实情况的事实虽然确实存在，但由于人们的认识能力和科学技术水平有限，在目前的条件下还无法收集或认识，或者虽有认识的能力，但目前还未能收集取得，不能被用来证明案件真实情况，所以这些事实也不是诉讼证据。如一起杀人案件发生后，侦查人员未获得任何有价值的证据来证实案情，我们就说这案件还没有获得证据来证

明。

第二，有些诉讼证据虽然内容是客观的，但它却不能离开人的主观意识而存在，需要通过人的主观因素来表现。如证人证言、鉴定结论、当事人陈述、被告人供述和辩解等。因为除了物证、书证、视听资料等实物证据以外，其他证据都是通过人的主观反映表现出来的，而不再是“纯粹的”客观事实了。所以，有人将这些证据称之为“主观证据”，把实物证据称之为“客观证据”。

二、诉讼证据的关联性

诉讼证据是事实，但是，并非所有事实都能够成为诉讼证据。作为诉讼证据的事实必须与案件的待证事实存在某种联系，这就要具有关联性。我国法学界对关联性的理解也有许多争议。归纳起来，主要的观点有以下几种：

第一，内在联系说。此说认为，诉讼证据必须与所要证明的案件有内在联系。这些联系的具体表现形式各不相同。如因果联系、直接联系、间接联系、必然联系、偶然联系等。如在刑事诉讼中有人认为必须同犯罪事实是否发生、被告人是否有罪，以及罪行是轻还是重等问题有内在联系的事实，才能算作刑事诉讼证据。在民事诉讼中，有人认为，“关联性是指民事诉讼证据必须与其所证明的案件事实有内在的必然联系。”

第二，客观联系说。此说认为，作为诉讼证据的客观事实，必须同案件有客观联系。即能证明案件的真实情况。他们认为，作为证据的事实，不仅是客观存在的事实，而且必须是同案件有客观联系的事实，才是证明案件真实情况的事实。

第三，紧密联系说。此说认为，只有和案件有紧密联系的证据才能作为诉讼证据。否则不能作为诉讼证据。

第四，证明需要说。此说认为，证据的相关性就是看证据事实对证明案件有没有作用，有一些事实与案件无内在必然联系，但只要证明案件需要也可以作为诉讼证据。如某犯罪行为发生时，正好是下雨天，“下雨”与案件本身本来没有什么联系，但在特定情况下，却是证明案件某方面的事实所必需的。因此，也可以作为诉讼证据使用。

第五，内在必然联系说。此说认为，诉讼证据不仅与案件有内在联系，还有必然联系。既不能忽视证据同案件之间的内在联系，也不能忽视证据同案件之间的必然联系。因此，不能把那些根本不能证明案件事实，只是表面上有联系的事实作为诉讼证据使用。

第六，综合说。此说认为，诉讼证据同案件的联系或者是客观的，或者既

是客观的，又是有内在必然联系的。对于刑事诉讼证据的关联性，他们认为可以概括为两点：一是无论有罪或无罪的证据，都是与案件有客观联系的事实；二是认定被告人有罪的证据，则必然存在内在的必然联系。

以上是诉讼法学界对诉讼证据关联性的六种有代表性的观点。这些观点各有其道理，从根本上讲都是要从理论上解决案件的关联性问题。诉讼证据的关联性，是指诉讼证据和案件之间有客观的联系，为证明案件待证事实所必需，并且在现有条件下，能为人们所认识利用。首先，诉讼证据同案件必须有客观的联系。这种联系的表现形式多种多样，但都有一个共同的特点，就是都具有客观性，即必须是真实、客观地存在的，不是臆想、猜测、想像或硬加上去的，虚假的。其次，诉讼证据同案件的联系为证明案件待证事实所必需。同案件有客观联系的证据是很多的，但不一定都为证明案件所必需。不需要的，也就没有什么证明价值，不应成为诉讼证据。因为我们诉讼的目的，就是要去证明案件的事实、情节。第三，诉讼证据同案件之间的客观联系必须是在现有条件下可以被认识利用的。因为只有可以被认识利用的联系，才能被用来证明案件的事实。否则，就没有使用价值。随着科学技术的发展和人们对主观、客观世界认识能力的增强，关联性的外延也越来越广泛。过去认为没有关联性的事实，现在或将来可能成为证实案件的有力手段。如，指纹、声纹、血型等鉴定结论，显微分析，中子活化分析，心理、病理分析，视听资料等等。1990 年，美国审理文森特·利普斯考伯所犯的两起严重性犯罪案件，陪审团只用 75 分钟就作出了有罪裁定，而指控他犯罪的关键证据就是 DNA 检验，这在以前是难以想象的。

正确地认识诉讼证据的关联性，对于司法人员和当事人都具有重要的意义。对于司法人员来说，可以全面地收集各种必要的证据，避免在无关联性的事实上浪费大量的精力。在审查判断证据时，司法人员也能够正确地判断其证明力，适当地予以取舍和运用。当事人正确地理解诉讼证据的关联性，就可以有效地运用证据，证明自己的主张，反驳对方的主张，有力地维护自己的合法权益。

国外的学者在司法实践中，对诉讼证据的相关性也研究得较多。美国的证据立法和证据理论一般认为，证据的相关性和可采性是证据的基本特征。证据的相关性是指提供的证据与案件争议的问题有无相关关系。证据的相关性是可采性的前提。在英国证据理论上一般认为，关联性，是指证据必须与案件的待证事实有关，能够证明案件的待证事实。当事人提出的证据，必须与他的主张和争议事实绝对有关，与案件无关的应予排除。

三、诉讼证据的合法性

关于诉讼证据是否具有合法性的问题，是最近证据研究领域争论最多的一个话题，也是“三性说”和“两性说”争执的焦点。在诉讼证据的合法性上，主要的观点有两种：即肯定说和否定说。

否定诉讼证据具有合法性的观点认为：第一，不能以为诉讼证据为法律所调整，具有法律效力，就认为其具有合法性。法律效力不是诉讼证据本身所固有的，是办案人员依法赋予它的，但诉讼证据的存在不依赖于办案人员的意识和法律规定，而是独立、客观地存在的。合法性不是诉讼证据本身的特征。第二，强调诉讼证据的合法性，就给诉讼证据硬加上了主观因素，把诉讼证据变成了主、客观的混合体，这实际上是证据理论上的“二元论”，在司法实践上，往往容易造成冤假错案。第三，诉讼证据内容合法、形式合法、收集和认定的人员合法与程序合法的论点是不科学的。有的诉讼证据不具有合法性，形式也不只是法律规定的几种。人员与程序合法也缺乏合理性。

肯定诉讼证据具有合法性的观点认为：(1) 诉讼证据的来源和表现形式合法是我国法律明文规定的。刑诉法第 43 条规定，“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪或者无罪，犯罪情节轻重的各种证据。”这条规定表明，刑事诉讼证据必须经法定的主体——司法人员依法定程序收集并查证属实。刑事诉讼法第 42 条、民事诉讼法第 63 条、行政诉讼法第 31 条就是诉讼证据的法定来源和表现形式。这些都说明诉讼证据应具有合法性。(2) 不符合法定形式的事实和材料不能作为证据。诉讼证据必须由法定机关、法定人员，按照法定程序调查、收集和审查核实。(3) 诉讼证据不是一般意义上的证据，而是有特定概念、特定意义的诉讼证据。诉讼证据要受诉讼程序和证据法规范的制约。在诉讼程序之外不存在诉讼证据。诉讼证据的合法性特征不是人为的，也不是可有可无的，它是我国的证据法规范所要求和赋予的。没有合法性就没有诉讼证据。

上面列举了在证据合法性问题上的两种相互对立的观点及其理由。我们赞同第二种观点，即诉讼证据应该具有合法性。但在对合法性的具体内容的理解上又与之不完全相同。

我们认为，诉讼证据的法律性是指诉讼证据必须具有法律规定的各种特性。如表现形式及收集主体等必须符合法律规定。它的具体含义为：

首先，诉讼证据形式必须具有法律规定的许可性。如，鉴定结论必须由司法机关指派或者聘请的人进行鉴定后，在其所作的书面结论上签名及其单位盖

章。法律要求以书面形式签订合同的，必须出示书面合同文本。

其次，必须由法定人员依照法定程序收集。法定人员是指法律赋予收集证据的权利的人员，它包括司法人员和律师等。

最后，任何证据都必须经法庭查证属实以后才能作为定案的根据。我国刑事诉讼法第42条、民事诉讼法第63条、行政诉讼法第31条对此都作了具体的规定。当然，在各种不同的诉讼中对不同种类的证据，查证的方式也不相同。如，刑事诉讼中，对证人证言必须在法庭上经公诉人、被害人、被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方面证人的证言，并经查证属实后，方能采用。民事诉讼中对于视听资料，应当辨别真伪，并结合本案其他证据，来审查能否作为认定事实的根据。

当前在诉讼理论界争议比较激烈的另一个问题是，非法获得的证据能否作为诉讼证据使用？对这个问题，我国的法律没有明确规定。在有的国家，非法取得的证据不能采用，称之为排除法则。排除非法取得的证据，最主要的价值在于防止侦查机关，特别是警察机关的违法活动，保护公民的人身权利和民主权利。但是，它又会产生副作用，在刑事诉讼中很容易因此而放纵犯罪。所以，现在适用完全的排除法则的国家极少，一般都在适用该法则的同时，又给以适当的限制。就是在此法则发源地的美国，1984年排除法则也受到了联邦最高法院的强有力的限制。日本也是在一定范围内承认这一法则。我们认为，根据我国目前的国情，及适用此法则的国家的立法通例，我国应该适用有限制的排除法则。有人认为，“鉴于我国的法制现状，确认只有重大违法行为所获证据才应排除，也是必要的。”笔者同意这种看法。对于一般违法行为所获取的证据是否就完全可以使用呢？我们认为应视情况而定。如果有其他的诉讼证据足以证明案情，则不必使用非法取得的证据；如果确有必要使用一般违法行为取得的证据，在可能的情况下，应首先使其合法化，然后再予以使用。必须注意的是，我们禁止任何违法取证的行为，除适用有限制的排除法则以外，还应该根据取证者的违法程度，依法追究违法取证者的责任。

坚持诉讼证据的合法性，不仅具有理论意义，而且具有重大的实践意义，特别在刑事诉讼中，更具有其特殊作用。

1. 防止非法取证侵犯公民、法人、其他组织和国家的合法利益。我国刑讯逼供的历史源渊流长。我国封建法律中明确规定，只要有被告人的口供就可以定案，被告人的口供最为重要。并且规定对被告人甚至原告和证人都可以刑讯。“文化大革命”中，林彪、“四人帮”继承了封建主义的衣钵。他们为了篡党夺权，随便抓人、捕人，大搞刑讯逼供，用非法的手段逼取“证据”。由于

封建思想和极“左”流毒的影响，加上我国的法制不健全，部分司法人员素质不高，法律观念贫乏，非法取证、刑讯逼供的现象还时有发生。只有坚持诉讼证据的合法性，才能减少、以至杜绝这类现象的发生。

2. 保证诉讼证据的客观真实性。如果不坚持诉讼证据的合法性，就容易造成非法取证，而使用非法手段取得的证据，虚假的可能性往往更大。因此，从保证诉讼证据的客观真实性来说，也应该坚持其合法性。

上述诉讼证据的三个特征是从不同的侧面对诉讼证据进行剖析。诉讼证据的客观性，是从其反映案件事实的真实程度来说的；诉讼证据的关联性，是从证据事实与案件事实的相互关系方面来讲的；诉讼证据的合法性，是从其收集的程序要求来讲的。诉讼证据的这三个特征都是其基本特征。客观性和关联性是基础，法律性是其保证和法律方面的要求。这三个方面相互联系，统一在每一个诉讼证据之中，缺一不可。我们必须正确地认识诉讼证据的三个基本特征及相互关系，以便能更好地利用诉讼证据证明案件事实。

四、诉讼证据和一般证据的区别

在我们的社会生活中，诉讼证据只是很小的一部分，大量的则是一般证据。所谓一般证据就是在日常生活、生产实践和科学研究等领域中，我们用以证明某个事实是否存在或发生的凭据。我们这里讲的一般证据，不包括仲裁、公证、行政复议等准司法程序中使用的证据。一般证据和前两节讲的诉讼证据都是用已知的事实去探求未知的事实，但它们之间又有很大的区别，必须加以正确的认识。具体说区别主要表现为以下几点：

首先，适用主体不同。一般证据适用的主体法律上没有予以严格限制，任何人都可以收集和提出。如，历史学家可以用历史事实来考证某个历史事件是否发生或如何发生。工作单位考评职称，被考评人应当提交学历证书，所在单位应当制作工作成绩鉴定。业务人员报销差旅费，要凭发票单据等。而诉讼证据适用的主体则是由法律明确加以规定的。根据我国现行刑诉法、民诉法和行政诉讼法以及其他法律、法规的有关规定，在刑事诉讼中诉讼证据适用的主体主要是司法机关、当事人和辩护律师。在民事和行政诉讼中，诉讼证据适用的主体主要为：诉讼当事人、共同诉讼人、第三人、人民法院等。相比较而言，一般证据适用的主体具有广泛性。

其次，受时间限制的情况不同。一般证据不受诉讼时效的限制，可以根据使用者的需要随时收集、使用，不会因为过了一定时间就失去效力或不允许使用。而诉讼证据则不同。它的收集、审查、判断和运用都要受到相应的诉讼时

效的限制，超过了法律规定的诉讼期限，就会产生相应的法律后果。如，在民事诉讼中，因延付或拒付租金产生的纠纷，如果当事人在知道或应当知道其权利受到侵害时起，一年内不向法院提起诉讼，又没有诉讼时效中止或中断的法定原因，那么，该当事人就丧失了胜诉权。即使其证据确实、充分，法律也不会再强制保护他的权利。

最后，调整的法律规范不同。一般证据，无论其收集还是运用，只要不侵害其他公民、组织的合法权益和社会公共利益，就不受到法律的限制，也不会产生法律意义上的后果，承担法律责任。一般证据的客观真实性和有效性不需要国家司法机关出面去干涉，而是由实践等非诉讼手段来解决。对于这类证据所产生的歧义，可以相互讨论、研究、协商，或者留待以后慢慢地解决，也可以存疑或保留不同意见。而不会由司法机关去审查判断其证明力。诉讼证据则完全不同。诉讼证据的重要特征就是合法性，它的收集、审查、判断、采信，都由相应的法律来调整，从而形成各种不同的法律关系。对诉讼证据的运用则会产生相应的法律后果。

第四，适用范围不同。一般证据适用的范围非常广泛。它适用于日常生活、科学研究、工作学习、生产、贸易等各个方面。可以说一般证据无处不在，无时不在。离开了一般证据，我们就无法去证明我们所要表述的事实。而诉讼证据则不同，它主要适用于刑事、民事、经济、行政等案件的诉讼之中，解决刑事犯罪、民事、经济纠纷、行政争议等问题。它的适用范围法律有严格的规定，法律没有规定或规定其不能适用的情形，则不能适用诉讼意义上的证据。

第五，受主、客观条件的限制不同。一般证据由于运用上随意性较大，在要求上不是十分严格，因而在收集运用时，受主、客观条件的限制较少。因为即使其不真实或系伪造，一般也不会产生什么法律后果。诉讼证据则与此不同，它要求每一个定案的证据都必须客观、真实，并且和案件有客观联系，能被用来证明案件的真实情况；诉讼证据的表现形式及来源以及收集和运用时也必须符合法律的规定。因此，诉讼证据要受到更多的主、客观条件的制约。

第三节　关于基本证据

一、基本证据的涵义

彭真同志在“全国五大城市治安座谈会”上的讲话中指出，“一个案件只

要有确凿的基本证据、基本情节清楚，就可以判；一个案件有几桩罪行，只要主要罪行证据确凿就可以判。"这段话被法学理论界和司法实践部门称为"两个基本"。对于"两个基本"的提法，在理论界和实际部门，一直有几种不同的理解。有代表性的观点主要有两种：

一种意见认为，"两个基本"的说法是完全正确的。它与我国刑事诉讼法的有关证据的规定精神是一致的。它的提出是对我国办案实践经验的理论总结。并且，"两个基本"有其确定的含义。

另一种意见认为，"两个基本"的说法，在法律上没有明文规定，语言表达较为笼统、抽象，任意性较大，没有具体和确定的含义，在实际办案中难以把握。

如何理解"基本证据"，首先应掌握其确切涵义。《现代汉语辞典》对"基本"的解释为三种：(1) 根本的，如基本问题；(2) 主要的，如基本群众、基本条件；(3) 大体上，如基本上完成了任务。我们认为基本证据的"基本"应作第一、二种理解，所以"基本证据"就是案件根本的、主要的证据。在诉讼案件的全部证据之中，它是最重要的，起决定作用的证据，凭借它可以确定案件的性质，是证明案件基本事实所必需的证据。

其次，要正确地认识基本证据还应注意以下几点：

第一，"基本证据"理论从某一方面总结了我们长期的办案经验，反映了办案规律。

第二，"基本证据"理论，主要针对的是刑事案件。其他的民事、经济、行政诉讼案件，也可以在把握精神的情况下，进行研究，但不易直接套用。

第三，"基本证据"是就一个案件的几桩罪行或者一桩罪行的各个情节相比较来说的。并且，"基本证据"确定的案情必须确实充分。

第四，"基本证据"理论，并不是对法律的修订，而是促使司法机关更有效地去执行法律。不要在条件基本具备的时候，一味地贪求证据的齐全，以至于因小失大，得不偿失，而应当从事物的本质和主要方面着手，不要在应当认定的时候，犹豫不决，贻误战机。应当通过对刑事案件的及时审判，达到依法严肃、有效地打击严重危害社会治安的犯罪行为的目的。

二、基本证据的特征

要正确地理解基本证据，必须把握它的基本特征。根据我们的理解，主要有以下几点：

（一）多元性

基本证据不是一个证据，而是两个以上证据的组合。单独一个证据不能定

案，往往称为“孤证”。

（二）基本证据具有决定性

就是说基本证据确定的是一罪行的基本事实、情节，或者一案件数罪行的主要罪行。我们凭借基本证据足以查清案件的主要事实，未查清的只是案件的次要情节或次要罪行。

（三）确实、充分性

“基本证据确实”，不是证据基本确实。用于定案的证据就其所证实的部分案情来说，必须确实、充分。基本证据的“基本”，是相对于一个案件的数个罪行，或一个罪行的几个情节相比较来说的，而不是自身比较的结果。如果基本证据所证实的事实本身就值得怀疑，那么案件事实就不能认定，否则，就会导致错案的发生。

（四）严密性

就是说，基本证据查实认定的案情应当是真实可靠的，也就是说基本证据具有相对独立性。未查实的次要的事实、罪行不足以动摇基本证据确定的案情，否则，就不是基本证据。

（五）合法性

基本证据在收集、审查判断和运用过程中必须符合法律的有关规定。收集的主体必须是法定的，程序也是合法的；单凭被告人的口供不能定案，一切基本证据都必须在法庭上查证属实才能用作定案的根据。合法性是基本证据在法律方面的要求。

三、基本证据的适用范围

第一，一人犯一罪的，该罪的基本事实已经清楚，基本情节已不存在怀疑，都有确实、充分的证据证实。未能查实的只是不影响案件定罪量刑的次要的事实或情节。在这种情况下，应当认为该犯罪的基本证据已经具备，可以定案。

第二，一人犯数罪的，主要罪行的证据已经具备，可以证实无疑；次要罪行的事实、情节确实难以查清，可以认定已查清的罪行。

第三，找不到被害人或被害人否认被告人的罪行，但其他证据确凿、充分，足以认定被告人的犯罪事实、情节，可以认定。

第四，被告人拒不供述，或供后又翻供，而其他证据足以证明被告人的罪行的，应当认为已具备基本证据。

四、基本证据理论在实践中的意义

正确理解基本证据理论，对于司法人员正确认定案情，处理案件具有非常重要的意义。由于人的认识能力的有限性和客观案件的复杂性，有时要求每一案件每一罪行或每一罪行的每一个细节都有确实、充分的证据来证明，可能难于做到，但是对基本事实或基本情节则可以证实。在这种情况下，基本证据理论就给我们提供了理论上的指导和帮助。

首先，基本证据理论要求我们的办案人员要抓主要矛盾和矛盾的主要方面。对于案件的基本事实、情节，一定要坚持以确实、充分的证据来证明。对有的案件中的某些次要的枝节问题，如果确实难以收集到确实、充分的证据证实，就不要纠缠不休，迟迟不予起诉或审判，以至因小失大，贻误战机。

其次，基本证据理论要求我们把精力放在证据的证明力上，即证据的确实和充分上，避免片面地求证据的数量之多和种类的齐全。一定数量和种类的证据是必要的，"孤证"难以定案，只有被告人口供也不行，但是在具备了必要的种类和数量的证据以后，就要重点考查其证明力。

在运用基本证据理论时，还必须注意以下两点：

第一，要防止把"基本证据确实、充分"理解为"证据基本确实"与"证据基本充分"。在任何情况下，作为定案根据的证据都必须达到确实、充分的程度。基本证据之"基本"是证明一案数罪中的主要罪行和次要罪行，一罪行中的主要情节和次要情节的证据相互比较而言的。在审理案件时，只能就证据已经确实、充分的案情予以认定，而没有确实、充分的证据证明的案情则不能认定。在证据理论界有一种"最大盖然性"的观点，其代表人物是前苏联的安·扬·维辛斯基。他认为，法官判断证据时的内心确信，并不需要达到确定无疑的程度，只要达到最大限度的盖然性就足以定案。他认为"企图在绝对真实和相对真实之间划分界限可能是完全不合现实的。"这种相对主义的诡辩论是错误的证据理论，为苏联30年代的"大清洗"所利用，造成了无数的冤、假、错案。因此，我们在理解基本证据理论时，必须防止这种倾向。辩证唯物主义认为，案件事实是客观存在的，是可以认识的，只要深入群众，认真调查研究，充分利用现代科学技术手段，伴随案件发生而产生的基本证据是可以获得的。只有掌握了基本证据，才能定案，才能有效地防止错案的发生。

第二，基本证据理论并不是要求我们对可以收集到的证据也不去收集。只是在证明次要罪行或情节的证据确实难以收集或已经完全不可能收集到的情况下，为了及时、有效地惩罚严重的刑事犯罪分子，才可以凭基本证据对案件的

基本事实予以认定、判决。对于能够收集到的，能证明案情的证据，即使是证明非基本犯罪事实的，也应该尽力去收集，以便对案件作出全面处理。

第二章 证据制度的历史回顾

第一节 外国主要证据制度的沿革

一、证据理论上划分不同证据制度的依据

证据制度是司法制度不可分割的重要组成部分，具有强烈的阶级性。任何证据制度都是为维护一定的阶级统治服务的，所以，就阶级本质而言，有什么性质的社会，就有什么性质的证据制度。以阶级性为依据，可以将证据制度划分为奴隶制的、封建制的、资本主义的和社会主义的几种。

在证据理论中，除了以阶级性为依据划分证据制度的类型外，通常都是以审查判断证据的原则作为划分证据制度的依据。

诉讼的直接目的在于查清案件事实，准确适用法律。查清案件事实是准确适用法律的前提，借以查清案件事实的依据则是证据。因此，收集、审查判断证据就成为诉讼中极为重要的问题。可以说，证据是诉讼的基础，因为如果没有证据，就不能说明有刑事案件、民事纠纷或行政纠纷发生，诉讼自然也就不可能提起和继续进行。

诉讼是围绕着证据问题展开的，而证据只有在运用中才能成为实际审判的基础。证据的证明作用不能够自我表现。证据是否是真实的，是否具有证明力，是否足以证明案件情况，需要司法人员遵循一定的原则加以审查判断之后，才能得到确认。

任何判断都必然以一定的原则为根据进行，而无论这种原则的性质如何。不确定判断证据的原则，也就没有审查判断证据的根据。审查判断证据的原则所要解决的，正是以什么为根据来辨别证据真伪，确认证据的证明力并据以认定案情的问题。

证据是诉讼的基础，判断证据的原则则是有关证据的一个关键性问题。判断证据的原则问题同诉讼本身一样具有悠久的历史，在诉讼中处于重要地位，因此，在证据理论中，对每一种历史类型的证据制度，都将其作为该制度独特性的集中表现。审查判断证据的原则，也就成为证据理论中划分证据制度的依据。

以审查判断证据的原则为依据，对外国历史上出现过和现实中仍然存在的证据制度，可以划分为以下几种：(1) 神示证据的制度；(2) 法定证据制度；(3) 自由心证证据制度；(4) 苏联的内心确信证据制度。

二、神示证据制度

(一) 神示证据制度的概念和产生的历史条件

神示证据制度就是根据神意的启示来判断诉讼中的是非曲直的一种证据制度。这种证据制度发端和盛行于亚欧各国的奴隶社会，在欧洲延续到封建社会前期。

在奴隶社会时期，受到低下的生产力发展水平的制约，虽然有人从朴素的唯物论和辩证法出发，对事物的本质作出了一些天才的猜测，但是，总的来说，人类的意识还不可能被科学之光照亮，人类的思维也不可能通过科学的方式升华到对事物本质的正确认识。于是，变幻莫测的现象呈现在人类意识中而成为难解之谜，人类的思维只能在迷信的荒野中游荡，并在虚幻的神意中找到归宿。以迷信为基础的抽象思维之子，便是创造并统治世界的万能之神。在愚昧落后的文化背景之下，神被奉为万物的创造者，是自然界和人世间的主宰者。神无所不知，神意无所不在，神意是公正和正义的象征，是据以判断是非的标准——这是为社会普遍接受的观念。被统治者是神的盲目崇拜者，统治者既是神的盲目崇拜者，又自觉地利用神来控制社会。在这种历史背景下，在诉讼领域中，神意被确定为判断诉讼中是非曲直的依据，就成为历史的必然。

在外国的奴隶社会中，普遍实行的是弹劾式诉讼形式（又译为控告式诉讼形式）。在这种诉讼程序中，告诉权由私人掌握，即只有在刑事案件的被害人或者民事权益受到侵犯的人向司法机关提出告诉之后，法官才对案件进行审理。古代罗马帝国时期确立的“没有原告就没有法官”的诉讼原则，集中地体现了弹劾式诉讼形式的特点。

由于原告和被告人双方无论在实体利益上还是诉讼地位上都是处于直接对立的状态，所以，他们对于案件情况的陈述往往是互相矛盾的。在当时的历史条件下，就要求法官利用无所不知的、公正的神意的启示，来判定当事人双方

和各方证人陈述的真伪，并以此为基础对案件作出判决。

由于神本身是一个虚构的抽象物，事实上是不存在的，所以神意只能通过人所确定的方式体现出来。对神宣誓、水审、火审、决斗、抽签和卜卦等，是神示证据制度中具有代表性的显示神意的方式。由于各民族的风俗习惯、历史传统的差异，上述各种显示神意的方式，在实际运用中，又各具特点。

（二）显示神意的具体方式

1. 对神宣誓

对神宣誓是神示证据制度中普遍采用的一种显示神意的方式。这种方式在许多古代奴隶制国家和欧洲封建制国家前期的法典中都有具体的规定，比如，约公元前20世纪的《苏美尔法典》第7条规定："引诱自由民之女离家外出，而女之父母知之者，则引诱此女之人应对神发誓云：'彼（该女父母）实知情，过应在彼。'"约公元前20世纪的埃什嫩那国王俾拉拉马的法典第22条规定："倘自由民并无他人所负任何之债，而拘留他人之女奴为质，则女奴主人应对神宣誓说：'我不负你任何债务'，该自由民则应付出与一女奴身价相等之银。"

《汉谟拉比法典》第126条规定："倘自由民本未失物，而云：'我失物'，并诬告其邻人，则其邻人应对神发誓，检举其并未失物，而此自由民应按其所要求之物，加倍交给邻人。"由上述可以看出，被告人只要对神宣誓，其答辩的证明力就可以得到确认，就可以胜诉。

对神宣誓的方式中还有一种"保证宣誓"或称为"辅助宣誓"，即当事人要找出一定数量的保证人对神宣誓，以保证其品质纯正，不会犯被控罪行，或者保证其对案情陈述的真实性。比如公元7世纪的《萨利克法典》第58条规定："如果某人杀了人，而交出其所有的财产，但还不够偿付依法应交纳的罚金，那么，他必须提出十二个共同宣誓人，（他们将宣誓）说，在地上，在地下，除已经交出的东西外，再没有其他任何财产了。"

通过上述引证的史料，可以明显看出，当事人或证人为了证明他们对案件情况的陈述是真实的，就必须依照法律的具体规定，对神宣誓。由于当时的一个普遍观念是，欺骗了神就必定受到神的惩罚，所以，如果谁不敢对神宣誓，或者在宣誓过程中精神恍惚，表现慌乱，或者在宣誓后显出某种受到神的报应的现象，那么，法官就确认他的陈述是虚伪的，并将据此判定其有罪或败诉。如果没有出现上述情况，对神的宣誓就成为法官确认宣誓者对案情陈述真实性的依据。由于对神宣誓的作用在于确认宣誓者陈述的真实性，所以，它又称为证实宣誓。

有必要指出，近现代西方国家也有证前宣誓制度，即证人出庭作证时，应

当首先对上帝宣誓，他将如实陈述。但这同神示证据制度中宣誓的法律意义有原则的区别。近现代的证前宣誓是证人出庭作证的一项法律程序，其目的在于以宗教信仰的力量来保证证人如实陈述。但是，这种宣誓并不具有成为法官确认证人证言真实性的当然根据的法律效力。换言之，证人证言的真伪及其证明力要由法官根据自由心证原则来判定。而神示证据制度中的宣誓，则是法官确认当事人陈述和证人陈述真实性的根据。

2. 水审

水审是指通过一定的方式使当事人接受水的考验，显示神意，借以判定当事人对案情的陈述是否真实、刑事被告人是否有罪。水审又分为冷水审和沸水审两种。

冷水审一般是将被告人投入河水，看其是否沉没，以检验其陈述的真伪和他是否有罪。由于民族传统的不同，判定的标准也有一定区别。在古巴比伦王国，被告人投入河中如果沉没，则表明神要对他们进行惩罚，他的陈述是虚伪的，或者他是有罪的；如果被告人在水中浮起，则认为是神表明他是诚实的、无罪的。这一点，《汉谟拉比法典》的规定可以证明。该法典第 2 条规定：“倘自由民控自由民犯巫蛊之罪而不能证实，则被控犯巫蛊之罪者应行至于河而投入之。倘彼为河所占有，则控告者可以占领其房屋；倘河为之洗白而彼仍无恙，则控彼巫蛊者应处死，投河者取得控告者之房屋。”该法典第 132 条还规定：“倘自由民之妻因其他男人而受指摘，而她并未被破获有与其他男人同寝之事，则她因其夫故，应投于河。”这里的“应投于河”是指由河神来证明其清白。

古日尔曼民族认为水是世界上最纯洁之物，它不接受任何污秽的东西，所以，被告人投入河中之后，如果浮出水面，则认为他是受到水神的唾弃，从而说明他的陈述是虚伪的，他是有罪的；相反，如果他沉入水中，则认为纯洁的水神接受了他，他是真诚的，是无罪的。当然，在后一种情况发生之后，应立即将沉入河中的人捞救起来。

沸水审一般是让被告人用手从沸水锅中捞出某种物品，接着包扎好其烫伤手臂，同时向神祈祷，过一段时间后再根据其烫伤是否日渐愈合来判定其陈述是否真实以及其是否有罪。如果手上的烫伤好转，法官则认为是神意所致，因而他便是诚实的、无罪的；如果伤口溃烂，就被认为是神对他的惩罚，由此就应断定他的陈述是虚假的，他是有罪的。

3. 火审

火审就是通过一定的方式要被告人接受火或者烧红的铁的检验，显示神

意，借以判定当事人的陈述是否真实以及刑事被告人是否有罪。比如，9世纪时法兰克人的《麦玛威》法中规定："凡犯盗窃罪，必须交付审判。如在审判中为火所灼伤，即认为不能经受火的考验，处以死刑。反之，如果不为火所灼伤，则可允许其主人代付罚金，免处死刑。"14世纪时古塞尔维亚的《都商法典》第152条也规定，被告人想证明自己的清白，就应该接受烧红的铁的考验，即他必须从教堂门口燃起的火堆中，取出烧红的铁，用手拿到祭坛上去。如果经过一段时间，他手上的灼伤愈合了，则被认为是无罪的；如果伤口溃烂，不能愈合，那么，便被认为是神在惩罚他，据此就可以判定他的陈述是虚假的，他是有罪的。

4. 决斗

决斗是盛行于欧洲中世纪的一种习俗，这种习俗也被用在诉讼中，借以确定当事人双方对案情的陈述的真伪，以及谁是犯罪人。一般在当事人双方对案情的陈述发生矛盾，而原告提出愿以生命证明自己的控告是真实的，被告一方又提不出证明自己无罪的证据时，法官便指令原被告双方进行决斗。凡在决斗中获胜的一方，便被认为是神使他取得了胜利，因而他是真诚的、无罪的，而失败的一方则被认为是有罪的。如果被告人不敢决斗，就以败诉论处。决斗前，双方还须按规定的准则对神宣读誓词，如果有一方在宣誓时，神情恍惚，读错了誓词，则被认为是神显示了旨意，不必进行决斗，法官就可以根据神意确定他是有罪的。

对于决斗的具体规则，许多国家的习惯法也有明确的规定。比如，有的规定决斗时允许休息三次，每次一小时。决斗要进行到有一方被杀死为止，而活着的一方就是胜诉者。凡是对胜诉的一方进行报复的，就被认为是对神意的抗拒，要处以死刑，等等。另外，由于决斗是盛行于中世纪欧洲各国诉讼中的一种显示神意的方式，所以，这些规则中表现出了鲜明的封建意识和封建等级观念。如决斗的双方在社会地位上必须属于同一个等级；如果决斗双方都是封建领主或绅士，就可以用剑和盾为武器来决斗，如果是农民或平民则无权使用剑和盾，而只能用木棍互相搏斗。

5. 卜筮和十字形证明

卜筮就是将原告和被告双方发生争辩的事实向神祷告，然后进行占卜，法官则根据卦象式签牌的内容，判定原告和被告谁对案情的陈述是真实的，谁是清白的。

十字形证明是信仰基督教的民族中采用的一种显示神意，借以确定当事人对案情的陈述是否真实的方式。根据这种方式，当事人双方要对面站立，将手

臂左右伸直，使身体呈十字形，接受上帝的考验。身体保持十字形站立的时间较长的一方，便被认为是上帝给了他力量，因此，他对案情的陈述也就被认为是真实的，法官据此就可以判定他胜诉。

（三）对神示证据制度的评析

神示证据制度是当时整个司法制度的组成部分，是为维护当时剥削阶级的统治服务的。由于这种证据制度是以宗教迷信为基础，把神意的显示作为确认证据真伪的标准，当然难以对案件事实作出正确的结论，保障实体法的准确适用。然而，神示证据制度的出现和长久存在，却是符合当时的历史条件的。

首先，神意本身是一个虚构的抽象物，它必须通过人所确定的方式来实现。正如恩格斯所指出的："一切宗教都不过是支配着人们日常生活的外部力量在人们头脑中的幻想的反映，在这种反映中，人间的力量采取了超人间力量的形式。"正由于神意本身是虚构的抽象物，所以神意显示的方式往往表现出超越人类意志控制而听凭命运的偶然性安排的假象。从概率论的角度看，相当一部分显示神意的方式（比如决斗、卜筮、十字形证明等）具有得到50%的准确结论的可能性，因为它们就像在玩只有两种选择的掷骰子游戏。当时广泛采用的对神宣誓的方式，在一个把神奉为最高主宰者的社会中，对于宣誓者的心理，无疑有极大的强制作用。这种强制作用往往可以迫使宣誓者为了不受神的惩罚而不敢不讲出真实情况。这样，在特定的情况下，不科学的方式对于确认证据的真实性，也就具有了实际意义。这就是说，在当时的历史条件下，以神意的显示作为判定证据证明力的标准，也可以在一定的程度上使真正的违法者和犯罪人受到惩罚。

其次，法律的作用不仅表现为对违法者和犯罪人的惩罚，而且表现为法律在适用过程中对一般人行为的引导和规范能力。法律的后一种作用只有在法律的适用具有社会普遍接受的公正和正义性的条件下，才能够得到充分的发挥，而无论此种公正和正义是真实的还是虚伪的，也无论社会的普遍接受是自觉的还是盲目的。在把神意作为公正和正义象征的情况下，根据神意确认证据的证明力，并据以认定事实，适用法律，也就当然具有了被社会普遍接受的公正与正义性，尽管这种公正和正义是一个历史的荒谬。

再次，统治者在相当程度上是自觉地利用神来控制社会的。他们利用人们对神的敬畏，按照自己的意志确定显示神意的方式，并以神意作为判断证据证明力的标准，这就有利于统治者依照维护统治的需要灵活地适用法律。这是神示证据的非科学性给予实质上非正义的统治者的特权。

在奴隶社会，民事违法行为和犯罪行为经过司法审判程序处理，乃是一种

只有统治阶级的成员才能享有的特权。奴隶不具有法律人格，不享有任何法权，当然也就不具有以诉讼主体的身份参加诉讼的权利，而只有奴隶主和自由民的民事违法行为和犯罪行为才需要经过法律程序的审判。对奴隶反抗的镇压，则主要是通过军事镇压和私刑来实现的。这种司法程序适用范围的局限性，限制了不科学的判定证据证明力的标准发挥作用的范围，从而也就限制了这种标准的不科学性所必然产生的消极后果。

总之，社会生产力匍匐在自然力的脚下，人的意识也就只能跪拜在神的脚下。神示证据制度成为诉讼发展史上最早的一种证据制度，是由当时的经济、社会情况决定的。

三、法定证据制度

（一）法定证据制度的概念和产生的历史条件

欧洲的历史进入封建君主专制时期之后，一种新的适应当时政治需要的证据制度，即法定证据制度（又称为形式证据制度）取代了神示证据制度。在16世纪至18世纪之间，法定证据制度发展到了全盛时期，其影响一直延续到19世纪中叶。当时，欧洲大陆法系各国的法典中，普遍规定了这种证据制度，其中具有代表性的法典有1532年的《加洛林纳法典》、1853年的《奥地利刑事诉讼法》以及1857年的《俄罗斯帝国法规全书》等。

同时期的英国，由于其民族历史传统的特殊性，尽管其证据制度中也有许多形式主义因素，但却没有形成严格意义上的法定证据制度。

所谓法定证据制度，是指法律根据证据的不同形式，预先规定了各种证据的证明力和判断证据的规则，法官必须据此作出判决的一种证据制度。在这种证据制度中，法官无权按照自己的见解自由地判断证据，而只能机械地适用法律有关证据证明力和判断规则的规定，并据以认定案情。

论述法定证据的理论分为积极理论和消极理论两种。形式证据的积极理论一直支配法定证据制度至18世纪后期。根据这种理论，当刑事案件具备了法律规定的“完全的”或“完善的”证据时，无论法官个人对案件的看法如何，都必须作出有罪判决。18世纪后期，出现了形式证据的消极理论。这种理论认为，只要没有具备法律规定的“完全的”或“完善的”证据，即使法官个人认为被告有罪，也不得作出有罪判决。这两种理论都是以法律预先对证据证明力的规定作为认定案情的根据。不过，有的法学家认为，“消极理论不同于积极理论的，是大大减轻了形式证据理论的畸形弊害，反映了人道主义的影响，也反映了自然法学派和百科全书派对当时法官的专横提出抗议的影响。”

君主专制政治的一个特点就是中央集权，强化国家权力对社会的控制。与这个政治特点相适应，在欧洲大陆君主专制时期，以纠问式（又称审问式）诉讼形式取代了控告式诉讼形式。在纠问式诉讼形式下，无论是否有被害人控告，司法机关都有权主动追究犯罪，法官集起诉权和审判权于一身。被告人不是诉讼主体，没有任何诉讼权利，却有招供的义务，对被告人刑讯逼供是法定的程序。很显然，这种诉讼形式大大强化了国家的司法权。同时，法定证据制度又使法官必须绝对依照法律对证据证明力的规定来认定案情，适用法律，完全取消了法官的自由裁量权。这就使立法者，即封建君主得以通过这种证据制度，强有力地控制司法权，以适应君主专制政治中央集权的需要。

（二）法定证据制度的主要特点

1. 法律预先规定了各种证据的证明力和判断证据的规则。

这是法定证据制度的一个首要特点。根据当时的法典和证据理论，各种证据被划分为完善的和不完善的，或完全的和不完全的。完全的证据就是法律规定能够据以认定案情的充分确实的证据，不完全的证据就是法律规定其证明力还不充分，因而还不足以据其认定案情的证据。同时，不完全的证据又划分为不太完全的、多一半完全的、少一半完全的。而且，多个不完全的证据可以构成一个完全的证据。

2. 法律对证据证明力和判断证据规则的规定，主要是根据证据的形式，而不是证据的具体内容。

这是法定证据制度的另一个突出特点。当时几乎所有的法典都将被告人的自白作为完全的证据，“全部证据中最好的证据”或“证据之王”，而不管被告人自白的具体内容如何。对于作为完全证据使用的被告人的自白，法律也规定了一些具体的、形式上的要求，比如，1853年的《奥地利刑事诉讼法》规定，被告人的自白，必须具备下列条件：（1）必须是确定的、明晰的、表达透彻的，不是出于含糊不明的手势和符号；（2）必须是完全的记忆并在健全的理智状态下的陈述；（3）必须是独立的和详尽的陈述，不是只根据所提问题作出的肯定答案；（4）必须与重要各点和有关犯罪行为的现有 资料相符合；（5）必须是在法庭调查中或在有权进行侦查的人员面前的陈述。

关于证人证言的证明力的规定，也体现了形式主义的特点。法定证据理论认为，两个典型的证人的证言，就构成完全的证据。这里所说的典型证人是指两个人彼此没有关系，具有完全的信用和良好品质。一个可靠证人的证言，不具有完全的证明力，只能算半个完全的证据，不能据以定案。如果几个可靠证人的证言相互矛盾，则按多数证人的证言来认定案情。1853年的《奥地利刑

事诉讼法》就明确规定，必须有两个相同的证人证言，才能使某种事实得到完全的证明。同时，这两个证人还必须具备下列条件：①证人所作的陈述是他亲自感受到的情况；②证人是完全善意的；③证言是证人经过宣誓后所作的陈述。

法定证据制度对书证证明力的规定，也主要是以书证的不同形式为依据。比如，书证只有是公文书、原本等才具有一定的证明力。

法定证据制度的形式主义发展到了极端，甚至对某类案件的定罪必须具备几种证据也作了具体的规定。比如，《俄罗斯帝国法规全书》第 312 条规定，审判强奸案时，必须具备下列法定证据才能定罪：(1) 切实证明确有强暴行为；(2) 证人证明被强奸人曾呼喊旁人救助；(3) 她的身上或被告人身上，或者两个人身上，显出血迹、青斑或衣服被撕破，能够证明有过抗拒；(4) 立刻或在当日报告。

从以上介绍中，可以明显看出，尽管法定证据制度对证据证明力和判断证据规则的具体规定中，不乏一些实际经验的总结（如只有一个可靠证人的证言，不能认定案情等），但是，从总体上看，这些规定还是以证据形式为主要依据的。这体现了法定证据制度是以形式决定内容的观念为基础，因而，从总的来看，这种证据制度是反科学的。

3. 法律对证据证明力和判断证据规则的规定是审查判断证据绝对性的根据。

“徒法不足以自行”，法定证据制度需要由司法人员来执行，才能实际发挥作用。由于法律对证据证明力所作的绝对性规定，实际上完全剥夺了司法人员在审查判断证据过程中的主观能动性，使司法人员成为机械的行为工具。在法定证据制度中，法官在判断证据证明力时，如果还有主观能动性的话，不过是按照法律的规定，将几个不完善的证据相加成一个完善的证据。这种做法的荒谬性，就在于用定量分析的数学方法解决属于定性分析领域的审查判断证据问题。这显然是强烈的形而上学的思维方式的体现。

4. 有明显的封建等级特权观念。

法定证据制度的这个特点，是由它的阶级本质决定的。在有关证人证言的证明力的规定中，这个特点表现得十分明显。比如，1875 年的《俄罗斯帝国法规全书》规定：当几个地位或性别不同的证人的证言发生矛盾时，要依照下列原则处理：“(1) 男子的证言优于妇女的证言；(2) 学者的证言优于非学者的证言；(3) 显贵者的证言优于普通人的证言；(4) 僧侣的证言优于世俗人的证言。”

5. 刑讯逼供是获取被告人自白这个“证据之王”所普遍采用的合法方式。

法国的资产阶级启蒙学者孟德斯鸠曾经写道：“拷问可能适合专制国家，因为凡是能够引起恐怖的任何东西都是专制政体的最好的动力。”在法定证据制度中，刑讯是一种取得被告人自白的明确的规定。比如，《加罗林纳法典》第31条就规定：“假如某人被怀疑对他人有损害行为，而嫌疑犯被发觉在被害人面前躲躲闪闪、形迹可疑，同时嫌疑犯又可能是犯这类罪的人时，那么这就是足以适用刑讯的根据。”按照当时的法律规定，不完全的证据虽然不能成为认定被告有罪的根据，但却可以成为对被告进行刑讯的证据。如果经过刑讯，仍然不能取得被告的自白，则可以根据不完全的证据作出“存疑判决”，从而使被告人处于“准罪犯”的法律地位。这体现了“有罪推定”对法定证据制度的影响。

刑讯逼供体现了法定证据制度的野蛮性和落后性。“捶楚之下，何求不得”！将通过刑讯取得的被告人自白，奉为“最完善的”证据，就不可避免地会使无辜者蒙冤受罚。许多资产阶级法学家就对此做过尖锐的批判，例如贝卡利亚曾写道：“认为疼痛是真实的试金石，好像真实是用肌肉和筋来测量似的，这就把各种关系混淆起来。这对于宣告体格强壮的恶棍无罪和宣告身体软弱但无罪的人有罪来说，是一个可靠的手段。”

（三）对法定证据制度的评析

欧洲大陆各国的法定证据制度，是适应封建君主中央集权的政治需要而建立的。它剥夺法官审查判断证据的自由权，就使他们脱离了封建领主的控制，只能服从君主钦定的法律。这样，就使司法权受到专制君主的强有力的控制，从而使原来受到各个封建领主控制的混乱的司法机关和诉讼制度，逐步转化为全国统一的司法机关和诉讼制度，司法官员也就由封建领主的家臣变为“皇帝陛下”的法官。显然，法定证据制度适应了当时社会历史的发展，客观上是具有进步意义的。

法定证据制度使法官必须绝对按照法律对证据证明力、判断证据规则的预先规定来审判案件，有利于消除在运用证据中的混乱状态，从而有力地限制了法官的司法专横。当然，这仅仅是立法者，即封建君主的专横对法官的专横的限制。

法定证据制度是作为神示证据制度的否定物出现在历史舞台上的。虽然这种证据制度本身也是不科学的，但是同神示证据制度相比，它毕竟更多地体现了人的理性的作用。这是人类社会进步的结果，同时也反映了人类社会的进步。

不过，法定证据制度是以唯心主义和形而上学为其理论基础的，是为封建主阶级服务的，是同野蛮的刑讯逼供相联系的。这就从本质上决定了它的落后性、封建性和非科学性。在法定证据制度的具体内容中，虽然也包含有一些有价值的实践经验，具有一定的合理性，然而，法定证据制度却把这些具体的经验，无条件地奉为一般性准则，适用于一切情况，这就使真理在形而上学的思维方式中转化为谬误了。所以，在法定证据制度根本的反科学性的限制下，这些有价值的合理因素只能成为法定证据制度的总体荒谬性的组成部分。

四、自由心证证据制度

（一）自由心证证据制度的概念和产生的历史条件

自由心证制度是指证据的取舍和证明力的大小，以及案件事实的认定，均由法官根据自己的良心、理性，自由判断、形成确信的一种证据制度。它是资产阶级国家司法制度的组成部分。

在资本主义制度确立的过程中，资产阶级民主主义的思想家从哲学、政治学、法学、社会学等各个角度，对封建主义进行了猛烈地抨击。在证据学领域，资产阶级的思想家和法学者则把批判的锋芒指向了法定证据制度。

首先，资产阶级思想家崇尚人的理性和良心，提出“人生而自由”的观点。据此，资产阶级法学家认为法定证据制度要求法官机械地按照法律预先的规定来判断证据，是对人的理性的压抑，是违反人性的。

其次，资产阶级法学家认为，按照法定证据制度来确认案情，只能达到形式真实，而不能达到“实质真实”。贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书中曾经写道：“关于刑事案件，非学者的人们依照感觉所作出的判决，比起法学者依照预定规则所作出的判决，常是更正确的。”1864年的《俄罗斯刑事诉讼条例》的立法理由中，对法定证据制度的批判，则更为明确。该立法理由中写道：“法定证据理论的效果是极不能使人满意的。很常见的是，虽然受审人的罪过完全确凿，并为人们所完全确信，但是因为没有法律所认为的完善的证据，法院就只好把显然的犯罪人当作程度轻重不等的嫌疑犯。……单纯建立在形式基础上的证据理论，有使老奸巨猾的恶徒逃避审判的缺点，而且，这种理论也不能防止不公正地判处刑罚。”

再次，资产阶级思想家提出了人权和“法律面前人人平等”的思想。这些思想同法定证据制度中刑讯逼供的规定和封建等级观念显然是直接对立的。因此，许多资产阶级思想家和法学家针对刑讯逼供和充满了等级观念的封建法律意识也进行了极其尖锐的批判。这些批判就为自由心证理论的提出和自由心证

制度的产生，提供了前提条件。

总之，随着以工业革命为主要标志的近代生产力的迅猛发展，在思想意识领域（包括法学领域）内也发生了巨大变革。资产阶级的人权思想，头戴人类共同理性的战盔，击落了君权的王冠，推翻了神权的至高无上的宝座。这一思想意识领域内的深刻变革，使一直屈居在神权和封建统治权的绝对权威下的人类理性昂然地抬起头来，不再是封建统治权和神权的奴隶。这无疑是人类发展史上的一次极有意义的变革。当然，他们所说的人类共同理性，就如同神意一样，只是一个虚构的抽象物，实际上充斥着资产阶级的灵魂。就是这样一个“人类共同理性”，现在要取代神意和封建统治权，成为最高的裁决者，成为衡量万物的基本准则。而资产阶级的人权思想在推翻神权和封建统治权对理性的统治的同时，却又拒绝承认理性是受客观存在制约的，实际上理性的产生和存在都是由客观规律所决定的。

资产阶级的政治革命使封建制度成为历史，使资本主义制度进入了现实。法定证据制度作为封建司法制度的组成部分，也退出了历史舞台。作为衡量万物最高准则的所谓“人类共同理性”，在证据制度领域就理所当然地成为判断证据的依据。于是，一种适应资产阶级政治、经济需要的，符合资产阶级思想意识的自由心证证据制度便产生了。

自由心证制度的核心内容，就是对于各种证据的真伪、证明力的大小以及案件事实如何认定，法律并不作具体规定，完全听凭法官根据理性和良心的指示，自由地判断。法官通过对证据的审查在思想中所形成的信念，就叫作“心证”，“心证”达到无任何合理怀疑的程度，叫作“确信”。法官通过自由判断证据所形成的“内心确信”——这样一种理性状态，就是作出判决的依据。

（二）自由心证制度的理论和立法

法国的杜波尔在 1790 年 12 月 26 日向宪法会议提交了一项革新草案。在这项议案中，“自由心证”的原则第一次被提出来。杜波尔认为，判明案件的事实真相，有两种方法。一种是由法律预先规定何种证据可用来确认事实真相。这种方法不顾法官内心是否确信，强迫其根据法律预先规定作出判决，是荒谬的，对被告人和社会都有危害。另一种方法是周密地搜集认识真实情况的一切材料，在法官面前加以阐明，由法官进行分析判断，作出决定。

经过辩论之后，1791 年 1 月 18 日法国宪法会议终于通过了杜波尔的草案。同年 9 月 29 日法国宪法会议发布训令正式宣布：法官有把自己的内心确信作为判决的惟一根据的义务。

1808 年，法国颁布了世界上第一部专门的刑事诉讼法典，这个法典的第

342 条就是上述自由心证原则的进一步发展。

在此之后，欧洲大陆各国通过立法，基本上都将自由心证原则确定下来。比如，1877 年德国的刑事诉讼法典规定："法院应根据从全部法庭审理中所得出的内心确信，来确定调查证据的结果。"1892 年俄国颁布的刑事诉讼条例规定："治安法官应根据建立在综合考虑法庭审理时所揭露的情况的基础上的内心确信，来裁定受审人有无罪过的问题。"1808 年之后，法国的刑事诉讼法典虽然几经修改，但是时至今日，自由心证的原则依然保留下来。

自由心证原则对亚洲国家也产生了深刻影响。日本自明治九年开始，就采用了自由心证原则。日本现行的《刑事诉讼法》第 318 条明确规定："证据的证明力由审判官自由判断。"

自由心证的证据制度是建立在一定的理论基础上的。自由心证的理论是作为法定证据理论的直接否定物出现的。为了冲破封建法制的压制，自由心证理论集中批判了法定证据理论的形式主义。然而，在冲破了法定证据理论的形式主义的束缚之后，自由心证理论似乎被胜利冲昏了头脑，而不能客观地给其所强调的理性找到一个正确的位置。有的推崇自由心证的学者甚至说，在判断证据证明力时，"除了理性的指示和良心的感悟之外，确信是不知道有其它规律的。"这样，资产阶级的理性就取代了封建法律，成为判定证据证明力的普遍原则。显然，自由心证理论在批判了法定证据理论的形而上学的形式主义之后，又不得不以唯心主义观点虚构"人类共同理性"，这样，旧事物否定者本身的盲目性和虚伪性，又决定了自己将来成为被否定者的命运。

1808 年《法兰西刑事诉讼法典》第 342 条规定的内容是："法律不要求陪审官报告他们建立确信的方法；法律不给他们预定一些规则，使他们必须按照这些规则来决定证据是不是完全和充分；法律所规定的是要他们集中精神，在自己良心的深处探求对于所提出的反对被告人的证据和被告人的辩护手段在自己的理性里发生了什么印象。法律不向他们说：'你们应当把多少证人所证明的每一个事实认为是真实的。'它也不向他们说：'你们不要把没有由某种笔录、某种文件、多少证人或多少罪证……所决定的证据，看作是充分证实的。'法律只是向他们提出一个能够概括他们职务上的全部尺度的问题：'你们是真诚的确信吗?'"这一法律规定被认为是法官自由心证的古典公式。

上述这条带有理论色彩的规定，集中表达了自由心证理论的主要内容。从中我们可以看到自由心证理论有两根支柱和一个中心。两根支柱一是抽象的理性，一是抽象的良心。理性是判断证据的依据，良心则是真诚地按照理性的启示判断证据的道德保障。其中心则是"自由"，即法官根据理性和良心自由地

判断，在内心达到真诚确信的程度。当然，自由心证理论也明确指出，“确信”必须是产生于证据材料在理性中的印象。事实上，任何证据都会在人的意识中造成一定的印象，关键在于以什么为根据来确定这种印象的性质。“自由心证”理论的回答是，以“真诚的确信”这种理性状态为根据，来确定证据在意识中产生的印象的性质，即以某种精神因素，而不是以特定的客观实在性作为判断证据的标准。这显然是一种主观唯心主义思想方法的体现。

唯物辩证法认为，一事物只能从同其他事物的联系中表现自己的内在性质，因此，人们只能通过一个证据同本案中其他证据的互相协调一致或者互相矛盾以及与案件事实的关系，来认识并确定这个证据的真伪及其证明力的大小。不同证据间客观存在的各种关系及其与案件事实的关系，才是判断这些证据的客观标准。审判人员只有正确认识这些客观存在的关系，才能够对证据作出正确的判定。所以，只有当法官的内心确信符合客观存在的证据之间和它们与案件事实之间的客观联系，法官对证据的判断才具有真理性。

在自由心证理论中，还有一种“盖然性”理论。这种理论认为，法官不可能完全准确地判定证据的证明力，因而不可能完全准确地查明案件事实，他们对此作出的决定，只能具有一定的盖然性。显然，这种理论是以“不可知论”为灵魂的。正反相合，两极相通，把人的理性看成决定者，必然要以对理性思维能力的贬低作为逻辑合理性的哲学补充。上述“盖然性”理论正是将理性奉为决定者的必然产物。它实际上是认为，人的理性思维能力是如此无能，以致于不可能准确认识客观事物。既是一个专横的决定者，又是一个低能儿——这就是自由心证理论为人的理性描绘的形象。

唯物辩证法的认识论认为，存在决定意识，同时人的意识又具有主观能动性，它能够通过现象深入认识事物的本质。在判断证据的问题上也是如此。只要具备了一定的条件，人通过审查证据的实践活动，就能够对证据作出正确判断，从而准确无误地查明案情。

（三）对自由心证证据制度的评析

资产阶级的自由心证制度是取代封建时期的法定证据制度而走上历史舞台的，因此具有一定的历史进步性。比如，自由心证制度否定了法定证据制度的形而上学的形式主义，废止了刑讯逼供，抛弃了法定证据制度中的封建特权等等，都反映了它的历史进步意义。

同时，无论是在立法上，还是在理论上，自由心证制度对法官依良心、理性“自由”地判断证据也有一定的限制。比如，日本刑事诉讼法第318条规定：“证据的证明力由审判官自由判断。”但紧接着第319条又规定，当被告人

的自白成为对他不利的惟一证据时，法官不得将其作为有罪的根据。又如，有的学者认为，法官的“内心确信”必须具备下列条件，才是合法的。这些条件包括：(1) 内心确信必须是从本案情况中得出的结论；(2) 内心确信必须是基于一切情况的酌量和判断；(3) 考虑判断这些情况的时候，必须不是孤立的，而是它们的全部总和；(4) 内心确信的产生必须是对每一证据“依据证据的固有性质和它与案件的关联”加以判断的结果。

上述这些法律上或理论上对法官自由判断权的限制，都体现了一些有价值的实际经验，从而使自由心证制度具有一定的合理性。

然而，从总体上讲，自由心证制度是以主观唯心主义为其思想基础，以“内心确信”这种理性状态作为判断证据的依据，这是违背客观规律的，因而具有反科学性。对此，前面已作了简要的剖析。

既然自由心证制度是不科学的，为什么资产阶级国家的司法实践活动，仍然能够据此比较准确地判断证据，认定案件事实呢？这是赞同自由心证理论的人经常提出的一个带有挑战性的问题，因而是一个必须回答的问题。

如前所述，自由心证制度的核心，是以法官通过自由判断形成的“内心确信”这种理性状态，作为认定案件事实的根据。这显然违背人的认识活动的客观规律。正因为它是违背客观规律的，所以，自由心证的理论往往同审查判断证据的实践活动相分离。换言之，法官判断证据的活动，常常不自觉地超越了自由心证理论的限制。这是由于客观规律本身对主观认识有一种强制力，尽管意识中自觉的或者不自觉的反客观规律性因素对此种强制力有不同程度的抵消作用，但却不能消灭这种客观存在的强制力。因此，案件的各个证据之间和它们与案件事实之间客观存在的各种联系本身，就具有引导司法人员对证据作出正确判断的倾向。在没有正确理论指导的情况下，依据实际经验，不自觉地遵从此种客观联系的强制力的引导，也往往可能对证据作出比较准确的判断。资产阶级的法官之所以往往不自觉地遵从此种客观联系的强制性，其客观原因主要在于准确打击犯罪，正确解决纠纷，有效地维护资产阶级统治的实际需要。另外一些因素，比如社会舆论的压力等，也起着相当重要的作用。其主观因素主要是具有比较丰富的实际经验以及追求客观真实的个人品德。所以，实际工作中法官判断证据、认定案情的准确性，并不能成为为“自由心证”辩护的理由。

最后，需要特别指出，自由心证制度实际是确认有审判权者即有真理的原则，它为法官利用司法活动灵活地为政治服务提供了广阔的余地。这是自由心证制度能够产生并长期存在的一个关键性因素。

五、英美法系国家的证据制度

（一）英美法系国家证据制度概述

英国由于其不同的历史发展，形成了有别于欧洲大陆国家的具有自己特点的法律制度。随着大英帝国在世界范围内的扩张，英国的法律制度对于曾经沦为英国殖民地和保护地的各国的法律制度产生了深刻的影响，从而形成了以英国法律制度为原型和楷模的海洋法系，又称为英美法系。

英美法系国家在证据制度上的一个突出特点，就是从来没有形成欧洲大陆国家那样的法定证据制度，刑讯逼供也不盛行。在长期的历史发展中，英国形成了一整套繁琐、庞杂的，有时甚至是互相冲突的证据规则。由于英国资产阶级革命的妥协性和不彻底性，革命成功之后，并没有像法国那样彻底地抛弃封建的法制，而是从形式上几乎完整地将旧的法制保留下来，只是赋予旧的法制形式以资产阶级的阶级内容。在证据制度中，那些长期形成的证据规则，也被保留下来，直到今天，还是美国等英美法系国家证据制度的重要组成部分。当然，随着时代的发展，这些证据规则也在不断地受到修正。

尽管有些现代证据规则的起源可以追溯到中世纪，然而，现代证据规则却是以 17 至 18 世纪的判例为基础。这些判例构成了一个复杂的法律体系，即普通法体系。

19 世纪和 20 世纪，进行了一系列法律改革。不过，构成普通法的古老判例，却继续发挥作用，现代法律中保留的大量证据排除规则就是其表现。根据这些排除规则，应予排除的事实材料，在非司法性质的调查中可以作为证据使用，但却不能被法院所接受，即这些材料不能作为司法证据使用。例如，关于某甲是否因酒后开车造成交通事故的非司法性调查中，下述三项材料就是很重要的：(1) 证人某乙临死前对警官说，他曾看见某甲在进入汽车前喝了六杯威士忌；(2) 酒店老板在事故发生一年以后，不太肯定地说，某甲似乎曾在他的酒店中买了六杯威士忌，并且在事故调查开始后的第二天早晨在书面证词上签了名；(3) 一位警官说，在事故发生后，他立刻同刚下车的某甲进行了交谈，并感觉到某甲确实是酒后开车。然而，根据普通法的证据规则，上述三项材料都不具有证据资格，因而，在今天的刑事审判中也不能作为证据使用。

使上述材料不具有证据资格的因素主要有三个，即陪审团、证前宣誓制度和审判中的交叉辩论制度。某乙的证言不具有证据资格，部分是由于他没有证前宣誓，而最主要的是由于他已经不可能在法庭的交叉辩论中经受被告辩护人的质询。酒店老板的书面证词不能作为诉讼证据使用，是由于他不愿意作证前

宣誓。那位警官的证言被剥夺证据资格，是由于陪审团可能会将他的证言当作一种结论来看待。

确定某一材料是否具有证据资格的基点之一，在于防止当事人提供伪证或者提供片面的有利于自己的证言。当时有一种观念认为，没有人会提供不利于自己的证言，除非他所说的是真实的；但是，任何人当他处于受指控的地位，他都会提供片面的有利于自己的证言。因此，普通法的证据规则规定，被告一方没有资格提供有利于自己的证言。1851 年的“证据规则”公布之后，在民事诉讼中才废除了上述规则。1898 年的“刑事证据规则”实施之后，才允许被告人在所有刑事案件中提供有利于自己的证据。

1851 年的“证据规则”和 1898 年的“刑事证据规则”的上述改革具有划时代的意义，并对其他证据规则也产生了影响。比如，前面提到的案例中，证人某乙临死前提供的证言，在允许被告人答辩的情况下就可以具有证据资格。但是，这一时期的改革，都是零星进行的，没有一个总体的考虑。这样一种头疼医头、脚疼医脚的改革方式必然给证据法规这一需要高度统一的法律带来一些消极的后果。正如一位英国法学家所说，证据规则的修改“显然是建立在这样的假定之上，即所有的陪审员都是缺乏理性的，所有的证人都可能撒谎，所有的书证都可能是伪造的。经过两个世纪的修修补补，证据规则也不过由一堆胡乱堆积的瓦砾变成一个远未完成的建筑。”当然，也并不是所有的英国法学家都对证据规则持批评态度。另一位英国法学家就说，“……在总体上讲，英国的证据规则是公正的，而且我认为英国法律中没有哪一个部分如同证据规则这样更应该得到严格的继承。根据我的体会，公众的利益已经由于坚持执行证据规则而得到保障。”然而，到 20 世纪，大部分法学家都认为已经应当对证据规则进行全面地研究了。1964 年，英国的大法官和内政部秘书建议，分别将民事证据法、刑事证据法提交法律改革委员会和刑事法律修订委员会讨论。他们这样做的目的是，对民事证据法和刑事证据法进行研究，并考虑是否需要进行修改，以有利于保证司法的公正和效率，特别是要考虑修正那些已经不适应现代要求的证据规则。

此后，法律改革委员会提出了一系列报告，1968 年和 1972 年的“英国民事证据法规则”就是根据这些报告制定的。刑事法律修订委员会则把它的所有讨论意见都集中在一个引起很大争议的报告中，此报告于 1972 年 6 月公开发表，叫做“证据（总纲）”，其内容迄今并没有成为法律。它的某些内容虽然引起极大争议，但对于刑事证据规则的深入探讨，却有一定的学术价值。从前述 1964 年大法官和内政部秘书提出的建议开始，民事证据规则和刑事证据规则

之间业已存在的差异变得更为明显了。

民事证据规则和刑事证据规则之间差异的扩大是英美法系证据法发展的现代表现之一。这种差异的扩大不仅是由于两类案件的性质不同，而且具有程序上的原因。原来由普通法产生的证据规则是基于陪审团审判程序制定的，而现在民事案件的审判已经废止了陪审制，严重的刑事案件以及一部分不太严重的刑事案件的审判则仍然适用陪审制。这种审判程序上的不同，必然造成民事证据规则和刑事证据规则差异的扩大。

为了使繁杂的证据规则具有一定的系统性和条理性，英美法系国家在19世纪和20世纪十分注意证据规则的法规编纂工作。具有比较重要影响的证据法规主要有：1872年的“印度证据法”，1942年由美国法学协会出版的“模范证据法”，1953年美国官员统一法律协会出版的“统一证据规则”，1975年美国国会通过的“联邦证据规则”，1976年加拿大法律改革委员会公布的“证据法规”等。

（二）英美法系国家的主要证据规则

英美法系的证据规则，主要涉及到下述三个方面的内容：(1) 何种事实材料可以作为证据；(2) 何种事实是诉讼中应当证明的，何种事实不需要证明；(3) 举证责任。

由于英国的证据规则体系极其繁琐而庞杂，我们只概括、简单地介绍一些具有典型性的证据规则：

1. 美国的法学家保罗·福·罗斯坦（Paul. F. Rothstein）认为，“证据可以被采纳的首要条件是具有相关性。以假定证据的真实性为前提，当一个理智健全的调查者能够认为，提出该证据比不提出该证据可以在某种程度上使系争事实被确认并对该事实运用有关实体法的可能性更大或者更小的情况下，这个证据便具有相关性。”

英国的一位权威性的诉讼法学家柴尔（Thayer）也曾对如何确定证据的相关性问题，从法庭调查的角度，提出两项基本的具体规则：“(1) 凡对于应证明的问题在逻辑上没有证据力的，不允许进行法庭调查；(2) 凡一切可能具有证据意义的东西，如法律上没有不许采取的理由，就都应当进行法庭调查。”

英美法系国家的证据制度，还从排除性的角度提出了一些不具有相关性的事实，作为司法中必须遵守的证据规则。

①相似事实。一般不能作为证据使用，即不能用某人以前曾实施过同本案中的行为相似的行为，来证明本案中该人也一定实施了这种行为。但是，这个一般性原则，又受到许多例外情况的限制。罗纳德·沃克在其所著的《英国法

律制度》一书中，曾举出一个案例来说明这种例外。在该案例中，被告人被控将刚与其举行过结婚仪式的新娘淹死在浴缸里（新娘曾作了有利于被告的人身保险）。被告则声称，新娘是因癫痫发作而淹死的。在此之前，另外有两名妇女也在同该被告人举行过结婚仪式之后便淹死在浴缸里，而且被告也因她们的死亡而获得经济上的利益。在这个案例中，以前的相似行为，便被法院采纳来证明被告在案中实施了杀人行为。

②人的品格。一般不能用作诉讼证据。但是，也有许多例外。比如在民事诉讼的诽谤案中，当事人的品格本身就是系争事实，当然，关于当事人品格的材料也就取得证据资格。在刑事诉讼中，如果被告人提出其品行端正来说明其不可能犯所控罪行，那么起诉人就可以提出有关被告品格不良的事实，作为证据来反驳被告人。

③前科。一般不能作为证据使用。但是，也有许多例外规定。比如，在刑事诉讼中，被告人如果根据“一事不再理”的原则，提出他已经因同一行为受过审判，并被定罪，不应再受审判，那么，被告人的前科就作为系争事实，证明前科的证据就取得了成为本案证据的资格。

关于证据相关性的排除规则还有涉及“公共政策”等许多具体内容。

2. 关于证明方法的规则

证明方法是指可用以证实案件事实的各种形式的材料，即我们通常所说的证据种类。在英美法中，传统的证明方法主要是证人证言、书证和实物证据。

(1) 关于证人证言的证据规则：

①关于作证的能力和义务

“在司法诉讼中，任何人均能够、并且可以被强制作证。”这是一般性的原则。同时，也有一些例外，其重要的有：

第一、未成年人只有在“懂得说谎的危险和什么叫不虔诚”的情况下，才允许作证，否则，就没有作证能力。

第二、有精神缺陷的人，如果其精神疾病严重到使其不能从理智上理解作证前宣誓的意义，便丧失作证能力。

第三、在刑事诉讼中，被告人不能成为起诉方的证人。在共同犯罪案件中，这条规则的实际意义是：任何共同被告人、均不能为起诉一方提供不利于另一被告人的证据。另外，如果对某一共同被告撤回起诉，或者起诉方决定提出有利于他的证据，从而使他将被正式宣判无罪，那么该人便可以为起诉一方作证，以反对其他共同被告人。

第四、依照现行有效的法律，在刑事诉讼中，配偶不得提出有利或不利于

对方的证明。但是，在某些犯罪案件中，比如，重婚罪、堕胎罪、1960 年《儿童法》规定的猥亵罪等，被告的配偶可以（但不得强制）为起诉方作证。

②作证前的宣誓

证人作证均须宣誓，这是一条一般性的规则。如果证人由于信仰的原因不愿宣誓，他必须在法庭上于作证之前说："我极其庄重、严肃、真实地陈述和证明。"这种证言称为"非誓证词"。另外，在几种明确限定的情况下，证人可以不经宣誓而作证。例如，不理解宣誓的性质及后果，但能意识到说实话的责任的儿童，可以不经宣誓提供证言。此种证人证言称为未附誓证据。

③不提供证言或不出示文件的特权

第一、任何人有拒绝自我归罪的特权。如果某人提供证言或出示文件可能使他本人承担刑事罪责或民事责任，他便取得了不提供该证言或不出示该文件的特权。

第二、夫妻特权。根据现行法律，此项特权只适用于刑事诉讼中。该特权的内容主要是指两个方面：一是"不得强迫泄露夫妻双方在婚姻期间的通信"；一是"夫妻不得被迫（但可以）提供他们之间是否发生了性关系的证据"。

第三、法定职业特权。

证人的法定职业特权主要有，律师和当事人之间的正当的口头或书面通讯不得被强迫作为证据提出；诉讼进行期间的有关该诉讼的正当的通讯不得被强迫作为证据提出。

关于证人证言的证据规则，还包括讯问证人时的一系列具体规则等。

(2) 关于书证和实物证据的规则

有关书证的规则主要是关于文件内容的证明，签署私人文书的证明以及和文件有关的口头证明等方面的规定。这些证据规则同样具有繁琐的特征，比如，一方面确定"文件的内容仅能够通过出示原件来证明"为基本规则，另一方面又确定了一系列的例外，在这些例外情况下，出示原件的副本也可以起到证明作用。有关实物证据的规则中，对物证的种类进行了划分并对物证和书证作了区别。物证包括无生命物、人体特征、动物体特征以及对实体物的勘验。书面文件如果是以其记载的内容发挥证明作用，即为书证；如果是以其存在和外部特征发挥证明作用，可以认为是物证。这些规则显然有利于理论上对实物证据的理解和实际中对实物证据的运用。

(3) 不可采用的证明方法的规则

不可采用的证明方法的规则主要有两个大的方面，一是证人的意见一般不可采用；一是传闻不可采用。但是，正如其它方面的证据规则一样，在上述两

个基本规则之外，又确定了许多繁琐的例外情况。比如，证人的意见一般不可采用，但是，如果证人证言所涉及的事实不能由普通人准确感验，那么意见性证言便可被采用（如对车辆速度的看法，对人的年龄的估计等）。另外，所谓“专家意见”，即有专门知识的人对于有关案件某一问题，通过科学技术方法鉴定后提出的看法，尽管也是一种意见，却可以作为证据采用。在英国证据法中，原始证据被认为是最佳证据，而传闻一般不可被采用。可是，在某些特定情况下，传闻证据也可以采用。

3. 关于举证责任的规则

（1）刑事诉讼中举证责任的规则

证明被告有罪的责任由起诉一方承担，被告不承担证明自己无罪的责任。在被告人提出某项事实反驳控告时，为使其反驳成立，则须提出证据证明他据以进行反驳的事实。但是，被告人是否有罪并不取决于他对控告的反驳是否成立，而是取决于起诉人是否提出有足够说服力的证据证明被告有罪。

（2）民事诉讼中举证责任的规则

正如罗纳德·沃克所说：“在民事诉讼中，一般举证责任由完全不举证则将败诉的当事人担负。”据此，原告当然应承担提出证据证明其主张所依据的事实。如果被告的答辩仅仅是否认原告的主张，证明事实真相的责任依然由原告承担。如果被告在答辩中提出明确的主张，或规避原告之主张，那么，被告必须承担证明其主张或规避的事实的责任。

与举证责任相关的一个问题是证明标准的问题。证明标准在民事诉讼和刑事诉讼中是有区别的。民事诉讼中的证明标准是盖然性占优势的证明，即法官根据占优势的盖然性就可以认定案情。刑事诉讼中的证明标准则是“无合理怀疑”，即起诉一方必须无合理怀疑地证明自己的主张，法庭才能认定被告犯有受到指控的罪行。

（三）对英美法系国家证据制度的评析

以英国证据法为基础的英美法系国家的证据制度，是一种具有独特性的证据制度。构成这种证据制度的各种证据规则，有许多是它们长期审判实践经验的总结。英美法系传统上实行判例法，这些证据规则基本上建立在实际判例的基础上，因而同司法实际有直接的联系，这是其优点。由于这些证据规则的体系十分繁琐、庞杂，就不利于对它们的理解和实际运用。同时，在某些证据规则中，还表现出很强的主观唯心主义和形而上学的倾向，缺乏具体问题具体分析的科学精神，最佳证据规则就是一例。按照最佳证据规则，第一来源的证据，即原始证据是最佳证据，无论什么情况下，第一来源的证据都比传来证据

更可靠。事实上，在某些情况下，传来证据比原始证据可能更准确、真实。比如，某一年老证人在其目睹犯罪行为之后，立刻将他所看到的情况告诉了儿子。后来这位老人作证人时，由于老年人近事记忆障碍的生理特点，他在法庭上提供证言时，对于犯罪行为的记忆已不很清晰，而他的儿子对其父亲当时向他描述的情况，则记忆十分清晰，在这种情况下，传来证据显然比原始证据更准确。这就是最佳证据规则的缺陷。对于英美法系的证据制度，我们应当把它当作人类的法学文化成果加以研究，以便取其精华，去其糟粕，为我所用。

关于应当如何认识英美法系国家证据制度的性质问题，理论界有不同的看法。

有一种观点认为，由于英美法系国家存在大量形式主义的证据规则，法官审判案件时必须遵守，所以，这种证据制度也是一种法定证据制度。还有一种观点认为，一方面存在大量形式主义的证据规则，另一方面法官在判定证据的证明力时仍然有自由裁量权，所以英美法系国家的证据制度应称为法定证据和自由心证相结合的证据制度。

我们认为上述两种观点都是不恰当的。尽管英美法系的证据规则中，也有一些从证据形式出发来规定证据证明力的内容，比如，在叛国案中，必须有两个证人在场并证明，才能对被告人提出控诉等，但是，从总体上讲，英美法系的证据规则并不是对证据证明力、审查判断证据作形式主义的全面规定，而主要是从证据的可采性和举证责任的角度作出规定。显然这同欧洲大陆各国君主专制时期的法定证据制度是完全不同的。因为法定证据制度最根本的特点是，法律预先以证据的形式为根据，全面、绝对地规定了各种证据的证明力以及审查判断证据的规则，法官只能机械地按照这种规定办事，完全被剥夺了依照自己的认识来判断证据的权力。所以将英美法系的证据制度也称为法定证据制度，会混淆两种有极大差别的证据制度。这既不符合客观实际情况，也不利于证据学研究上做到概念的一致。将其称之为法定证据与自由心证相结合的证据制度也是不妥的，因为自由心证制度是作为法定证据的直接否定者出现的。将历史上两种完全冲突的概念凑合在一起来说明英美法系证据制度的性质，显然是不科学的。如前所述，英美法系的证据规则主要是对证据可采性的规定，而对证据的判断，均由法官按照自己的良心、理性自由裁量。所以，英美法系的证据制度，也属于自由心证的证据制度。当然，同大陆法系各国相比，它是一种具有自己特点的自由心证制度。

六、前苏联内心确信的证据制度

（一）苏联内心确信证据制度的创立

在俄国的君主专制时期，也形成了法定证据制度。由于俄国的资本主义发展得比较缓慢，直到1864年的所谓“司法革新”后，在改组革新法院组织的同时，才废除了法定证据制度。随着1864年《俄罗斯刑事诉讼条例》以及其他一些有关法律的颁布，俄国也实行了自由心证证据制度。

苏联十月社会主义革命胜利后，苏维埃政权于1917年11月24日颁布了《关于法院的第一号法令》，宣布废除资产阶级临时政府和沙皇时代的反动的司法制度和基本立法。由于革命刚刚成功，还不可能在短时期内制定出完备的社会主义法律，所以，该法令规定：“各地方法院用俄罗斯共和国的名义判决案件，并且在判决中使用已被推翻的政府的法律时，只能以未经革命所废除的，同革命的信念和革命的法律意识不违背的为限。”1918年3月1日苏维埃政权先后颁布了《关于法院的第二号法令》和《苏俄人民法院条例》，在这两个法律中也规定了，人民法院审理一切案件，都应当用工农政府的法令，无适当法令可以适用或者法令不完备时，即以社会主义法律意识为依据。

通过上述法令的规定，“革命的法律意识”或者“社会主义法律意识”这个在苏联“内心确信”的证据制度中起重要作用的因素，以法律的形式被表述出来。

苏联的无产阶级革命政权建立之后，在如何对待资产阶级自由心证证据制度的问题上，苏联的法学家之间发生了激烈的争论。一些法学家认为，包括“内心确信”原则在内的整个自由心证制度都必须彻底否定。另一些法学家则认为，苏联的证据制度可以利用自由心证制度的形式，并赋予它以新的阶级内容。这种观点的典型代表安·扬·维辛斯基在《苏维埃法律上的诉讼证据理论》一书中曾提出，分析批判资产阶级的自由心证理论和制度时，应注意三个问题：(1) 不能脱离这个理论和制度产生的历史条件；(2) 应把这个理论和制度中应该肯定的方面和应该否定的方面区别开来；(3) 应当善于从这种理论和制度中，分析出哪些东西是正确的，可以被苏维埃政权利用；哪些是虚伪和错误的，因而是应当驳斥和抛弃的。他写道：“当根据资产阶级法院的法官的内心确信来揭穿所谓自由判断证据原则的资产阶级性质时，我们不应该而且也不能不分好歹一律加以抨击。我们不但不能否定这一原则，而且只有在社会主义条件下，这一原则才会得到完全发展，才会成为真正的审判的源泉。”安·扬·维辛斯基认为，审判人员以社会主义法律意识为基础而形成的内心确信，应当是

判断证据的根据。如果否定这种意义的内心确信，就会造成以资产阶级实证主义为理论基础的证据制度。

从苏联的立法上来看，几乎从十月革命刚刚胜利后开始，就确定了内心确信的证据制度。1918 年 11 月 30 日的《苏俄人民法院条例》中就规定了，在证据问题上，法院不受任何形式上理由的限制，并由自己决定根据案情取舍某一证据。1922 年颁布的《苏俄刑事诉讼法典》中规定，法院不受任何形式证据的拘束，对于案内一切证据所作的判断，一律由审判员根据建立在综合考虑案件一切情况的基础上形成的内心确信来进行。1923 年颁布的《苏俄民事诉讼法典》也规定，证据由法院根据自由的内心确信进行判断。

1961 年 1 月 1 日公布施行的《苏俄刑事诉讼法典》第 71 条，以更加成熟和完备的方式表述了苏联内心确信证据制度的核心内容，即“法院、检察长、侦查员和调查人员评定证据，应遵循法律和社会主义意识，依靠以全面、完整和客观审核案件全部情况为根据的自己的内心确信。任何证据对于法院、检察长、侦查员和调查人员，都没有预定的效力。”

（二）苏联内心确信证据制度的理论

以社会主义法律意识为指导，在对案件的全部证据进行全面、充分和客观的调查研究的基础上形成的内心确信，是判断证据的依据——这是苏联内心确信理论的结论。社会主义的法律意识又是以辩证唯物主义的世界观为根据的。苏联内心确信理论同自由心证理论的最大区别就在于，以社会主义的法律意识和“社会主义良心”取代了资产阶级法律意识和良心。

苏联法学家普遍认为，内心确信的形成，是主观因素和客观因素相互作用的结果。但是，在主观因素和客观因素何者起决定性作用的问题上，却形成两派具有代表性的观点。

一派观点认为，内心确信是审判人员的一种心理状态，因此，在认识论意义上，不能把内心确信作为判断证据的根据。因为，内心确信必须符合案件的实际情况，必须建立在对证据进行全面、深入的调查研究的基础上。以辩证唯物主义世界观为基础的社会主义法律意识是审判人员的主观因素，而根据辩证唯物主义的理论，在任何情况下，主观因素都不能对内心确信的形成起决定性作用。如果把社会主义法律意识当作决定性因素，就会导致主观唯心主义。以安·扬·维辛斯基为代表的另一派观点则认为，“社会主义法律意识在一定的条件下成为对事件和法律的正确看法的惟一手段，也成为正确认识在某一具体条件下应当怎样裁判案件的惟一手段，……什么是公正和正义的裁判，这种理解本身归根到底是由审判员的法律意识来决定的。”对这种观点持否定态度的法

学家认为，安·汤·维辛斯基的理论是“把侦查员和审判员的法律意识代替了确定客观真理的马克思列宁主义的认识论”，“实际上，这就是在证据判断中可以主观决定的理论根据”。

从辩证唯物主义的观点来考察，维辛斯基的观点存在着不可克服的内在矛盾。他一方面承认社会主义法律意识是以辩证唯物主义为根据的，另一方面又认为社会主义法律意识在判断证据问题上起决定作用。然而，辩证唯物主义的认识论是不承认任何意义上的主观因素的决定作用的。显然，维辛斯基的理论在逻辑上陷于一种自我冲突的境地。

从社会主义法律意识决定论的观点出发，安·扬·维辛斯基进一步提出，“要求法院把绝对真实从它的判决里体现出来，这显然是审判活动条件上不可能完成的任务。”所以，法院只能从“最大盖然性”的观点来作出判决。维辛斯基以相对真理与绝对真理没有不可逾越的界限的哲学观点，作为其上述法学观点的理论基础。显然，他对辩证唯物主义的真理观的理解是片面的。辩证唯物主义认为，真理的绝对性与相对性的统一，并不是指真理总是处于不确定的状态，而是指真理都是具体的、有条件的。在一定的条件下，对事物的认识就具有绝对真理性，同时，也正由于绝对的真理性是有条件的，所以它又是相对的。在判断证据的问题上，只要具备一定的条件，就可以达到对案件事实的确凿无疑的认识，这是绝对的。当然，不具备一定的条件，就不可能达到对案件事实的正确认识。苏联有的诉讼法学者曾指出：“在刑事案件中，我们所遇到的事件是已经发生并且不再重复的。因此，我们所涉及到的是客观事实，是具体的事件。这些事件应该经过查明，法院的判决应该符合真理，而不是接近于真理，更不是确定事件的盖然性。”

所以，一般地断言判断证据不能够达到绝对真实，是违反唯物辩证法的。认为真理总是处于不确定的状态乃是不可知论的改头换面。

安·扬·维辛斯基关于社会主义法律意识是决定判决是否公正的根据和法院判决只能以“最大盖然性”接近于真实的观点，在实践中也起了不好的作用。苏联30年代肃反扩大化的错误，与这种观点是有一定关系的。

目前，以内心确信这种理性状态作为判断证据的根据的理论，在苏联已经受到具有一定权威性的理论否定。П. В. 蒂里切夫等在1980年版的《苏维埃刑事诉讼》一书中写道：“但是就内心确信本身而言，不能认为它是真实的标准，不能把它看作是所得到的认识是否正确的判断者，否则，我们就会把侦查员或者审判员的主观的结论和主观确信看成是这种标准。”

（三）苏联内心确信证据制度的历史作用

苏联十月社会主义革命，用革命的暴力打碎了旧的国家机器，彻底推翻了剥削阶级的政治法律制度，建立起世界上第一个社会主义国家。苏联的内心确信的证据制度作为无产阶级的司法制度的组成部分，在建立和维护社会主义的经济基础以及巩固无产阶级专政的政权等方面，都发挥了重要的历史作用。

苏联的内心确信证据制度，是在深刻地批判了自由心证制度政治上的反动性和法学上的不科学性的基础上建立的。同时，许多苏联的法学家都以辩证唯物主义为指导，比较正确、比较深刻地阐述了社会主义法律意识的内容及其在审查判断证据中的作用；对证据的全面、客观的调查对司法人员形成内心确信的决定性作用；内心确信必须符合客观事实，它本身不能成为判断证据的标准等问题。这些理论的阐述，在社会主义证据学理论的发展史上，具有不可忽视的重要意义。

同时，也应该看到，苏联的内心确信理论也是在不同观点的争议中向前发展的。我们对于他们在争议过程中提出的一些不正确观点（如法律意识是认识和判定案情的惟一根据的观点，法院判决只能以最大盖然性接近于真实的观点等）以及这些观点对司法实践的不利影响，也都应该作为经验教训加以吸取，以利于逐步完善具有中国特色的社会主义证据制度。

第二节 旧中国证据制度的沿革

一、奴隶制时期的证据制度

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国家。从很早的古代起，我们中华民族的祖先就在亚洲东部的广阔土地上劳动和繁衍。随着生产力的发展、私有制的产生、原始公社解体，产生了奴隶制国家。公元前21世纪，以治水著称的部落联盟领袖禹死后，其子启继位所建立的夏王朝，是中国历史上的第一个奴隶制国家。以后的商、周王朝，同样是奴隶制国家。

在奴隶制国家，占据统治地位的奴隶主阶级，为了维护其经济利益和政治特权，制定了作为阶级统治工具的法律。在依照一定程序处理犯罪事件和财产纠纷时，应当根据什么来"推理求情"，查清案件事实，分辨是非曲直，就需要有明确的规定，因而证据制度就成为奴隶主法律的一个重要组成部分。

根据我国古代文献的记载，夏"作禹刑"，商"作汤刑"。到周朝，周公制

"礼"，吕侯制"吕刑"，进一步发展了奴隶制国家的法律。在这些法律中，都或多或少包含证据制度的内容。

当时司法机关"听讼"、"决狱"，都要求原告人和被告人双方到庭陈述，并以他们的供词作为判决的主要依据。"听狱之两辞"，"两造具备，师听五辞，五辞简孚，正于五刑。"就是说司法官吏审判案件，应当在双方当事人到齐以后，用察听五辞的方法，审查判断其陈述的真伪，并据以定罪判刑。《周礼·秋官·小司寇》中则说，司法官吏应当"以五声听狱讼，求民情"。"五听"也就是"五辞"，其具体内容为："一曰辞听，二曰色听，三曰气听，四曰耳听，五曰目听。"这就是要求司法官吏审理案件时，应当注意受审人讲的话是否有理，讲话时的神色是否从容，气息是否平和，精神是否恍惚，眼睛是否有神，并据此推断其陈述是否真实和案件的真实情况。而且还要求听讼时"察辞于差"，注意发现和审核双方当事人供词中的矛盾。这些记载说明，当时既重视"兼听"和获取供词，又采取察颜观色的方法来审查其真伪，分辨是非曲直。这就难以避免主观随意性。

当事人的陈述既是认定案件事实的重要依据，如果他们不供述，可否刑讯呢？夏、商的情况，无文献记载。《礼记·月令》中说："仲春之月……毋肆掠"，讲到周代在仲春之月停止肆掠即刑讯，那么，其他时节当然允许刑讯。可见，刑讯制度在旧中国是源远流长的。

对于某些刑、民事案件，除了"以五声听狱讼，求民情"以外，还要求用其他证据进行证明。据《周礼》记载："凡民讼，以地比正之；地讼，以图正之。""凡以财狱讼者，正之以傅别、质剂。""凡属责者，以其地傅而听其辞。"它们的意思是，凡民众之间发生了争讼，是非难辨，应以他们住地了解情况的邻居来作证；凡是因争执土地疆界涉讼的，应以官署保存的地图来证明；凡是因财货涉讼的，应以契约合同与券书为证据来证明；凡是因受委托向债务人讨还债款发生的诉讼，应听取居住在附近的知情人的证言，以此予以证明。司法官吏审判案件，对案件事实的认定，不单凭审讯所取得的供词，还要取得对该类案件具有重要证明作用的书证或证人证言，体现着"明德慎罚"、"惟察惟法"的精神。

对于处断难明的疑罪，夏朝曾有人说过："与其杀不辜，宁失不经。"唐代训诂学家颜师古注解说："虞书大禹谟载咎繇之言。辜，罪也，经，常也，言人命至重，治狱宜慎，宁失不常之过，不滥无罪之人，所以宽恕也。"其意思是，宁肯不按常规办事，也不要错杀无罪的人。到了商朝，要求对待"疑狱，氾与众共之，众疑赦之"，即对于难以确定有罪或无罪的疑案，应广泛听取公

众的意见，众疑则免于处罚。到了周朝，周穆王时规定“墨辟疑赦，其罚百锾，……”对疑罪采取以铜赎罪的办法处理，实行了“罪疑惟轻”的原则。

根据上述，我国古代奴隶制各个王朝的证据制度，主要是根据审判实践经验形成的，比较重视与案情有关的客观材料，要求法官据证推断。这就与世界上其他奴隶制古国实行的神示证据制度显然不同。

有的学者认为，我国奴隶制王朝时期实行的也是神示证据制度或曰神明裁判证据制度。这是值得商榷的，因为其论断并无充分和不可辩驳的论据。

法在《说文解字》释为：“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”“廌，兽也，似山牛，一角。古者决讼，令触不直。”这是认为奴隶制王朝实行神示证据制度的一个重要根据。由于汉字有象形、会意等造法，《说文解字》的说法，不无一定道理。然而会意之说，难免穿凿附会，是不能作为定论的。对于以兽触人以辨曲直的问题，在《墨子·明鬼》和《论衡·是应》篇中也曾讲过。王充在《论衡》中写道：“儒者说云：‘觟𧣾者，一角之羊也，性知有罪。皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之，有罪则触，无罪则不触。’”决讼中用以触人的独角兽，究竟是牛或是羊，说法都不同。王充对儒者的说法曾指摘为“神奇瑞应之类也”；“盖有虚名，无其实效也。人畏怪奇，故空褒增”。

在周朝，进行刑、民事诉讼，司法官吏要让当事人对神宣誓。“有狱讼者，则使盟诅。”“凡盟诅，各以其地域之众庶，共有牲而致焉，既盟则为司盟共祈酒脯。”就是讲的这种要求和方法。当事人宣誓时，要备置牲物，当着本地群众进行；宣誓后要供给司盟祈神的酒脯。这可以给诉讼以庄严的气氛，借人们对神的敬畏，促使当事人讲述真实情况。但是，这种“盟诅”的要求，不能作为实行神示证据制度的论据，因为它并没有指出宣誓的后果，审判官不能根据宣誓时的情况和宣誓来判定当事人应否承担刑事责任或民事责任，正如许多资本主义国家的证据法都有宣誓的规定，不能认为这是神示证据制度的体现。

当时，由于生产力很低，文化十分落后，人们崇拜超自然的神，奴隶主就利用宗教迷信来为其统治服务，因而在诉讼中也使用过沟通人、神的占卜方法。“稽疑择……作卜筮，三人占则从二人之言”，就反映了通过占卜定取舍、决疑难的情况。这种按神的意志来解决真假、是非的作法，才具有神示证据制度的性质。类似的情况，在当时的证据制度中甚为罕见。

根据上述，我国奴隶制王朝时期的证据制度，同欧亚奴隶制古国相比，是具有自己特点、较为进步的证据制度；它虽有神示证据制度的因素，但从总体上说，不能称之为神示证据制度。

二、封建制时期的证据制度

（一）发展概况

公元前475年，我国历史由春秋进入战国时代，封建制逐渐取代了奴隶制，从此历经了漫长的封建王朝时期。

我国封建王朝的诉讼程序，同样是刑事诉讼与民事诉讼不分，具有纠问式诉讼的特点。在这种诉讼制度下，刑事被告人在诉讼中处于无权地位，只是一个被追究刑事责任的客体、一个被拷问的对象和供词的提供者。司法官吏审判案件，根据封建王朝的法律规定，除个别特殊情形外，必须取得被告人的口供；如果被告人不招供，就可以进行拷讯，逼其招认。所以，有关讯囚和刑讯的规定，构成了封建王朝证据制度的主要内容。虽然封建王朝的法律中，也有几项形式主义的证据规则，如"断罪必取输服供词"，被告人不合拷讯时"据众证定罪"。明确规定证据效力和应据此定罪的，终究是个别情形，因此，不能认为我国封建王朝时期同欧洲封建国家一样，也是实行法定证据制度。

在封建专制制度刚确立的秦王朝，根据考古发现的秦简记载，进行诉讼时应当如何审讯，审讯时可否拷打受审人，法律中就已有规定。《睡虎地秦墓竹简》的《封诊式》中的《讯狱》一节，曾规定："凡讯狱，必先尽听其言而书之，各展其辞，虽知其𬤊，勿庸辄诘。其辞已尽书而无解，乃以诘者诘之。诘之又尽听书其解辞，又视其它无解者以复诘之。"这是说，凡审讯案件，必须先听完受审人的陈述，作出记录，让受审人各自把话说完，虽然知道他在说假话，也不要立即诘问。口供已记录完而有疑问，应当对需要诘问的问题加以诘问。诘问时仍要听取、记录他的辩解之辞，并对其他还有疑问之处继续讯问。这一规定表明，当时的审讯既允许受审人充分陈述和为自己辩解，又要求审讯人员注意从口供中发现矛盾，深入追问，以便通过审讯来查明案情。同时，《治狱》一节还指出："治狱，能以书从迹其言，毋笞掠而得人情为上；笞掠为下；有恐为败。"这表明当时已把通过拷打取得真情看作是下策，但又是必要的。根据这一原则又具体规定，在审讯中，"诘之极而数𬤊，更言不服，其律当笞掠者，乃笞掠。笞掠之必书曰：爰书：以某数更言，无解辞，笞讯某"。这是说当受审人被诘问至辞穷，多次欺骗，还改变口供而不服罪时，依照法律应当拷打的，可以拷打。同时要求在笔录上写明拷打的原因和情况。可见，在秦王朝时期，封建统治者的法律，同样把受审人的口供作为定案的重要根据，并且公然赋予司法官吏在一定条件下的刑讯逼供之权。据《史记·李斯列传》所载，秦末赵高制造丞相李斯谋反的假案后，对李斯"榜掠千余"，使其"不

胜痛、自诬服”，反映了秦律规定刑讯的严重后果。

在《睡虎地秦墓竹简》的《封诊式》中，记载了对司法官吏审理案件的要求和各类案件的程式。从其中《贼死》、《经死》、《穴盗》、《出子》等案例可以看到，当时对于命、盗、伤害等案件，要进行现场勘查和检验，收集物证，讯问有关人员、勘查、检验的官吏还须按照司法文书形式写出勘查、检验记录。这些实践经验表明当时已重视物证和知情人的证言，不乏有益的见解。

《睡虎地秦墓竹简》的《法律答问》中有这样的问答“完城旦，以黥诚旦诬人，何论？当黥。”“当黥城旦而以完城旦诬人，何论？当黥劓。”说明秦律已有诬告罪的规定，实行“诬告反坐”制度。

“汉承秦制”，汉律既继承了秦法的某些内容，又适应新情况而有所发展。由于汉代法律早已散失，其证据制度的具体情况已难以了解。据《汉书·杜周传》中说：“会狱，吏因责如章告劾，不服，以掠笞定之。”这说明对不认罪的被告人，可以刑讯逼供并据以定案。另据南北朝时范泉引述《汉律》说：“死罪及除名，罪证明白，考掠已至，而抵隐不服者，处当列上。”西晋学者杜预注解说：“处当，证验明白之状，列其抵隐之意。”这是说，按《汉律》规定，对犯重罪的被告人，如果有充分的证据足以证明，而他不服狡辩的，即可拷打，但应把已予查证清楚和抵隐的情况在上报材料中全都写上。

汉朝法律同样实行诬告反坐，甚至把诬告作为一种严重的罪行追究。汉宣帝元康四年（公元前 62 年）诏曰：“诸年八十以上，非诬杀伤人，佗皆勿论。”颜师古注解说：“诬告人及杀伤人皆如旧法，其余则不论。”就是这一情况的证明。

秦汉时期的法律虽然规定了刑讯制度，但对刑讯的方法，刑讯的工具，刑讯的限度，却没有具体规定。这就为司法官吏随意采用野蛮的方法折磨受审人，以逼取所需的口供，大开了方便之门。其结果往往是无辜者受刑不过，被迫招供，含冤受罚，或者因不肯诬服而惨死杖下。西汉的路温舒在给皇帝的上书中，曾痛陈过刑讯的严重危害。他说：“夫人情安则乐生，痛则思死，棰楚之下，何求而不得？故囚人不胜痛，则饰辞以视之；吏治者利其然，则指道以明之；上奏畏却，则锻炼而周内之。盖奏当之成，虽咎繇听之，犹以为死有余辜。”这就造成“死人之血流离于市，被刑之徒比肩而立，大辟之计岁以万数”。他认为造成这种恶果的原因，在于司法官吏“深者获公名，平者多后患”，为了求得“自安之道”，“专为深刻”，“皆欲人死”，而“不顾国患”。他虽然指出了刑讯泛滥与最高统治者重用酷吏有关，与司法官吏的品质有关，但却没有看到刑讯制度本身的弊病，也就未能抓住问题的实质。

司法实践表明，对刑讯的方法、工具等不加以规范，任由司法官吏苛酷施行，并不利于维护封建王朝的统治秩序。到了南北朝，刑讯制度的一个重要发展，就是在法律中对刑讯的方法、刑具和用刑限度等，逐步作了具体规定。例如，南朝的梁律规定："其问事诸罚，皆用熟靼鞭、小杖"；"凡系狱者，不即答款，应加测罚"。测罚的方法是，给狱囚"断食三日，听家人进粥二升。女及老小，一百五十刻乃与粥，满千刻而止"。陈代对梁律的"测罚"之制又作了改进，"其有赃验显然而不款，则上测立"，就是把狱囚置于上垛之内，既施以鞭笞，又带上械以迫其供述罪行。同时对于罚站多久，鞭打多少，也有具体规定。在北朝，北魏律规定："理官鞫囚，杖限五十"；使用的刑具，"其捶用荆，平其节。讯囚者其本大三分，杖背者二分，挞胫者一分，拷悉依令。"到魏宣武帝时，史书又有这样的记载："诸察狱，先备五听之理，尽求情之意，又验诸证信，事多疑似，犹不首实者，然后加以拷打。""从今断狱，皆依令尽听讯之理，量人强弱，加之拷掠。"以上引述说明，刑讯的条件和如何刑讯，已逐步进入规范化阶段。

杨坚统一南北朝所建立的隋王朝，鉴于以前"有司讯考，皆以法外。或有用大棒束杖，车辐爍底，压踝杖桄之属，楚毒备至，多所诬服。……至是尽除苛惨之法。讯囚不得过二百，枷杖大小，咸为之程品，行杖者不得易人"。

虽然这一时期在法律中对刑讯作了一些限制，但在司法实践中，法外刑讯仍普遍存在。司法官吏即使"拷讯以法"，也往往不顾法律的意旨，随意用刑。如北魏献文帝（拓跋弘）时曾讲到这种情况："理官鞫囚，杖限五十，而有司欲免之则以细捶，欲陷之则先大杖。民多不胜而诬行，或绝命于杖下。"由此可见，准许刑讯，又想设定限制来防止其弊端，无异于缘木求鱼。

我国封建社会政治、经济高度发展的唐王朝，法律制度趋于完备，法律思想也有很大的发展。唐高宗永徽年间编制的《永徽律》和对其逐条作了注解的《律疏》，统称为《唐律疏议》，是我国完整保存下来的最古老的一部封建法典。由于它的内容完备和适合封建统治的需要，就成为以后各代王朝制定法律的蓝本，其影响极为深远。在唐律中，涉及证据制度的内容，主要规定在《断狱律》中。有关刑讯的规定，最重要的一个发展是，拷讯违律者应负刑事责任；违律的情况和所造成的后果不同，应负的刑事责任亦异。唐律对于刑讯的条件、方法、适用对象和拷讯违律者的责任，有以下重要规定：

1."诸应讯囚者，必先以情审查辞理，反复参验，犹未能决，事须讯问者，立案同判，然后拷讯。违者杖六十。"所谓"立案同判"，是指对难以决断的案件，由现任长官和专职司法官吏一起审判。这是刑讯的一条原则规定，既

指出了审讯囚犯可以采用拷打的方法，又明确了刑讯的条件，即只有在依据情理审查陈述的内容，进行了反复验证，仍不能作出决断时，才能采用。如果违反这一规定，应受“杖六十”的处罚。

2. “诸拷囚不得过三度，数总不得过二百，杖罪以下不得过所犯之数。拷满不承，取保放之。”三度即三次。这是刑讯方法和用刑限度的规定。不管审判官是否更换，刑讯都不得超过三次和总数二百。按唐《狱官令》规定，每次审讯还要相隔20天。司法官吏“若拷过三度，及杖外以他法拷掠者，杖一百；杖过数者，反坐所剩；以故致死者，徒二年。”这是依据违法刑讯的不同情况和所造成的后果，规定刑讯者应负的不同刑事责任。违法刑讯造成狱囚死亡，不过处以徒刑二年，显然失之过轻，不能防止司法官吏苛酷用刑。

3. “即有疮病，不待差而拷者，亦杖一百；若决杖笞者，笞五十；以故致死者，徒一年半。若依法拷决而邂逅致死者，勿论。”“不待差”是指不等到病愈。对于患有疮病的狱囚，病未好而进行拷讯或判处杖笞的刑罚，以及因此而打死人的，司法官吏应受不同的刑事惩罚。如果依法用杖，打不过次、过数，偶然造成狱囚死亡的，不负刑事责任。这无疑是封建统治者认为，司法官吏依法执行公务，即使有失误，出了意外的后果，仍属情有可原，故不予论处。

4. “诸拷囚限满而不首者，反拷告人。其被杀、被盗家人及亲人告者，不反拷。被水火损败者亦同。拷满不首，取保并放。”照此规定，刑讯打满了应打的数目，狱囚还不招供时，就须反过来拷打告发人。这就是说，刑讯逼不出供词，告发人就有诬告之嫌，同样应对其刑讯。封建统治者依靠刑讯真是到了十分荒谬的地步。对告发人反拷数目已满而不承认是诬告，就应让他找人担保后与被告人一起释放。刑讯逼不出认罪供词的，准许取保释放，则有利于防止长期羁押。如果对告发人应反拷而不反拷，或者不应反拷而反拷，则对司法官吏以故意或过失出入论罪。

5. 明确了免拷的对象，即“诸应议、请、减，若年七十以上，十五以下，及废疾者，并不合拷讯，皆据众证定罪，违者以故失论。”据《疏议》解释，“应议、请、减”者，是指属于“八议”等贵族官员及其亲属。这说明封建阶级的当权者及其亲属在受审时同样享有特权，可免受皮肉之苦。对于年老年少者和残疾人免予刑讯，无疑是考虑他们的身体状况难以支持，不失为残酷刑讯制度中的一点可取之处。对这些“不合拷讯”的人，既不能逼取口供，就只能依靠其他证据认定犯罪事实。“皆据众证定罪”，《疏议》解释为“三人以上明证其事，始合定罪”。若证明犯罪事实的人不满三人，既不能认定被告人有罪，告发人也不反坐。

6. 妇女怀孕缓拷。“诸妇人怀孕犯罪，应拷及决笞杖，若未产而拷决者，杖一百。”如果因拷讯或执行笞、杖刑罚而造成严重损伤的，司法官吏则要负更重的刑事责任。当孕妇生产后一百日，即可依法对她进行拷讯。

7. 证人也可拷打。《唐律》的《斗讼律》规定：“诸诬告人流罪以下，前人未加拷掠，而告人引虚者，减一等；若前人已拷者，不减，即拷证人亦是。”但是，在何种情况下可拷证人，未见具体规定。

除上述以外，根据《旧唐书·刑法志》的记载，对于“讯囚杖”等刑讯工具的长短粗细，拷打身体的部位等，法律也有规定。司法官吏违反这些规定用刑，应受到“笞三十，以故致死，徒一年”的刑事处分。

对被告人定罪，通常都应有供词，所以《唐律》对刑讯作了周密的规定。但另一方面，也允许在特殊情况下可以没有口供定案。这就是“若赃状露验，理不可疑，虽不承引，即据状断之”。据此规定，被告人不承认犯罪，要根据控告判处，必须是犯罪事实已有赃物和检验所获情况等所证实，在情理上已无可怀疑。这种注重客观事实，讲究察情辩理，而不是片面依赖口供的立法，有利于正确判处，无疑是正确的。但这只是作为拷讯的例外规定，司法实践中也没有得到认真执行。后来明、清的法律还没有这样的规定，可以说是丢掉了唐代证据制度中的精华部分。

《唐律》的《斗讼律》对于告讼有一系列的规定。“诸告人罪，皆须明注年月，指陈实事，不得称疑，违者笞五十。”“诸投匿名书告人罪者，流二千里。得书者，皆即焚之，若将送官司者，徒一年。官司受而为理者，加二等。被告者，不坐。辄上闻者，徒三年。”可见，是用科处重刑来反对匿名控告。对于诬告，更用多项规定来严格禁止。“诸诬告人者，各反坐。即纠弹之官，挟私弹事不实者，亦如之。”反坐是指控告人应依其诬告的罪名承担罪责。“诸诬告谋反及大逆者，斩；从者，绞。”即使控告轻微犯罪事实，如果审理的结果“离其事”，也要依诬告的本罪论处。

《唐律》对于证人已有某些人不得作证的规定，“其于律得相容隐（指有法定亲属关系，部曲、奴婢对于主人，不得起诉的），即年八十以上，十岁以下及笃疾，皆不得令其为证。”《疏议》对八十以上、十岁以下和有严重残疾的人不许作证人的说明是，“以其不堪加刑”。这也表明讯问证人时可以拷掠。同时还明确规定了证人伪证的责任，即凡是证人没有讲真实情况，以致根据证言定案，造成罪有出入的，按所出入之罪减二等处罚。按照《疏议》的解释，这只适用于“应议、请、减、七十以上，十五以下及废疾，并据众证定罪”的案件。

唐朝以后各个封建王朝的法律，由于基本上都是仿照《唐律》制定的，内容尽管繁简不同，却是大同小异。因此，对唐朝以后的证据制度，将着重阐述其不同之处和发展。

宋代法律对于讯囚的规定，还有这样的内容："诸问囚皆判官亲问，辞定令自书款；若不解书，主典依口写讫，对判官读示。"宋仁宗"即位之初，诏内外官司，听狱决罪，须躬自阅实"。《文献通考》一书中还讲到，宋徽宗宣和二年，"诏州县官不亲听囚而使吏鞫讯者，徒二年"。这种州县官必须亲自审讯的规定，在于加强对案件有决断之权的地方长官对司法工作的控制，颇似现代诉讼实行直接原则的要求。

宋朝特别重视检验，浙西提刑郑兴裔曾制定《检验格目》，发给所属州县实行。后来受到朝廷的称赞，于宋孝宗淳熙元年（公元1174年）颁行于全国各路提刑司。其后，又颁行《检验正背人行图》，要求检验时，"令于伤损去处，依样朱红书画，唱喝伤痕，众无异词，然后署押"。这就使检验的内容和程序更加规范化。

宋朝的宋慈，曾长期担任司法官吏，撰写了《洗冤集录》。该书的内容主要是关于法医学方面的知识，如关于暴力死与非暴力死，自杀与他杀，生前伤与死后伤，真伤与假伤，中毒、急死等的辨识与论述，但其中也有不少关于如何检验、取证和审查证据的意见。由于《洗冤集录》既是作者自己司法实践经验的总结，又综合整理了前人的经验，不乏有见地的观点。该书序言中开始即指出："狱事莫重于大辟，大辟莫重于初情，初情莫重于检验。""每念狱情之失，多起于发端之著，定验之误，皆源于历试之涉"，特别强调实地检验对正确处理案件的意义。在实施检验时，"凡行凶器杖，索之稍缓，则奸囚之家，藏匿移易，鹁成疑狱"，因此，"初受差委，先当急急收索。"如果遇有大的疑难案件，必须更加广布耳目探访情况加以印证，才有可能避免错误。司法官吏对案件进行审理或复核，"须是多方体访，务令参会归一。切不可凭一二人口说，便以为信，及备三两纸供状，谓可塞责"。《洗冤集录》刻印问世后，很快被皇帝下旨颁行全国，"入官僚佐者无不肆习"把它作为检验、听讼决狱的圭臬，其影响十分深远。

到了元朝，法律对证据制度又有一些新的规定。根据《大元通制》，"诸按问职官赃，毋遽施刑，惟众证已明而不款服者，加刑问之。""诸鞫问囚徒重事须加拷讯者，长贰僚佐会议立案，然后行之，违者重加其罪。""诸有司非法用刑者，重罪之。""拷讯者，臀若股分受，务令均停。"这些规定是其标榜宽仁的法律思想的体现。虽然法律上为制止非法刑讯有加重违法者刑事责任的规

定，但由于“重罪之”缺乏具体内容，也就难以贯彻执行。元律对于审讯，除特殊情形外，不许在深夜进行，此即“诸鞫问罪囚，除朝省委问大狱外，不得夤夜问事”。

对于检验尸体，元律不仅对有司故意迁延、不亲临等应承担的责任作了规定，而且还对检验的记录格式提出了统一要求。它必须具有以下内容：尸体各部位的情况，致命的原因，检验时在场的犯人、见证人、地邻人、尸亲等的姓名，检尸官吏等对致命根因“保结是实”，检验的年月日，最后由检尸官吏画押。如果它得到切实的执行，是有利于发挥检验的作用和防止徇私作弊的。

明朝法律规定审讯时可以对质。据《明会典》记载，在分别审问原告、被告和证人以后，如证人的证言与原告所述相同，与被告讲的不同，“则唤原被告、干证人一同对问，观看颜色，察听情词。其词语抗严、颜色不动者，事理必真；若转换支吾，则理必亏。略见真伪，然后用笞决勘；如又不服，则用杖决勘，仔细磨问，求其真情”。对质不失为一种解决矛盾、分辨真伪的方法，但在对质中仅靠察颜观色来辨真伪，就完全是主观主义的作法，是不可靠的。“略见真伪”以后，允许刑讯升级来逼供，怎能不导致苦打成招，哪能求得真情。

清承明律，同样有刑讯之制，而且规定：“凡讯囚用杖，每日不得过三十。热审得用掌嘴、跪练等刑，强盗人命酌用夹棍，妇人拶指，通不得过二次。”直到清朝末年，封建统治者迫于形势，改革法制，抄袭资本主义国家的法律，刑讯制度在经过激烈的争论以后，才予以废除。但是，新法尚未施行，清王朝就被辛亥革命所推翻。

清律明确规定，“断罪必取输服供词”，把被告人的供词作为定罪处刑不可缺少的依据。法律中虽然有“众证明白，即同狱成”的规定，“然非共犯有逃亡，并罪在军、流以下，不轻用也”，即仅适用于少数特殊的案件。

对人命案件的检验，清代还颁布了《验尸图格》，“人命呈报到官，地方正印官随带刑书、仵作，立即亲往相验。仵作据伤喝报部位之分寸，行凶之器物，伤痕之长短浅深，一一填入尸图。若尸亲控告伤痕互异，许再行复检，不得违例三检。”“检验不以实者有刑。”

封建王朝的法律，一直准许审讯时用刑拷问。从唐代开始，又明文限制法外用刑，违反者应负刑事责任，元律甚至规定“重罪之”，以便把刑讯限定在一定范围和程度以内。然而，在司法实践中，法外用刑不仅禁而不止，始终存在，而且所用的方法、刑具，名目繁多，时有创新，有的非常奇特，十分野蛮残酷。就在最早禁止违律拷讯的唐代，法律思想家牛希济对当时刑讯的情况和

恶果曾作了悲愤的揭露，他在《刑论》中写道："狱吏之尊，声色之大，桎梏之重轻，搒掠之多少，率由其意，孰可与争?""或欲其伪而怒其真，恶其轻而思其重，或鄧其首，或批其颊，诟辱殴击，无所不至；又节其饮食，严其徽缠，外残其躯，内胁其心，壮士勇夫，且必流涕，孤弱之人，敢不从命?""且桎梏之苦，笞涠之严，轻罪者愿重刑而获出，无辜者畏残害而求死，皆狡猾之所能为也，即平人孰敢与吏为敌?"唐代酷吏周兴、来俊臣等，滥用刑讯，制造冤狱，致"枉遭杀害者，不可胜数"。据《旧唐书·刑法志》记载："俊臣每鞫囚，无问轻重，多以醋灌鼻。禁地牢中，或盛之于瓮，以火圜绕炙之。兼绝其粮饷，至有抽衣絮以捋之者。"他们还特制了十号大枷，根据各自在使用时的效力，分别以"喘不得"，"著即承"等命名，造成"是时海内跼惧，道路以目"。这真是对唐代禁止法外刑讯的极大讽刺！到宋代，据史书所载，"天下之狱不胜其酷。"司法官吏"非法残民，或断薪为杖，掊击手足，名曰：'掉柴'；或木索并施，夹两衔，名曰：'夹帮'；或缠绳于首，加以木楔，名曰'脑箍'；或反缚跪地，短豁坚木，交辫两股，令狱卒跳跃于上，谓之'超棍'，深痛骨髓，几于殒命"。元代一御吏台准中丞崔少中在讲到当时违法刑讯的情况时说："鞠狱之制，自有定制。比年以来，外路官府，酷法虐人，有不招承者，跪于磁芒碎瓦之上，不胜痛楚，人不能堪。罪之有无，何求不得？其余法外惨刻，又不止此。"明代的法外用刑更为残忍，"酷吏辄用挺棍、夹棍、脑箍、烙铁及一封书、鼠弹筝、拦马棍、燕儿飞、或灌鼻、钉指、用径寸嫩杆、不去泚节竹片，或鞭脊背、两踝致伤"。至于明代的特务机构东厂、西厂、内厂和锦衣卫，法外用刑采用大枷、断脊、刺心、琵琶等手段和刑具，其残忍程度，更是令人发指！

根据上述，封建王朝的证据制度，始终以重口供和刑讯为其主要内容，拷讯与决狱紧密相联。在司法实践中，则是依法刑讯和法外用刑互相交织，长期并存。其中符合诉讼规律，可资借鉴的，并不多见。

（二）基本特点

封建王朝的证据制度，概括起来，有以下五个基本特点：

1. 如前所述，根据封建王朝的法律，"断罪必取输服供词"。由于"罪从供定，犯供最关紧要"，所以口供是认定犯罪事实的主要证据。除了法律规定可以"据状科断"、"据众证定罪"的案件外，通常，都必须取得被告人的"款服"（即认罪的供词），才能对其定罪处刑。

对于"断罪必取输服供词"的理由，据《资治通鉴》说："狱辞之于囚口者为款。款，诚也，言所吐者皆诚实也。"即封建统治者认为，狱囚在受审时

亲口供述的犯罪事实，都是真实可信的，因此，必须“罪从供定”。这一论断从来都不符合实际情况，因为受审人供述犯罪，有各种各样的动机，并不都是真实的，因受刑而被迫“诬服”的情况更是常见的。南宋时曾任过州守官的胡太初，在其《昼帘绪论·治狱篇》中已讲过：“世固有畏惧监系觊欲早出而妄自诬服者矣；又有吏务速了强加拷讯逼令招认者矣；亦有长官自持己见，妄行臆度，吏辈承顺旨意，不容不以为然者矣；不知监系最不可泛，及拷讯最不可妄加，而臆度之见最不可恃以为是也。史传所载，耳目所知，以疑似受枉而死而流而伏辜者，何可胜数！”因此，他主张：“凡罪囚供款，必须事事著实，方可凭信。”早在公元一千二百多年那个时代提出这个见解，可以说是“罪从供定”反面经验的科学总结，是封建法律文化的一颗珍珠。由于这个意见不符合封建地主阶级专政的需要，就未被封建法律所采纳。

考察封建王朝的司法实践，我们又看到，虽然法律规定“断罪必取输服供词”，而无供即定案的也有，如宋朝秦桧诬陷民族英雄岳飞一案，岳飞父子与张宪下狱后，经过残酷刑讯，张宪“被掠无全肤，竟不伏”，岳飞父子也未招供，“无可证者”，但却被定罪杀害。另一方面，虽有受审人的认罪供词，如果司法官吏觉得理有可疑，或与其他证据有矛盾，也可以不予定罪，而继续调查研究，收集证据。由此而查清案件事实的，更不乏其例。因此，“断罪必取输服供词”是要求定罪必须有供词，而有了供词是否定罪，则由司法官吏决断。

2. 审讯时可以依法刑讯

为了获取定案所需的供词，封建法律一直授予司法官吏刑讯之权。刑讯主要适用于刑事被告人，但也可以适用于控告人和证人。由于封建王朝的法律诸法合体，刑民不分，有关诉讼程序的规定，不仅适用于刑事案件，也适用于民事案件，所以对民事当事人同样可以刑讯。关于刑讯的条件，拷讯的方法，刑讯的工具，刑讯的程度，违法刑讯应否负刑事责任和负什么刑事责任，历代封建王朝的法律则有不同的规定。法律把刑讯制度化，是封建时代证据制度的重大特点。在司法实践中，除了依法刑讯外，法外刑讯不仅长期存在，而且手段更加残酷，给受刑者造成的痛苦，往往“十倍官刑”。历史文献对法外刑讯的记载很多，而司法官吏因法外刑讯被追究责任，受到惩罚的却不多见。所以，禁止法外刑讯的规定，基本上是一纸空文，成为欺骗群众的幌子。

这一时期不少有见识的法律思想家和司法官吏，曾对刑讯制度进行批评，指陈其严重弊端，有的朝代还有过改革的讨论，为什么不能废除呢？从司法制度来说，是因为实行“断罪必取输服供词”，为了获取定案所需的供词，不能

不把拷打作为一种手段。到清朝光绪末年，沈家本在主持修订《大清律》时，主办的法律馆鉴于刑讯之弊，提出了停止刑讯的意见。御史刘彭年则极力反对。他所持的理由主要是，如果停止刑讯，必然造成案件的积压和拖延。殊不知，案件的积压拖延，与证据制度中实行“断罪必取输服供词”，无供不能定案是紧密联系的。所以，只要把供词作为定罪必不可少的根据，刑讯制度就难以废除。

法律规定证据制度的目的，在于保证以充分的真凭实据查明案件的真实情况，为依律而断奠定坚实的基础。当封建法律把“断罪必取输服供词”作为一项审判原则，刑讯是取得“输服供词”的合法手段时，就与证据制度的目的完全背道而驰了。长期的封建司法实践表明，通过刑讯，打得拒不认罪的罪犯如实招供的，虽然不少，但无辜者因苛酷的肉刑摧残而乱供乱攀，结果含冤受罚，株连他人的，更是史不绝书，俯拾即是。所以，刑讯的合法化，既不能消除法外用刑，更不能保证查明案情，防止出入人罪。

3. 诬告者反坐，伪证者罚

《唐律》、《断狱律》中规定：“诸鞫狱者，皆须依所告状鞫之，若于本状之外别求他罪者，以故入人罪论。”这就是说，控告别人犯罪，不仅被控告的人可能受到刑事惩罚和刑讯，而且决定了审判的范围，是一项具有严重后果的行为。为了防止随意控告，《唐律》明确规定，“诸告人罪，皆须明注年月，指陈实事，不得称疑。”对于故意捏造事实，进行诬告陷害的，则实行反坐，依其诬告之罪而给予处罚。到明、清王朝，法律更明确规定对诬告者加重处罚，“凡诬告人笞罪者，加所诬罪二等；流、徒、杖罪加所诬罪三等”，诬告人死罪已决者，反坐诬告者以死罪。封建法律严禁诬告，不仅是为了使人们免遭诬告之害，也是为了排除对司法工作的干扰，维护封建统治秩序。

证人作证提供的证言，是司法官吏据以认定案件事实的重要根据。特别是“据众证定罪”的案件，据《唐律疏议》的解释，是指要有“三人以上明证其事”，“若证不满三人，告者不反坐，被告之人亦不合入罪”，其意义更为重大。这样，当然要求证人如实提供证言，不得作伪证。因此，封建法律明确规定，证人作证不讲真实情况，以致造成司法机关定案罪有出入的，应按被证人所出入之罪减等处罚。

封建王朝的证据制度，明文禁止诬告、伪证，使诬告、伪证者承担相应的罪责，有利于减少诬告、伪证，具有一定的积极作用。但是，当时的司法实践表明，诬告、伪证的情况仍然不断发生，因为剥削阶级借司法机关迫害、掠夺劳动人民，离不开诬告、伪证；统治者内部各个集团之间搞阴谋，铲除异己力

量，也需要把诬告、伪证作为手段。所以，诬告、伪证是当时不可避免的社会现象。如果认为有了诬告、伪证应负罪责的规定，司法机关处理案件，就能保证获得可靠的证据，而无失察之虑，是不符合实际的。

4. 以五声听狱讼，验诸证信，自由推断

封建法律继承了奴隶主王朝“以五声听狱讼，求民情”的要求。《唐律》的《断狱律》中不仅规定“诸应讯囚者，必先以情审查辞理，反复参验”，《疏议》又注解说，“依狱官令，察狱之官，先备五听，又验诸证言”，要求断狱在审讯时必须依据情理审查供词的内容，然后还应同其他证据相比较，进行检验，可以说是以五声听狱讼的发展，具有重要的意义。为什么应以五声听狱讼？晋朝曾以注释晋律而著称的法学家张裴（有的史书称章裴）的下述言论，可以看作是对这一要求的论证。他说：“情者，心神之使，心感则情动于中而形于言，畅于四支，发于事业，是故奸人心愧而面赤，内怖而色夺，论罪者务本其心，审其情，精其事，近取诸身，远取诸物，然后乃可以正利。”这是从心理学角度来说明五听的必要，有可取之处。紧接着他又阐述了受审人的各种表情可能反映的事实：“仰手似乞，俯手似夺，捧手似谢，拟手似诉，拱臂似白首，攘臂似格斗，矜庄似威，怡悦似福；喜怒忧惧，貌在声色；奸贞猛弱，候在视息。”这些看法就失之偏颇，用之于审判，是不能“精其事”的。因为受审人的情况各不相同，对他们在受审时的表现，必须具体情况具体分析，依靠已获取的各种证据来考察，才有利于判明其出于何种思想动机，并采取相应的措施来促其如实陈述。如果仅凭“五听”，只根据受审人的表现来确定案件事实，那就完全是主观臆断。

这种“以五声听狱讼”的主观唯心论的审判方法，一直为封建时代的官吏、法学者所推崇。如后周时的苏绰说，好的司法官吏应当“先之以五听，参之以证验，妙睹情状，穷鉴隐伏。使奸无所容，罪人必得”。他虽然指出了要“参之以证验”，但把通过“五听”，借察颜观色来“穷鉴隐伏”，难免事与愿违。

我国封建王朝时期的法律，对于各种证据的效力和是否可采用为认定事实的根据，除“据众证定罪”等个别情况外，都未作规定，而由司法官史自由决断。即使“罪从供定”，如果司法官吏对招供有怀疑，也可以不予采用，而再行调查。这虽然使他们不受形式主义规定的拘束，但因无明确的证明标准，无科学的认识论作指导，就为其徇私偏袒和主观臆断大开方便之门。

5. 疑罪惟轻，实行有罪推定

对于有罪或无罪难以确定的案件，究竟应当按“疑罪从去”或“罪疑惟

轻”处理，封建王朝时期也有过不同的见解。汉代的贾谊认为：“诛赏之慎也，故与其杀不辜也，宁失于有罪也。故夫罪也者，疑则附之去已”，“由此毋有无罪而见诛”，“不肖得改”。“疑罪从去，仁也”疑功从予，信也”。他的这些论述说明，疑罪不定罪处刑，是防止错杀无辜，实行“仁政”的需要；赏罚分明，仁信并行，有利于维护封建统治。南陈在审议改革刑讯之制的讨论中，都官尚书周弘正说：“夫与杀不辜，宁失不经，罪疑惟轻，功疑惟重，斯则古之圣王，垂此明法。”他既赞成“宁失不经”，又主张遵循古法实行“罪疑惟轻”，按有罪从轻处罚，显然有别于“疑罪从法”的观点。封建统治者权衡利弊，认为与其可能错放罪犯，还不如对涉嫌犯罪者从轻判处，更有利于维护封建统治秩序，因此就在法律中明确规定疑罪以犯罪论，而处罚从轻。

《唐律》的最后一条规定：“诸疑罪各依所犯以赎论。”该条还特加注解：“疑，诸虚实之证等，是非之理均，或事涉疑似，傍无证见，或傍有闻证，事非疑似之类。”《疏议》又进一步说明：“疑罪，谓事有疑似，处断难明。”据此规定和解释，凡是一个人有犯罪嫌疑，而没有确实的证据足以证实，司法官吏虽然认为不能辨别是非，“处断难明”，也要按他被控告的罪行论处，同时只处以该罪的赎刑，以示从轻处罚。仅有犯罪嫌疑就应按被控罪行从轻论处，无疑是实行有罪推定。这个审判刑事案件的原则，既有利于维护封建统治秩序，又使富人在因疑罪论处时得以花钱赎罪，免受牢狱之苦，而贫穷的人则只能含冤受罚。有了这样的规定，许多人仅因有犯罪嫌疑而受罚，是不足为奇的。

到了元朝，其《大元通制》规定：“诸疑狱在禁五年以上不能明者，遇赦释免。”这较之“诸疑罪名依所犯以赎论”虽有进步，但“释免”的条件是监禁五年以上，还要有皇帝的诏赦，其机会是不多的。

根据上述可见，我国封建王朝的证据制度，同欧洲一些国家封建时期实行的法定证据制度相比，既有一些类似之处，又有重大的区别。特别是对证据的审查判断，法定证据制度要求法官按照法律对各种证据效力的预先规定机械地适用，而我国封建的证据制度，基本上是由司法官吏依据“五听”，斟情酌理，自由决断，两者有着原则的不同。从法律制度上说，它是为封建专制统治服务的，十分野蛮，精华甚少。从证据理论来看，则有不少概括司法实践经验、反映诉讼规律的真知灼见，可供我们借鉴、吸取。

清王朝后期，封建社会矛盾重重，帝国日渐衰弱。随着西方资本主义国家的入侵，封建经济的解体，自 1840 年鸦片战争以后，我国就逐步变为半殖民地半封建社会。有人根据这种社会形态的变化，认为鸦片战争以后清王朝的证据制度，已不同于以前的证据制度，而是封建证据制度和自由心证证据制度的

混合体。我们不同意这种观点。因为鸦片战争以后，直到清王朝被推翻，办案的诉讼程序，都是遵循《大清律例》的规定。1900年以后开始修订封建法律，1905年颁行的《大清新刑律》是一部单纯的刑法典，其中涉及证据制度的，仅为禁止刑讯逼供。1906年编成的《大清刑事、民事诉讼法》，因遭到各省督抚的反对，没有颁行。1910年12月编成的《刑事诉讼律草案》和《民事诉讼律草案》，还没有审议，清王朝就被推翻，认为这时的证据制度是封建证据制度和自由心证证据制度的混合体，是没有任何根据的。

（三）实行这种证据制度的原因

封建王朝实行重口供、刑讯逼供、凭"五听"断案的证据制度，是封建时代不可避免的产物，因为：

1. 它是封建地主阶级实行恐怖统治的需要。在封建时代，地主阶级掌握着国家政权，居于统治地位。他们为了维护封建剥削制度，压迫广大劳动人民屈从专制统治，通过制定各种律令，来规范人们的言行，把一切危害封建统治秩序的言行、甚至思想，作为犯罪来惩处。作为地主阶级专政工具的司法机关，在处理案件时，秉承统治阶级的意志，专横武断，但为了欺骗群众，掩盖其阶级本质，又需要装扮成是在"推理求情"，定案是有据的。对被控犯罪的人，如果"傍无证见"，司法官吏一般都是高踞于公衙之上，忽视深入调查研究的官僚，怎能"穷鉴隐伏"？这就必然要依靠刑讯来获取受审人的"输服供词"，借以表明其定案并非臆测妄断，而是有可靠根据的。所以，封建王朝把刑讯逼供、罪从供定作为证据制度的主要内容，是与其既要残酷镇压劳动人民，又要掩盖其恐怖统治紧密相关的。同时，刑讯制度也有利于地主阶级各个统治集团、派别之间搞阴谋政治。因为它们为了争权夺利，利用法律手段进行斗争时，往往暗中施展阴谋诡计，罗织罪名，进行陷害，而在表面上又力求做得冠冕堂皇，令人信服。虽无罪证，但通过刑讯迫使被告人提供自诬的供词，就可以"依法"定罪，岂不方便！

2. 这是地主阶级根本不把犯罪人当人看待。马克思曾指出："专制制度必然具有兽性，并且和人性是不相容的。"这一对当时普鲁士专制制度的评断，也完全符合我国封建王朝的情况。我国封建刑律，除了规定各种死刑外，还规定残害人肢体的黥、劓、刖、宫等肉刑。后来虽把这些从奴隶制王朝延续下来的残酷刑罚逐步加以改革，然而笞、杖仍为摧残罪犯身体的刑罚，并且一直沿用到清末。一个人犯了罪，可以判处肉刑来惩罚，在进行审讯时，如果被告人不认罪，对其拷打逼供，也就属于理所当然了。封建统治阶级为了维护其根本利益，收到惩一儆百的效果，不惜采用野蛮的方法摧残受审人，说明根本不把

他们当人看待。

实行刑讯逼供的诉讼制度，总是同刑法把肉刑作为惩罚手段紧密相联。马克思曾以下面的论述说明两者的相互关系："实体法却具有本身特有的必要的诉讼形式。例如中国法里面一定有笞杖，和中世纪刑律的内容连在一起的诉讼形式一定是拷问。"所以，刑讯并不是中国法制独有的，而是封建司法的共同特征，只是在各个封建国家中，具体作法各不相同。

3. 是封建统治阶级认识能力的局限性。在封建时代，生产力不发达，自给自足的自然经济占主要地位，规模小，人们的认识能力也就受到局限，唯心主义的世界观在地主阶级中居于统治地位。他们不懂得人的认识是主观对客观的反映，在诉讼中查明案件的事实真相，只能依靠调查研究，根据真凭实据作出判断，而把希望寄托在获取供词上。同时，他们看问题总是从有利于维护封建统治出发，不可避免地存在阶级偏见。如认为狱囚的口供"皆诚实也"，即使通过刑讯获取的口供也同样是真实可靠的，可据以认定案件事实，定罪判刑。

由此可见，各个封建王朝长期实行的证据制度，虽然导致无数冤狱，不少有识之士也曾指陈其重重弊端，而封建统治者却一直沿袭，不予废除，并非是偶然的。

这个在我国实行了二千多年的证据制度，虽然早已被辛亥革命送进了历史博物馆，却如百足之虫，死而不僵，仍然在腐蚀着人们的思想，对人民司法工作有着不容忽视的影响。有些人从阅读文艺作品的生动描述，观看戏曲舞台上的形象表演，就不知不觉地受到了影响，以为在办案中只要使用肉刑逼供，被告人就会"从实招来"，很快搞清案情。如果司法人员受其毒害，而照此办理，其结果必然会造成无辜的人含冤受罚。在民主革命时期，各个根据地所制订的法律，明确规定司法机关必须重证据，不轻信口供，严禁肉刑，就是为了清除封建司法重口供、刑讯逼供的影响，使人民司法工作克服主观主义的方法和作风，坚持实事求是的科学方法。新中国成立后，人民司法工作在马列主义、毛泽东思想指引下胜利前进，发扬了实事求是的优良传统和作风。然而，刑讯逼供的违法乱纪现象仍然时有发生，成为造成错案的一个重要原因。这说明它的影响是根深蒂固的。我们必须清醒地看到这种情况，继续为肃清其影响而奋斗。

三、中华民国时期的证据制度

资产阶级革命民主派领袖孙中山先生领导的辛亥革命，推翻了清王朝，创

建了中华民国。孙中山就任南京临时政府的临时大总统后，于1912年3月2日颁布了《大总统令内务、司法两部通饬所属禁止刑讯文》。该命令明确宣告："不论行政司法官署，及何种案件，一概不准刑讯。鞫狱当视证据之充实与否，不当偏重口供。其从前不法刑具，悉令焚毁。"同时要求两部"不时派员巡视"，如发现日久故态复萌，"除褫夺官职外，付所司治以应得之罪"。这个命令反映了资产阶级的法律观和人道主义精神，在我国证据制度的发展史上，是一个重大的进步。然而，由于南京临时政府很快夭折，这一进步的法令并未得到贯彻执行，发挥其作用。由于辛亥革命未能改变我国的半封建半殖民地社会性质，代之而起的北洋政府及其后继者国民党政府，是代表地主买办资产阶级利益的政权，中国人民仍然处于被剥削和受压迫的地位。北洋军阀政府建立后的前一时期，对于前清的法律，除与民国国体相抵触者予以废止外，均准暂时援用。1914年公布施行的《县知事审理诉讼暂行章程》，规定了县知事办理刑、民事案件的程序。其中第27条规定："审判方法，由县知事或承审员相机为之，但不得非法凌辱。"这既赋予司法官吏审理时自由行事之权，也有防止侵犯受审人人格之意，无疑是受到了资产阶级法律观的影响。1922年，北洋政府又将制定的《民事诉讼条例》、《刑事诉讼条例》颁行全国。其中有关于证据制度的一项原则规定，即"犯罪事实，应依证据认定之"，而"证据，由法院自由判断之"。（《刑事诉讼条例》第305条、第306条）这标志着在我国开始实行自由心证的证据制度。《刑事诉讼条例》第338条还规定："法院认为被告之犯罪嫌疑不能证明……，应谕知无罪的判决。"这较之各个王朝实行的"疑罪惟轻"，也有重大的区别。

国民党在南京建立的国民政府，仍然是地主买办资产阶级对广大人民群众实行专政的工具，其法律制度是为维护其独裁统治服务的。国民政府于1928年制定公布又在1935年和1945年予以修正公布施行的《刑事诉讼法》，以及于1930年颁行后于1935和1945年两次修正公布施行的《民事诉讼法》，都仿效了德、日等资本主义国家的诉讼法典。其中推行的证据制度，与大陆法系国家的自由心证制度相同。如该《刑事诉讼法》第268条、269条规定："犯罪事实，应依证据认定之。""证据之证明力，由法院自由判断之。"该《民事诉讼法》第222条则以下述文字表述实行自由心证原则："法院为判决时，应斟酌全辩论意旨及调查证据之结果，依自由心证，判断事实之真伪。"曾任国民党最高法院院长的夏勤，将"自由心证"解释为："各种证据，孰可信孰不可信，其可信者可信至如何程度，一任法院自由判断之。"按照这种解释，法律上规定的"自由判断"或"自由心证"，不过是授予司法机关以主观妄断之权，既

不能防止法官的专横，也无助于查明事实真相。关于对刑事被告人的讯问及其供词的效力，该《刑事诉讼法》规定："讯问被告，应出以恳切之态度，不得用强暴、胁迫、利诱、诈欺及其他不正之方法。"（第98条）"被告之自白，非出于强暴、胁迫、利诱、诈欺及其他不正之方法且与事实相符者，得为证据。被告虽经自白，仍应调查其他必要之证据，以察其是否与事实相符。"（第270条）这既在法律上否定了刑讯，又明确了自白作为证据和据以定罪的条件，同封建法律准许依法刑讯，无须考察口供是否属实的规定相比，显然是有原则区别的。同时，该法还仿照北洋政府《刑事诉讼条例》对待疑罪的办法，于第293条规定："不能证明被告犯罪或其行为不罚者，应谕知无罪的判决。"上述这些有关证据的重要规定，表明国民党政府所实行的证据制度，已不同于封建王朝的证据制度，而是资本主义国家普遍推行的自由心证证据制度。从制定法律来说，吸取别国有益的经验，本属通例，自无不可。因此，不能因北洋政府和国民党政府的刑、民事诉讼法移植了自由心证原则，就认为其证据制度具有半殖民地性。问题仅在于，自由心证并非判断证据的科学方法，不能保证查明案件的真实情况。即使在国民党统治时期，就有人批评自由心证，"太尚自由，不讲矩度，其弊也。衡证无方，骋臆揣断，则矫枉过正"。国民党法律中有关证据制度的规定，还有一些形式主义的东西，如民事当事人在诉讼中自认的事实对法院有拘束力，不需证明即应认其为真实等。国民党立法虽有不得刑讯和正确对待自白等规定，但考察当时的司法实践，则完全是另一个样子，法律的规定不过是一纸空文，是掩饰其残暴统治的遮羞布。国民党反动派对广大人民和共产党人实行血腥镇压时，提出"宁肯错杀一千，不可错放一个"的口号，还需要依靠什么证据认定"犯罪事实"！其特务机关任意抓人审讯，为了逼取陷人于罪的口供，各种野蛮、残酷的手段，包括难以想象的方法和现代化刑具，无所不用其极。法律的规定对这些残暴的法西斯匪徒，是没有任何意义的。一些遭受磨难的幸存者的控诉，充分揭露了特务组织残酷刑讯和推行法外制裁的凶恶面目。当时的法院等司法机关，虽有别于特务组织，但也是按照国民党反动派的意旨行事，为其法西斯统治效劳的。国民党中央执行委员伍朝枢在1932年致国民党政府立法院长孙科的信中，谈到当时的司法工作情况："军阀专横，官吏恣肆，对于人民身体自由，任意蹂躏，往往无故加以拘禁。拘时固不经法定手续，拘后则审讯无期，又不开释，致令久羁囹圄……亦有始终拘禁而不予释放者，甚至擅处私刑者。似此黑暗情况，计惟吾国历史上所谓乱世及欧洲中古时代始有之。"这种法律与司法实践相脱节所造成的"黑暗情况"，正是国民党反动派实行法西斯统治的明证。

据上所述，研究中华民国时期的证据制度，除了分析有关的法律规定，阐明其利弊得失外，必须着重考察其贯彻执行情况，了解当时的司法实践。只有这样，才能作出正确的评价。

第三节 新中国证据制度的创立和发展

一、新中国证据制度的创立和发展概述

新中国的证据制度，是在人民群众的革命斗争中，在摧毁国民党反动政权旧法制的基础上产生的。随着革命形势的发展，尤其是新中国的建立与巩固，它也不断地发展与完善。

（一）工农民主政权时期

第一次国内革命战争失败后，中国人民为了反抗国民党反动派的血腥镇压，继续推进新民主主义革命事业，在中国共产党的领导下，走上了武装夺取政权的道路，在全国十几个省份相继建立了革命根据地和工农民主政权，并于1931年在江西瑞金成立了中华苏维埃共和国中央工农民主政府。为了坚决镇压反革命、保障劳动群众的权利，以巩固根据地，发展革命战争，各级、各地政府都根据具体情况，颁布了一系列法规。有关诉讼方面的规范性文件主要有：1931年12月发布的《中华苏维埃共和国中央执行委员会训令（第六号）——处理反革命案件和建立司法机关的暂行程序》，1932年6月颁行的《中华苏维埃共和国裁判部暂行组织及裁判条例》，1934年公布的《中华苏维埃共和国司法程序》等。此外，1933年5月，中华苏维埃共和国司法人民委员部对裁判机关工作的指示也具有重要意义。在上述法规及指示中，有关证据的规范虽然不系统、不完整，但是，人民政权证据制度的基本原则已经初步确立。这主要表现在：

1. 严禁刑讯逼供。

红色政权的初期阶段，各革命根据地一般均宣布废除肉刑，但有的根据地规定，特定机关对特定人犯仍可刑讯。如鄂豫皖苏区规定，“法庭审问案犯，绝对不用刑，若有动刑的案子，可送保卫局审讯。”这虽然是基于当时革命同反革命的斗争极其尖锐，但也反映出该地区的领导人对刑讯的严重危害缺乏深刻的认识。中华苏维埃共和国成立后，在其中央执行委员会第六号训令中明确规定，“在审讯方法上，为彻底肃清反革命组织及正确地判决反革命案件，必

须坚决废除肉刑，而采用收集确实证据及各种有效方法。”该训令还指出，“听到某个或某几个反革命分子的口供，没有充分的证据，未经过侦查的工作就进行捉人，审问的时候采用肉刑，苦打成招”的做法是错误的，并严肃地分析了这种做法对革命的严重危害。这是红色政权中央政府彻底禁止刑讯的首次立法，各根据地均大力贯彻，如福建省苏维埃政府在其训令中指出，必须“废止一切肉刑，……再有用肉刑的事情，当以违反苏维埃法令治罪”。但是，由于封建司法流毒的顽固，后来王明左倾教条主义路线在肃反斗争中，又大搞逼供信，使很多优秀干部和革命群众受到诬害和错误处理。

2. 要求正确对待刑事被告人口供，收集确实、充分的证据。

如前所述，第六号训令在严禁肉刑的同时规定，不得仅凭口供捉人，要求“收集确实证据”、“充分的证据”。《中华苏维埃共和国裁判部暂行组织及裁判条例》规定，裁判部审理刑事和民事案件，“每个案件的材料和证据，须编成一起，归为一个案卷，编成号码次序，保存在裁判部内，不准遗失”。在司法人民委员部对裁判机关工作的指示中更具体要求：审判之前要尽量收集证据；“同案的犯人，在审判时应隔离开来”；“审判记录应将当时在法庭上原被告及见证人所讲的话记录下来，不许再有审判时不做记录，到退庭后抄写预审机关的记录，或由自己的臆想来造记录的现象”；“判决案件应拿住他最主要的事实，不要将不重要的写了一大篇，将最重要的事实遗漏不提”。

3. 原告人应向司法机关提供证据。

第六号训令规定，“一切反革命的案件都归国家政治保卫局去侦查、逮捕和预审，国家政治保卫局预审之后，以原告人资格向国家司法机关（法院或裁判部）提起诉讼”。《中华苏维埃共和国裁判部暂行组织及裁判条例》则规定，检察员负责一般刑事案件的预审；检察员经过预审，“认为有犯罪事实和证据，作出结论后，再转交法庭去审判”。检察员“无论问被告人和见证人，必须写成预审记录，由被审问者（被告人和见证人）及检察员签字盖章，作为该案的证据”。检察员是代表国家的原告人，反革命案件则可由国家保卫局派代表作为原告人。

（二）抗日战争时期

到抗日战争时期，中国共产党为了团结动员全国人民组成广泛的抗日民族统一战线共同抗日，采取了相应的政治、经济措施。新民主主义法制建设也获得进一步发展，至抗日战争中期已进入较为成熟的时期。证据制度与第二次国内革命战争时期相比，已比较系统与完整，主要表现在：

1. 强调调查研究、实事求是

1943年党中央《关于审查干部的决定》将“调查研究，分清是非轻重”作为审干的方针之一，指出“对于有问题的，一个一个的，予以实事求是的调查研究，禁止主观主义的逼供信方法”。“分清是非轻重，就是用调查研究的方法，第一分清其是不是两条心的特务，或叛徒，……第二分清其犯罪之轻重”。这对各边区在诉讼中确立调查研究、实事求是的原则起了重要的指导作用。《晋察冀边区行政委员会关于改进司法制度的决定》大力号召“树立司法工作的调查研究、实事求是的大众化的民主作风”。《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司法制度》中设“调查研究”专章，指出“调查研究是法庭收集材料、了解具体案情的必要方法”。《苏中区处理诉讼案件暂行办法》中则设有“证据”专章，规定“审判人员及陪审人员对于案情及证据，应直接、间接、公开或秘密进行周密之调查研究”。这两个专章中均具体规定了调查研究的方法与程序。1944年在抗日民主根据地普遍推行的“马锡五审判方式”，其核心即是深入群众，调查研究，从实际出发，实事求是，查明案件真相。

2. 严禁刑讯、诱骗或强迫供述、重证据不轻信口供

《陕甘宁边区施政纲领》、《对于巩固与建设晋西北施政纲领》及《苏中区第二行政区诉讼暂行条例》中均规定，坚决“废除刑讯、重证据不重口供”。毛泽东同志于1940年12月25日为中共中央写的《论政策》的党内指示，谈到锄奸政策时说：“对任何犯人，应坚决废止肉刑，重证据而不轻信口供。”这一要求较之“重证据不重口供”等规定，更准确地表述了对待各种证据和刑事被告人口供应持的科学态度，以后就一直沿用。这一时期的立法还进一步规定禁止采用其他非法手段取证。如《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司法制度》中规定：“绝对禁止跪拜、打骂以及严刑拷打、强迫供述的方法。”《陕甘宁边区高等法院对各县司法工作的指示》中要求，“绝对地禁止使用刑讯，诱骗谩骂亦不许可。”

3. 明确规定当事人等提供证据的责任

《苏中区处理诉讼案件暂行办法》规定：“原被告主张有利于己之事实，就其事实，有举证之责任。”“对于民事系争标的之勘验，原被告及关系人应提出有关之书证。”《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司法制度》中，将起诉分为公诉、群众起诉、自诉。规定凡公安机关向法院起诉的案件，应提供充足证据，“起诉材料不够具体，可以送还公安机关补充侦查一次。”一般机关、团体、部队起诉的案件，如无具体事实和材料，法院可以拒绝受理。对群众起诉和自诉则未作如此要求。

4. 规定了各种证据的收集与审查程序

《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司法制度》、《苏中区处理诉讼案件暂行办法》在这方面均规定得很具体，所涉及的证据种类有原被告陈述，证人证言，勘验、检查，文书，证物，还指出在必要时对文书、证物、人身、尸体可聘请专门人才鉴定。《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司法制度》还规定，审问原被告的方式为：先由原被告自由讲述，再追询实情，然后由双方或多方辩论。审问应制作笔录，“笔录写成之后，应立即给被审问人诵读一次或让其看过。承认笔录，盖捺指印，方为有效。如被审问人拒绝盖指印，应说明理由”。“审问人员亦应在笔录上签名负责”。对其他证据也有具体规定。《苏中区处理诉讼案件暂行办法》的规定尤为详细。比如，证人“有到场作证，忠实陈述之义务”，经传唤无正当理由不到场者，得处以罚金，两次以上不到者，可以拘提。证人作证应具结表示负责。作伪证者，按伪证罪处理。关于勘验，它规定“审判人员因调查证据及犯罪情形，得对诉讼系争标的及犯罪地点，实施勘验”。“勘验得为下列处分：一、履勘犯所或其他与案情有关系之处所。二、检查身体。三、检验尸体。四、解剖尸体。五、检查与案情有关系之物件。六、其他必要之处分”。“实施勘验时，得命证人及鉴定人到场”。“实施勘验应作勘验笔录，于必要时，并应附具图画或照片说明”。关于鉴定，它规定“实施鉴定，应作鉴定书，由鉴定人以口头及书面报告”。“鉴定人如故意歪曲事实，作虚伪之陈述者，按照伪证罪处罪，审判人员得以职权撤销其鉴定”。

5. 办案人员必须忠于事实

当时各边区施政纲领中多有“后行廉洁政治，肃清贪污，严禁假公济私”的规定，诉讼立法中更有具体要求。如前引用的《司法制度》中规定，审判人员制作笔录，“内容一定要真实，不要虚伪、捏造和夸大或缩小其事”。判决书的“内容要符合事实，不要虚伪夸张”。前引的《暂行办法》也规定，审理案件必须“以真实发现为判决之论据”。

综上可见，我国以实事求是、调查研究、重证据而不轻信口供、严禁刑讯逼供等为核心内容的新型的证据制度，这时已初步形成。

（三）解放战争时期

这一时期，随着解放区的发展与扩大，人民民主政权强调发扬民主，进一步健全革命法制。当时的证据制度基本上沿用了抗日时期行之有效的规定，并且根据新情况，又有一些发展，主要表现在：

1. 突出强调调查研究，实事求是

《晋察冀边区行政委员会关于人民法庭工作的指示》中强调“人民法庭的起诉、审讯和判决，必须实事求是，明辨是非，任何草率鲁莽及感情用事和主

观主义都是错误的”。并具体要求，法庭应“审查人证、物证，并允许被告自己或被告的代表辩护和提出反证。审判员根据原告、被告提出之控诉与辩护及证据加以研究，然后确定罪状是否成立”。“要实事求是，头脑冷静，不怕麻烦地辨明是非”。《江西省府法院关于司法工作几个问题的指示》也强调各级司法人员“必须联系与依靠群众以调查研究为基础，实事求是地解决问题”。《东北行政委员会关于建设司法工作的几项具体指示》中还强调，解决“民事纠纷应本着实事求是之精神”。

2. 定罪的证据必须确实、充分，否则被告应予释放或宣告无罪

华北人民政府及苏北行政公署《关于县市公安机关处理刑事案件权责的规定》中均规定，“若被告仅有嫌疑没有积极的证据可以证明被告确系犯罪时，即不能论罪科刑。”华北人民政府《为清理已决及未决案犯的训令》中指出，“判决时所采之证据，迄今未能证明其确属真实者，应改为无罪之判决。”“有确实反证，证明原判根本错误者，应予平反，宣告无罪开释。”《晋察冀边区行政委员会关于人民法庭工作的指示》中要求，证据不足者应收集证据，弄明事实，“下次再审或宣告无罪”。

此外，收集证据的程序也较前完善，比如有的解放区立法规定，审讯笔录应当庭制作，证人应个别审问，搜查扣押物证应有见证人在场并需有扣押物品收据等。

1949年2月，中共中央发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，宣告彻底废除伪法统，指出“在人民新的法律还没有系统地发布以前，应该以共产党政策及人民政府与人民解放军所已发布的各种纲领、法律、条例、决议作根据”。这是我国人民司法工作的里程碑，为建国后的社会主义法制建设清理了废墟，指明了方向。

（四）新中国的证据制度

中华人民共和国的证据制度，是在废除国民党旧法统，发扬人民司法工作优良传统，不断总结实践经验的基础上发展起来的。它的发展同我国整个社会主义法制建设一样，经历了曲折的过程。

为保障革命秩序和土地改革政策、法令的实施，1950年7月所颁行的《人民法庭组织通则》规定，法庭“受理案件后，应认真地进行调查证据，研究案情，严禁刑讯”。1950年5月《中华人民共和国婚姻法》公布施行后，最高人民法院、司法部和内务部发布的有关该法施行的联合指示中曾指出，有些法院对区、村干部的反映不经调查研究即信以为真，把妇女正当的离婚要求予以驳回，这种官僚主义作风“必须彻底加以纠正”。1951年9月颁布了《中华人民

共和国人民法院暂行组织条例》，关于该条例的说明曾指出，人民法院“在进行审判时，不单凭诉状供词与辩论，而且对案情要着重作实地的调查研究，了解案情全部真相和充分证据后，才依法判决，特别是对于复杂重大的案情”。

1950年召开的第一届全国司法会议以及1953年5月政务院批准的《第二届全国司法会议决议》中均明确提出，人民司法工作者必须学习马克思列宁主义理论，实事求是，大公无私，廉洁奉公，坚决反对专横武断，严惩贪赃枉法行为。

1954年9月，我国第一部社会主义宪法诞生，它为证据制度的建设提供了根本大法的根据。随之又颁布了《中华人民共和国人民法院组织法》、《中华人民共和国人民检察院组织法》。这些基本法律的颁行，标志着社会主义法制进入了新阶段。

新中国成立初期，肃清残余反革命势力，是人民政权极为重要的一项任务。在全国开展的镇压反革命运动中，中共中央发出了许多指示，特别强调“务必谨慎从事，务必纠正一切草率从事的偏向”。1955年，中共中央为了指导肃清暗藏反革命分子的工作，对于有关证据的问题，也作了具体的指示，明确指出：“不漏掉一个反革命分子和不冤枉一个好人，分别是非轻重，根本的办法是依靠证据。证据就是人证和物证。”“口供只有经过仔细查对确实之后才能相信。……用逼供、诱供等错误办法取得的口供，是一文不值，完全不足凭信的。”这些要求不仅有力地保证了正确处理反革命案件，而且对于健全我国的证据制度，也有着十分重要的意义。

1956年10月，最高人民法院根据宪法和两个组织法的规定，在总结司法实践经验的基础上，所作的《各级人民法院刑、民事案件审判程序总结》，把在法庭上审查证据的经验规范化、制度化。它指出：鉴定结论需当庭宣读，并让双方当事人辩解；物证需当庭审查，并让被告人辨认；证人应到庭陈述，未到庭的证人在侦查中所作的陈述或提出的书面证言，应当庭宣读；证人应隔离询问；被告人的供词必须查证属实才可采用，等等。总之，在法庭调查阶段，必须把案情彻底查清，把取得的证据逐一核实。这些要求对于健全证据制度，促进司法人员树立实事求是的审判作风起了很好的作用。

50年代后期，由于“左”的错误思潮的干扰，司法工作中已经确立的实事求是、调查研究、重证据不轻信口供、严禁刑讯逼供的原则也受到严重冲击。尤其在十年动乱期间，林彪、江青反革命集团疯狂破坏社会主义法制，公然鼓吹“办案要立足于有，着眼于是”，“先定性质后找材料”，“棍棒底下出材料”，“一人供听，二人供信，三人供定”，滥施刑讯，伪造证据，对广大干部

和群众大搞封建法西斯专政，社会主义证据制度被粗暴践踏。

粉碎“四人帮”以后，社会主义法制建设进入了繁荣发展的新阶段。在继承已有成果、总结正反两方面新鲜经验的基础上，根据新时期的现实需要，1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国刑事诉讼法》(1996年3月作了修订)，修改了《中华人民共和国人民法院组织法》、《中华人民共和国人民检察院组织法》。1982年12月第五届全国人民代表大会第五次会议通过了新宪法。1982年第五届全国人民代表大会常务委员会还通过了《中华人民共和国民事诉讼法（试行)》。1989年4月第七届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国行政诉讼法》。1991年4月第七届全国人民代表大会第四议会议又通过了《中华人民共和国民事诉讼法》。这些法律，特别是三部诉讼法典，通过各自所设“证据”专章及其他规范，对于在刑事、民事、行政诉讼中，什么可以作为证据，对案件事实的证明应达到什么程度，哪些人有责任向司法机关提供证据，司法机关收集和审查判断证据应遵循哪些原则、依照什么程序等作了明确规定，标志着我国诉讼证据制度进一步完善。

二、新中国证据制度的特点

新中国证据制度是人类历史上崭新的社会主义类型的证据制度，它是以公有制为核心的社会主义经济基础的上层建筑，反映的是工人阶级和广大人民的意志。它的理论基础是马克思列宁主义毛泽东思想，特别是其中的辩证唯物主义认识论。它的主要内容是，司法人员办理刑事、民事、行政案件，必须从实际出发，深入调查研究，根据确实、充分的证据，准确地查明案件的客观真实情况。它的基本任务是，保证准确、及时地打击反革命和其他刑事犯罪活动，正确处理民事纠纷和行政争讼，保护公民合法权益，维护社会秩序，促进安定团结，保障社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行。新中国的证据制度具有如下特点：

（一）证据必须是能够证明案件真实情况的事实

诉讼法的这一规定有两层含义：一是证据必须是客观存在的实实在在的事实，虚假或错误的陈述、臆想、猜测等均不能作为证据。二是证据必须与案件事实存在联系，这种联系必须是客观存在的，而不是杜撰的、牵强附会的。诉讼法要求，司法人员对收集到的证据，必须查证属实才能作为定案的根据。这里所指的查证属实，就是指经过审查判明该证据确系客观存在的与案件事实有联系的事实。这一点是我国证据制度与剥削阶级国家证据制度的重要区别之

一。比如，神示证据制度中，水审中的沉浮，决斗中的胜败，虽是客观存在的事实，但它们与诉讼案件的事实和是非曲直并无联系，所以也并不能证明案件的真实情况。在法定证据制度中，被认为是“完全的证据”，足以作为定案惟一根据的被告人口供，其陈述也可能不是客观事实。我国封建诉讼中的“五听”，靠察颜观色辨是非，也是唯心主义的。在自由心证制度中，强调证据的真伪由法官根据良心、理性自由判断，而不强调证据本身必须是与案件事实存在客观联系的客观事实。

（二）必须查明案件的客观真实

我国证据制度的社会主义性质及其借以建立的理论基础，要求在诉讼中必须查明案件的客观真实，也即承认案件事实是客观存在的，司法人员对案件事实的认定，主观必须符合客观，经得起实践的检验。奴隶主既出于震慑被统治者的需要，也出于自身的愚昧，信奉神示的真实。欧洲封建专制君主为使法官成为自己的忠实工具，从先验的经验出发，用法律预先规定证据的证明力和判断证据的规则，要求达到法定的真实。资产阶级以不可知论的哲学思想为根据，要求法官办案应基于其良心、理性在内心所确信的真实，也即主观上的真实。诉讼中所寻求的案件的真实，其性质和程度的不同，是我国证据制度与一切剥削阶级国家证据制度的一个重大区别。

（三）司法机关必须客观、全面收集证据

《刑事诉讼法》明确规定，“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”对于自诉案件，则主要要求自诉人提供证据。刑事被告人的义务是对于司法人员的讯问“应当如实回答”。民事诉讼中，首先规定“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，也要求人民法院调查收集“审理案件需要的证据”。行政诉讼中，立法根据社会主义法制原则，从实际情况出发，强调被告人即作出具体行政行为的行政机关“应当提供作出该具体行政行为的证据”，即应负举证责任。人民法院为查明案件客观真实，则“有权要求当事人提供或补充证据”，“有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据”。可见，我国诉讼法正是根据不同诉讼所解决的案件实体问题的不同，不同诉讼的当事人诉讼地位的不同，合理地规定司法机关收集证据的责任和诉讼当事人的举证责任。与外国的证据制度相比，这是具有特点的。比如，在英美法系国家诉讼中，强调当事人提供证据的责任，法官往往仅充当“消极仲裁者”的角色。大陆法系的有些国家，在行政诉讼中仍奉行“谁主张谁证明”的一般原则，要求

"请求人必须就其请求事项负责证明"。尤其是资产阶级国家基于对"人性"的理解——不愿因自己的陈述证实自己有罪，一般均规定，刑事被告人有权拒绝陈述。我国刑事诉讼法的规定则截然不同。

（四）依靠群众，调查研究，重证据不轻信口供，严禁刑讯逼供

如前所述，深入群众，调查研究，是我国人民司法工作的优良传统，是我国证据制度与剥削阶级国家证据制度的又一重大区别。我国现行立法继承这一传统，除将其确立为诉讼的基本原则外，还使之在运用证据等各个环节上进一步具体化、制度化，以利其更好地贯彻。剥削阶级国家由其国家性质决定，诉讼中没有强调也不可能充分依靠群众。法定证据制度视被告人口供为"证据之王"，我国封建诉讼奉行"罪从供定"原则，刑讯逼供是它们的合法取证手段。资产阶级国家立法虽禁止刑讯，但在英美法系各国家的诉讼中，还残留有口供是"证据之王"的遗毒，因为只要被告人在法庭上作有罪答辩，法官即可不经法庭调查，径直作出有罪判决。

（五）忠实于事实真相

根据我国诉讼法的规定，司法机关无论办理刑事案件，还是办理民事或行政案件，都必须"以事实为根据，以法律为准绳"；侦查、检察、审判人员"必须忠实于事实真相"。律师参加诉讼活动，也必须根据事实和法律。如果有故意隐瞒事实真相、徇私舞弊的行为，将依法受到严肃追究。剥削阶级国家诉讼中所追求的本不是客观真实，因此也谈不上要求法官忠实于客观的事实真相。内心确信没有客观标准，经过资产阶级精心挑选的司法官吏，有可能忠实于维护统治秩序的需要，而不忠实于其内心形成的确信。当前美国刑事诉讼中盛行"诉辩交易"即是明证，起诉方为了换取被告人的有罪答辩，可以降低起诉标准，对被告人的某些罪行不予控诉，法官也欢迎这种交易的成功，以免去繁琐的法庭调查程序，较简捷地径直作有罪判决，以利于他们摆脱因犯罪率增高、案件堆积如山的困境。

以上五点，第一点是对证据的要求，第二点是对证明对象、证明任务的要求，第三点主要是收集和提供证据责任的负担，第四、五点是收集、审查判断证据的原则。它们正是从证据制度的基本构成要素方面，反映了我国证据制度的特点。

奴隶主的法律规定凭借所谓神的启示来判断诉讼的是非曲直，称为神示证据制度。封建专制国家提出了法定证据理论，建立了完整的法定证据制度。资产阶级取得政权后，废除了法定证据制度，建立了适应其需要的自由心证证据

制度。具有中国特色的社会主义证据制度将何以命名？纵观我国证据制度的建立、发展及其特点，可称之谓实事求是证据制度。这是因为，首先，“实事求是”能准确反映我国证据制度的主要内容。此词源出《汉书·河间献王传》，唐代训诂学家颜师古注释为：“务得事实，每求真是也。”此即根据实证，求索真相，务得正确结论之意。毛泽东同志在《改造我们的学习》一文中又作了新的解释：“‘实事’就是客观存在着的一切事物，‘是’就是客观事物的内部联系，即规律性，‘求’就是我们去研究。”按其原意，用之于证据制度，即要求从实际出发，根据确实的证据，准确查明案件事实。按其新解，用之于证据制度，“实事”即指证据必须查证属实，认定的案件事实必须是客观存在的事实，“是”即指可据以查明案件真实情况的证据与证据、证据与案件事实之间的联系，“求”即深入群众，调查研究。因此，无论其原意、其新解均能概括我国证据制度的主要特点，即：办理刑事、民事、行政案件，必须从实际出发，深入调查研究，根据确实、充分的证据，准确查明案件的真实情况。此中，既包括对证据的要求，也包括对运用证据即收集和审查判断证据的要求，还包括对证明任务的要求。其次，“实事求是”的提法有其历史延续性。抗日战争时期，不少革命根据地即已响亮地提出在诉讼中应贯彻执行实事求是的原则。解放战争中，特别是新中国建立后又进一步强调了这项原则在办案中的指导作用。其三，“实事求是”已深入人心。正是由于数十余年来立法与司法实践的不断强调，“实事求是”对广大司法干部来说，通俗易懂，铭记在心，有利于其贯彻执行。

有些同志认为，“实事求是”是我党的思想路线，证据制度以此为名，有一般化之嫌。他们提出的主张，可大致分为三类。一是同时强调证据、运用证据、证明任务等环节的，如“以实求是”、“以证求实”、“以证求是”等。二是着重强调证据或证明任务的，如“真凭实据”、“实据定案”、“实质真实”、“客观真相”等。三是强调“依法”与“事实”两个要素的，如“循法求实”、“以法求实”、“事实法定”、“依法调查，实据求是”、“依法真实”“法定确信”等。我们认为，查明案件事实如同认识其他事物一样，也必须遵循党的思想路线，以“实事求是”命名，能够准确地反映出我国证据制度的实质和特点。将辩证唯物主义的思想路线简明地称为“实事求是”，正说明“实事求是”已为千千万万干部和群众所掌握。而且，实事求是的证据制度，在法律上有一系列规定，包含着许多具体要求，怎能认为有一般化之弊？与第一种主张的各种提法相比较，“实事求是”在历史延续性和深入人心方面有其优势。与第二种主张的各种提法相比，后者着重强调某个方面，“实事求是”则概括了证据制度的

主要内容，显得更为全面而提纲挈领。对第三种主张中的各种提法，我们认为，历史上任何统治阶级均以法律规定其诉讼证据制度，并要求执法者和有关人员遵行，因此，“依法”也好，“法定”也好，并不能反映我国证据制度的实质和主要特点，不宜以此命名。

三、新中国证据制度的理论基础

伟大的无产阶级思想家马克思和恩格斯，总结了人类思想的积极成果，创立了辩证唯物主义理论，开创了人类思想史上的新纪元。辩证唯物主义认识论，揭示了人类认识自然、认识社会的最普遍的规律。它也当然地成为我国诉讼证据制度的理论基础。

证据制度所涉及的主要内容是司法人员通过收集和审查判断证据，认定案件事实。这里，有几个基本问题必须作出回答，即如何认识案件事实，如何认识证据以及如何认识司法人员对案件事实的认定。辩证唯物主义认识论认为，案件事实是客观存在的事实。刑事诉讼中被告人是否犯罪、罪重或罪轻，民事诉讼中当事人的民事权利、义务关系，行政诉讼中行政机关的具体行政行为是否合法，这些都是客观存在的事实，不以司法人员的意志为转移。由于这些事实都是在诉讼前发生的，承办案件的司法人员要认识它，只能依靠证据，通过证明活动来实现。证据也是客观存在的事实，是在案件事实发生之前、之中或之后产生的，并与案件事实存在某种联系。而且，证据与案件事实之间的联系也是客观存在的，不以司法人员的意志为转移。它或是案件事实作用于人的感官，或是案件事实发生时留下的物品、痕迹、文书或是与案件事实有关的周围环境，等等。司法人员正是借助于证据与案件事实之间这种固有的客观联系，才有可能认识案件事实。司法人员对案件事实的认定，是意识对存在的反映，属于主观范畴，是第二性的。按照辩证唯物主义认识论的观点，证据和案件事实同其他客观事物一样，是完全可以认识的。司法人员对案件事实的认定，主观如能符合客观，其认识即具有真理性。实践是检验真理的标准。司法人员的认识是否正确，不是依其主观上觉得如何而定，而是依客观上的实践检验的结果而定，也就是要依据客观存在的证据事实的检验。司法人员对案件事实的认识总是由浅入深的，经过由感性认识到理性认识的发展阶段。他们通过与一些人谈话，接触一些物品、痕迹、文书，勘验现场等，首先形成对案件的感性认识，并随着证据的不断收集，对这些证据加以“去粗取精，去伪存真，由此及彼，由表及里”的推理、判断、逐步达到理性认识，了解案件的事实真相。就认识全部案件事实来说，必须经历实践、认识、再实践、再认识不断深化的过

程。从以上基本观点出发，我国诉讼立法明确要求，证据必须查证属实才能作为定案的根据，必须查明案件的客观真实。

我国证据制度要解决的核心问题是如何保证司法人员能够正确认识案件事实，亦即如何保证其主观符合客观。要做到这一点，既需要不断总结实践经验，完善证据立法，也需要司法人员具有良好的主观条件，充分发挥主观能动性。这两者是相辅相成，互相作用的。证据制度的完善，有利于司法人员收集证据既能保证质量，又能保证数量，达到证据不但必须确实，还必须充分，足以证明案件事实真相的程度。这里所讲的司法人员的主观条件，是指其阶级立场、政治观点、道德品质、思想方法、法制观念、法律业务知识、实践经验、工作作风等诸因素的总和。鲜明的无产阶级立场，坚定的政治方向，良好的道德品质，科学的思想方法，强烈的法制观念，扎实的法律业务知识，丰富的办案经验与社会阅历，艰苦细致的工作作风，是司法人员能够收集到必要证据，科学地进行推理判断，正确认定案件事实的重要条件。现行诉讼立法为了保证达到查明案件的真实情况，既赋予了司法机关采用许多方法收集证据的权力，又根据不同诉讼的具体情况，规定了某些当事人必须提供证据的责任，即举证责任。同时，还要求司法人员必须客观、全面地收集证据，要重证据，重调查研究，不轻信被告人口供和当事人陈述，严禁刑讯逼供，必须忠实于事实真相。为了保证所收集的证据具有客观性和证明作用，立法还明确规定了收集和审查判断证据的程序。

诉讼中的证明过程与一般的证明过程相比，既有共同性，又有其特殊性。比如，案件事实在过去发生；诉讼双方往往各执一词；诉讼结果与当事人有直接利害关系，涉及到他们的名誉、财产、民主权利、人身自由甚至生命，某些人很可能极力掩盖事实真相。这些均增加了诉讼证明的复杂性和艰巨性。而且，刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼又各有不同的特点，诉讼立法据此分别规定它们不同的诉讼阶段以及司法机关之间的分工配合、互相制约程序，这可以使司法人员的认识不断深化，错误与偏差得到及时纠正，从而保证准确查明案件事实。

第三章　证明责任

第一节　证明责任的概念

证明责任是证据制度的重要组成部分。在证据制度的发展过程中，由于诉讼程序的性质、形式的不同，决定了证明责任的承担者有所不同，证明责任的概念也随之而有所变化，成为当今诉讼证据理论中的难题。

一、传统意义上的举证责任

诉讼史上最初提出的是举证责任，它是指当事人对有利于自己的主张，有向法院举出证据加以证明的责任；如果负举证责任的当事人不举证，其主张未被证明，必受不利于己的裁判。根据这一概念，举证责任的主体是当事人；当事人应向法院举证，法院仅就当事人所主张的事实及提出的证据进行审判，是消极仲裁者；当事人对有利于自己的主张有责任举证；有举证责任的当事人不举证，必然受到不利于自己的裁判。

在古代弹劾式诉讼中，诉讼由原告人提起，没有原告人就没有法官。举证责任主要由控诉人承担，但在某些情况下，被告人也负有举证责任。古巴比伦《汉谟拉比法典》第 9 条至第 11 条曾具体规定盗窃案中各当事人之间的举证责任：失主必须首先提供证据证明失物为他所有，否则即为诬告；被告若辩称该物系在市场购得，则须提供证据证明他确是能通过买卖获得该物，否则就是窃贼。在迷信、落后的神示证据制度中，如由原告人与被告人决斗，则应认为双方都负有举证责任；如果被告人接受水或火的考验，则实际上是被告人负有举证责任。罗马法明确地提出了举证责任的原则："谁主张，谁证明。"这一原则对后世各国的诉讼立法有很大影响。比如，1804 年公布、后经多次修正、现仍施行的《法国民法典》第 1315 条就体现了这一原则，规定："凡请求履行债

务者，应证明该债务的存在。凡主张债务已消灭者，应证明已清偿或使债务消灭的事实。”

在纠问式诉讼中，犯罪不必由被害人提起控诉，司法机关可以主动进行追究。在这种诉讼形式中，原告人有举证责任，被告人更负有举证责任；刑讯逼供是合法的取证手段，被告人供述被认为是“世界上最好的证据”。当时，对被告人普遍使用刑讯，被告人须用自己的肌肉和筋骨证明自己无罪，顶不住刑讯所作的供认，就是认定其有罪的足够根据。所以说，举证责任主要由被告人承担。神圣罗马帝国的《加洛林纳刑法典》即规定，证明无罪的责任由被告人承担。我国封建社会的情况也是如此。《唐律》一方面要求控诉人提出控告，必须“明注年月，指陈事实”，另一方面又规定可依法拷囚，以迫使被告人招供。被告人如果顶住了酷刑而未招供，就要“反拷告人”。

资产阶级国家关于举证责任的规定，英美法系和大陆法系不完全相同。在英美法系国家的刑事诉讼中，举证责任主要由控诉人承担，但也有一些例外。以英国为例，其法律规定，下列情况由被告人负举证责任：(1) 被告人精神不正常的事实。(2) 成文法明确规定由被告人负责证明的事实。比如，被告人在公共场合携带进攻性武器，他必须证明行为有合法授权，或有正当理由。(3) 被告人拟引用成文法所规定的例外、豁免、但书为自己辩护，他应当证明这些事实。比如，被告人被控拥有受控制的药物，他辩护自己是医生，则需提供他有医生的开业执照来证明。(4) 被告人拟推翻成文法所推定的事实。比如，一个男人与一个妓女共同生活，或将她置于自己的控制之下，法律推定该男人以妓女卖淫所得为生。被告人要推翻此推定，必须进行证明。在民事诉讼中，当事人负有举证责任，法院则消极地依据当事人的举证和听取他们的辩论后进行裁判。大陆法系国家的刑事诉讼奉行职权原则，刑事案件多由检察机关代表国家起诉。检察官应当证明自己的控诉，但也必须顾及被告人无罪或罪轻的情况。法院应当根据取证权积极主动地收集、调查证据，不受检察官或被告人举证的限制。被告人不负任何举证责任。在民事诉讼中，当事人应负举证责任。法院认为证据不足时，可要求当事人补充证据，并可向当事人、证人、鉴定人发问。由此可以看出，大陆法系国家的举证责任，与传统的举证责任的概念和内容已不尽相同。所以，一些学者认为，在大陆法系国家刑事诉讼中，检察官既要支持公诉，又要顾及被告人无罪的情况；在刑事诉讼、民事诉讼中，法院都不是消极仲裁者，而要依照职权主动地收集、调查证据，因此，传统意义上的举证责任的主体、内容、后果等方面均有所变化，实际上它已不复存在。有的学者提出的举证责任的概念，则将司法机关收集证据进行证明的责任也包括

在内。

近现代一些资产阶级国家建立的行政诉讼中，对举证责任的规定有较大不同，有的国家立法则未作明确规定。比如，在法国，当事人必须就其所主张的事实举证。如果原告对其主张所作之论证足以导致怀疑行政决定时，法官可将举证责任转移于被告，行政机关必须就其行为的事实和法律依据负举证责任。与刑事诉讼、民事诉讼相比较，法院更为主动地收集、调查证据。在英国，《王国政府诉讼法》规定：在针对政府的诉讼中，法院可以下令政府公布文件或回答调查。在日本，对于当事人举证责任的分配，立法没有特别规定，诉讼学者的看法则很不一致。有的主张，提起撤销行政行为诉讼的原告，应该证明该行政行为违法。有的主张，撤销行政行为诉讼中的被告应证明其处分的合法性。有的主张应根据诉讼请求的不同内容，决定举证责任的分配等。《日本行政案件诉讼法》规定，在当事人主张的事实证据不充分，"法院认为必要时，得以依职权进行证据调查。但是关于该证据调查的结果，必须听取当事人意见。"

《苏联和各加盟共和国刑事诉讼纲要》第 14 条规定，法院、检察长、侦查员和调查人员必须采取一切法定措施查明案情，"不得把证明义务转加到被告人身上"。《苏联和各加盟共和国民事诉讼纲要》第 18 条规定："每一方当事人都应当证明他用作自己的请求和答辩的根据的情节。证据由当事人和其他的案件参加人提供。如果提供的证据不充分，法院应当要求当事人和其他的案件参加人提供补充证据，或者法院主动收集补充证据。"

关于举证责任的概念问题，苏联法学界有不同意见。有的学者认为，举证责任是双方当事人对于自己所提出的各种主张有诉讼形式上的证明义务，而在不履行这种义务时，则有遭受法院不利裁判的危险。这一意义上的举证责任在苏维埃刑事诉讼中是不存在的。有的学者则认为刑事诉讼中被告人不负任何举证责任。在民事诉讼中，有的学者认为，不仅是当事人——原告人、被告人，参加本案的检察长或被邀请参加诉讼的所谓第三人，都负有义务向法院提出证明他的请求的证据，而且法院本身在一定的场合也负有这种义务。有的学者则提出证明责任的概念，认为法院是证明活动的主体。有的学者则认为法院是审判机关，而不是证明活动的主体。

现代诉讼理论中，还有将举证责任区分为举证负担和说明负担（有称证明负担）的。前者是指当事人为避免不利于己的裁判，必须负担为证明某项事实而提供证据的责任。后者是指当事人必须以证据说服裁判者确信其主张的责任，否则，应负担不利于己的裁判。有的学者认为，举证责任兼指两者，或指

两者之一，有时究竟指何意则甚难区别。有的学者认为，“举证责任，乃当事人要求依其主张为裁判，须就其主张之特定、重要、有关联之事实，并得为证据标的者，举证证明之责任。如不能举证证明其主张则负担不能依其主张为裁判之危险。”“所谓举证证明，兼指举证责任中之举证负担及证明负担（说明之负担）而言。”有的学者又将举证责任区分为形式的举证责任与实质的举证责任。形式的举证责任又称诉讼上举证责任，即当事人提供证据的责任。实质的举证责任又称实体上举证责任，“指依当事人所提出或法院依职权所调查之证据，未能使裁判者获得确信心，该当事人仍应负担其不利之裁判”。两者之中，后者为举证责任之本义。也有的学者，将前者称为主观的举证责任，后者称为客观的举证责任，认为后者是基本的，等等。

举证责任问题在不同的诉讼制度中有所变化，国外诉讼理论亦众说纷纭。我国诉讼中的证明责任，从概念到不同诉讼中证明责任的承担，法学界也有各种不同的看法。我们认为，在这个问题上，不应该也不可能沿袭历史上或外国的某个概念或某种理论，而必须根据我国的具体情况，提出自己的概念与理论。

二、证明责任的概念

根据我国诉讼法的有关规定和司法实践经验，我国诉讼中的证明责任，可界定为司法机关或某些当事人应当收集或提供证据证明应予认定的案件事实或有利于自己的主张的责任；否则，将承担其认定、主张不能成立的危险。其中，当事人提供证据证明有利于自己的主张的责任，又称举证责任。

在诉讼证据制度中，之所以要提出证明责任问题，是由于：(1) 完成诉讼证明的需要。诉讼证明中，除必须解决什么能作诉讼证据、证明对象、证明任务，收集、审查判断证据的原则和程序外，还必须解决在诉讼中，谁负有责任提供证据或收集证据以证明案件的真实情况，亦即证明责任究竟由谁承担的问题。明确证明责任，要求依法承担举证责任的当事人主动、积极提供证据，证明其主张的事实；要求依法承担证明责任的司法机关客观、全面地收集证据，证明其应予认定的案件事实，有利于准确、及时地查明案件事实，惩罚真正的犯罪分子，正确解决民事纠纷和行政争讼，完成刑事诉讼、民事诉讼与行政诉讼的任务。(2) 确定诉讼后果的需要。在当事人提供的证据与司法机关收集到的证据不能作出以确实、充分的证据为依据的结论时，其诉讼后果如何？明确证明责任，依法承担证明责任的司法机关没有收集确实、充分的证据，就不能认定案件事实或其认定不能成立；依法承担举证责任的当事人没有提供足够证

据，司法机关也没有收集到必要证据，该当事人的主张即不能成立。从上述两点可见，明确证明责任的意义，贯穿于诉讼的全过程。对此，应有全面认识。如果认为证明责任的意义只是在于要求有关人员依法提供、收集证据，或者只是在于解决事实真伪不明时确定诉讼后果的问题，则都是片面的。

诉讼史上传统意义的举证责任，其主体所以只是当事人，一是当时实行的是控告式诉讼，证据完全由当事人提供，法院不主动收集、调查证据；二是那时的诉讼专指审判，不同于现代诉讼的概念。现代诉讼的范围已有所扩展，侦查、起诉已是刑事诉讼不可分割的部分。据上所述，我国诉讼中证明责任的主体不仅有某些当事人，在刑事诉讼中，尚有法院、检察机关和公安机关，在民事诉讼与行政诉讼中还有法院。

我国诉讼中，某些当事人是证明责任的主体，也可称为举证责任的主体，这表现在：（1）某些当事人对有利于自己的主张，必须提供证据进行证明。（2）提不出足够证据，司法机关又没有收集到必要证据，其主张即不能成立。按传统意义的举证责任，有举证责任的当事人若不举证，必受不利于己的裁判。在这一点上，我国的情况已与之不完全相同。

我国诉讼中，法院是证明责任的主体，这表现在：（1）尽管在不同诉讼中，检察机关或某些当事人依法承担证明责任，但法院为查明案件的客观真实，在必要时仍应收集证据。（2）法庭审理中，法院居于主导地位，负责对全部证据进行调查以查明案情。（3）裁判中所认定的案件事实必须有确实、充分的证据，否则其认定不能成立。

我国诉讼中，检察机关是证明责任的主体，这表现在：（1）检察机关对自行侦查的案件必须全面收集证据。（2）对自行侦查终结的案件和公安机关移送起诉或不起诉的案件，在决定不起诉或移送起诉时，认定的案件事实必须有确实、充分的证据作根据；否则，将承担其认定不能成立的风险。有的同志认为，检察机关控告被告人有罪，负有证明责任，但不必将其单独列为证明责任的主体，因为在刑事公诉案件中，它就是当事人中的控诉方。我们认为，这种看法是不正确的。我国立法不同于很多国家的立法把检察机关作为当事人，《刑事诉讼法》明确划定了当事人的范围，其中并不包括国家公诉人。

在刑事诉讼中，公安机关也是证明责任的主体，这表现在：（1）公安机关对其负责侦查的案件必须全面收集证据，如果获取的证据不足以证明犯罪事实，就不能作出认定。（2）侦查终结的案件移送检察机关起诉或不起诉的，必须就所认定的犯罪事实，提出确实、充分的证据，否则，将承担其认定不能成立的风险。

诉讼就其本质来说属于国家活动，我国司法机关在诉讼证明活动中起着主导作用，承担着重要责任。有的同志认为，司法机关所进行的证明活动，是它们的职权，而非证明责任。我们认为，不能把它们的职权与证明责任割裂开来，因为：其一，司法机关的证明责任是其行使职权的必然要求。在刑事诉讼中，正因为人民法院、人民检察院、公安机关代表国家行使审判权、检察权、侦查权，所以，它们必须收集证据，揭露犯罪，以确实、充分的证据证实犯罪，这既是它们的权限，也是它们应尽的责任。尤其是“认定犯罪必须有确实、充分的证据”更应从应尽的“责任”的角度去认识。在民事诉讼和行政诉讼中，人民法院也应依职权收集、调查证据，民事裁判认定某一诉讼主张成立，行政诉讼裁判认定行政机关的具体行政行为合法，均须有确实、充分的证据，也应该认为这既是人民法院的权限，也是它的责任。证据不足就不能轻率认定，否则，其裁判将被依法撤销。其二，司法机关的证明责任又由其相应的职权所保障。国家赋予了司法机关以相应的职权，比如，它们有权向有关单位和个人调取证据，有权进行勘验等，这就使其在诉讼中依法承担的证明责任有了可靠的保障。总之，司法机关的证明责任与其职权虽密切相关，但不能因此而否定其证明责任。

根据上述可见，我国诉讼中的证明责任与当事人有利于自己的主张和司法机关对案件事实的认定相联系。当事人必须就有利于自己的主张进行证明，司法机关必须就其认定进行证明；否则，将承担其主张或认定不能成立的风险。在诉讼理论中，还有将证人列为证明责任的主体的。这是不正确的。因为，在诉讼中证人虽有作证的义务，但他既与案件无直接利害关系，没有提出诉讼主张，也不是案件的承办者，不对案件事实进行认定，因此也就谈不上负证明责任的问题。

根据上述概念，我国诉讼中的证明责任，既包括提供证据以证明其主张或收集证据以证明其认定的责任，也包括在不能证明时当事人承担其主张不能成立和司法机关承担其认定不能成立的风险的责任。两者是行为与后果的关系，不能分割，不能认为证明责任仅指前者或仅指后者，而应作统一理解。还应该指出，这里的后果之所以说是将“承担其主张或认定不能成立的风险”，而不是“其主张或认定不能成立”，这是因为，在民事诉讼、行政诉讼和刑事自诉案件中，当事人如果不能提供足够证据，其主张可能因法院依职权收集、调查证据而得以成立。在刑事公诉案件中，公安机关认定被告人有罪，将案件移送检察机关起诉或不起诉，检察机关审查起诉时，如认为证据不足，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查，因此，公安机关的认定可能因检察机关的

补充侦查而得以成立。同样，检察机关移送法院起诉的案件，法院认为证据不足，可以退回检察机关补充侦查，也可以自行调查，检察机关起诉时的认定可能因法院的调查而得以成立。

三、证明责任的性质

关于传统意义的举证责任的性质，诉讼学者间有不同见解。其主要的，一为权利说，认为这是举证责任承担者的权利；一为义务说，认为这是举证责任承担者的义务；三为权利义务说，认为这对于举证责任承担者既是权利，也是义务；四为后果说，又称效果说，认为有举证责任的当事人不举证，必然承担不利于己的后果。应该如何认识我国诉讼中证明责任的法律性质，我们认为，它属于证明主体的法律责任。“责任”的内容如前所述，既包括当事人提供证据证明其主张、司法机关收集证据以便据以认定案件事实的责任，也包括在不能证明时，承担其主张或认定不能成立的风险和责任。这既非他们的权利，也非他们的义务。所以说不是权利，一是根据法律规定，有的事实当事人或司法机关无需以证据证明，这是证明责任的免除，而不能认为是权利的剥夺。二是证明责任的承担者未能证明，将承担其主张或认定不能成立的风险，不同于权利可以放弃。所以说不是义务，对于负证明责任的当事人来说，他应就自己的主张提供证据进行证明，如果未能证明，只对自己不利，而非对他人不履行义务。对司法机关来说，刑事诉讼中要认定被告人有罪，民事诉讼中要认定某一诉讼主张成立，行政诉讼中要认定行政机关的具体行政行为合法，均须有确实、充分的证据；否则，即不能认定。这只是司法机关在诉讼证明中的责任，而非对国家或任何人不履行义务。后果说、效果说则不够全面、确切，一是证明责任首先要求责任承担者提供、收集证据，以便使其主张得到证明或据以对案件事实作出认定，只有在不能证明时，才发生后果问题，因此，不能将证明责任的意义仅限于确定诉讼后果；二是鉴于司法机关均应依职权收集、调查证据，证明责任的承担者未能证明其主张或认定并非必然不能成立。

四、证明责任的意义

（一）明确证明责任是诉讼证明的需要

诉讼证明是依赖于诉讼证据进行的，而诉讼证据的收集、审查判断及运用的责任应由谁承担则是首要解决的问题，若无人提出证据又如何去证明案件的未知事实以最终达到对案件真相的认识呢？明确证明责任，要求依法承担举证责任的当事人主动、积极地提供证据，证明其主张的事实；要求依法承担证明责任的司法机关客观、全面地收集证据，证明其应予认定的案件事实，有利于

准确、及时地查明案件真相，正确地解决当事人的法律责任，完成诉讼的任务。

（二）确定承担诉讼后果

在诉讼实践中，往往会出现这样的情况：当事人提供的证据与司法机关收集的证据不能作出以确实、充分的证据为依据的结论时，其诉讼后果如何承担？对此，也只有明确证明责任后才能解决。若依法承担证明责任的司法机关没有收集到确实、充分的证据，则不能定案或其认定不成立；同样，若承担举证责任的当事人没有提供足够证据，司法机关也没有收集到必要证据，该当事人的主张即不能成立，司法机关对其主张不应支持。由此可见，证明责任在诉讼中始终影响着司法机关的定案标准和当事人胜诉与败诉的后果承担问题。

第二节　证明责任的主体

我国诉讼制度既不采取当事人主义，也不采取职权主义，而采取一种新的诉讼形式，即司法机关与当事人相结合的一种诉讼制度。因此，我国的诉讼证明责任的主体可界定为：由司法机关或某些当事人承担，他们必须提供证据证明案件事实或有利于自己的主张。否则，他们将承担其控告、认定或主张不能成立的风险的责任。

一、司法机关

（一）人民法院是证明责任的主体

这是因为：(1) 尽管在不同的诉讼中，人民检察院或某些当事人依法承担证明责任，但法院为查明案件的客观真实，在必要时仍应收集证据；(2) 法庭审理中，法院居于主导地位，负责对全部证据进行调查以查明案情；(3) 法院对案件的裁判，必须是建立在证据确实、充分的基础之上。否则，法院裁判的主张就不能成立，应负其认定不能成立之风险。

（二）人民检察院是证明责任的主体

这是因为：(1) 检察院具有对案件的侦查权，它对自行侦查的案件必须全面收集证据作出证明；(2) 对自行侦查终结的案件和公安机关移送起诉或不起诉的案件，在决定不起诉或移送起诉时，必须就所认定的案件事实提出确实、充分的证据；否则，将承担其认定不能成立的风险；(3) 检察院在派员出庭支

持公诉，在控诉被告人罪行、要求法院追究其刑事责任时，必须列举出确实充分的证据，以证明自己主张的正确性，否则，将承担其指控不能成立的风险。人民法院有权对主要事实不清、证据不足的起诉案件，退回检察院补充侦查而不开庭审理。

（三）公安机关、安全机关是证明责任的主体

这是因为：(1) 公安机关在刑事诉讼中享有侦查权，对案犯采取各种强制措施的侦查手段，必须要作出证明，列举证据以说明自己立案侦查的正确性；(2) 对其负担侦查的案件必须全面收集证据；(3) 对侦查终结的案件作出移送检察院起诉或不起诉决定，必须收集确实充分的证据证明其所作决定的正确性。否则，将承担其认定不能成立的危险。检察院有权对主要事实不清，证据不足的请求起诉的案件，退回公安机关补充侦查而不予批准起诉或不起诉。

二、部分当事人

当事人之所以是证明责任的主体，也可称为举证责任的主体，是因为：(1) 部分当事人对有利于自己的主张，必须提供证据进行证明，即就是所谓"凭什么这样讲、或那样讲"，"究竟是怎么回事"，要进行说明论证；(2) 提不出足够证据，司法机关又没有收集到必要证据，其主张即不能成立，将承担败诉的后果。这一点对反诉人来说最为突出。反诉人也就是本诉中的被告人，他若想抗衡原告所主张的事实而提出自己的新事实（相反主张）的成立，则他必须为证明自己主张事实存在而提出证据证明之，否则法院将不支持其诉讼主张。从我国的诉讼实践讲，对当事人的证明责任，我们一般掌握三句话，即①当事人有条件的，必须举证证明；②当事人无条件的，可以向司法机关提出申请，由司法机关取证、证明；③当事人应实事求是地对待证明责任。

第三节　证明责任的承担

我国诉讼中的证明责任，由诉讼法作出一般规定，实体法中则有关于举证责任特殊情况的具体规定。这些规定充分体现了社会主义法制原则与民主精神，其根本出发点是有利于准确、及时查明案件的真实情况。鉴于刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼各自所解决的实体问题不同，证明责任的承担情况也有所不同；在刑事诉讼中，公诉案件与自诉案件也不尽相同。

一、刑事诉讼中证明责任的承担

在刑事诉讼中，要解决的实体问题是被告人的刑事责任。公诉案件的证明责任由司法机关承担。《刑事诉讼法》第43条明确规定："审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。"我国宪法和有关法律规定了公民的人身权利、民主权利和其他权利不受非法侵犯。人民法院、人民检察院和公安机关是人民民主专政机关，在刑事诉讼中代表国家追究犯罪。为了准确地惩罚犯罪，保护无辜，立法首先要求它们必须依法全面收集证据。尽管在公诉案件中，收集证据的责任主要由公安机关和检察机关承担，人民法院以审查检察机关移送的证据为主，但在必要时，人民法院也可以进行勘验、检查、搜查、扣押和鉴定等活动以收集、审查证据。

公安机关、检察机关对各自所管辖的案件侦查终结后，认为应当起诉或者免予起诉，均必须做到案件事实清楚，证据确实、充分。否则，检察机关对公安机关移送审查起诉或者免予起诉的案件，可以退回公安机关补充侦查；人民法院对检察机关提起公诉的案件，可以退回检察机关补充侦查。人民法院对被告人定罪判刑，也必须以确实、充分的证据作为认定案件事实的根据。第一审人民法院的未生效判决如果证据不足，将由第二审人民法院改判或者撤销原判，发回原审法院重新审判。死刑复核案件如果证据不足，将由最高人民法院或者被授权的高级人民法院撤销原判，发回原审人民法院重新审判。生效判决如果证据不足，也将由法定的机关依法提起审判监督程序，对案件进行再审。

在我国刑事诉讼中，被告人在一般情况下不负证明责任，亦即被告人不承担提供证据证明自己无罪的责任。根据社会主义法制与社会主义民主原则的要求，我国法律明确规定，司法机关只有取得足以证明被告人有罪的证据，才能对被告人逮捕、起诉、定罪判刑；不能证明被告人有罪，就不能对被告人逮捕、起诉、定罪判刑。被告人之所以不负证明责任，还由于被告人在诉讼中处于特殊地位。被告人是被追诉的对象，对他可能采取强制措施以限制其人身自由，因而他既没有收集证据的权力，也没有收集证据的条件。为了保证查明案件的真实情况，保障被告人的合法权益，被告人可以提出证明自己无罪或罪轻的证据，但这是法律赋予被告人的辩护权，而不是举证责任。他即使没有提供证据证明自己无罪或罪轻，也不能导致判他有罪或罪重的法律后果。对被告人提出的辩解材料必须查对核实，这责任也应由司法机关承担。被告人所提供的事实和原先收集的证据之间存在矛盾时，司法机关必须予以解决，否则，就

不能对案件事实作出结论。比如，对被告人的住处依法搜查，发现了赃物，被告人说这不是他偷的，但又不能提出证据证明赃物的来源，司法机关不应轻信他的辩解，也不能据此认定是他偷来的，而仍然必须收集其他证据。只有收集到确实、充分的证据，证明该物确系被告人所偷，才能认定他有罪。

这里应该提到的是，有一种观点认为，被告人的辩护人也是举证责任的主体，其法律根据是《刑事诉讼法》第35条："辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护被告人的合法权益"。我们认为，这种观点值得商榷。这是因为：(1) 辩护人的责任是从维护被告人的合法权益出发，帮助被告人行使辩护权。如前所述，辩护权对于被告人来说，是权利而非举证责任，因此，对于辩护人更谈不上是举证责任。(2) 辩护人认为被告人无罪或罪轻，或应减轻、免除其刑事责任，既可以通过提供证据进行辩护，也可以不提供证据，而通过说明控诉方的证据不够确实、充分进行辩护。也就是说，辩护人并非必须提供证据。

在我国刑事诉讼中，被告人在一般情况下虽不负证明责任，但根据法律的明确规定，对司法人员的讯问必须如实回答。如实回答的具体含义是：有罪的被告人应如实供认罪行，提供自己能提供的证据；无罪的被告人则应如实陈述无罪事实，提供自己能提供的证据或证据线索。对有罪者，责令他如实交待罪行，有利于司法机关及时、准确地查明案情，也有助于判明其认罪态度以供量刑时参考。对无辜者，要求他积极与司法机关配合，有利于迅速查明事实真相，使其尽早解脱，并有利于查获真正的犯罪分子。这一规定，既有利于与犯罪作斗争，又有利于保护被告人（无论他有罪或无罪）的合法权益。被告人必须如实陈述，不等于被告人负有证明责任。除特定情况外，我国立法只要求被告人如实回答司法人员的讯问，而没有规定被告人必须提供证据证明自己无罪。被告人不能证明自己无罪，并不能据此得出他有罪的结论。在司法实践中，大多数有罪的被告人在供认罪行的同时有可能提供相应的的证据，但某些有罪的被告人虽愿如实供认，也不一定能提供足够证据证明自己有罪，更何况是无罪的被告人，他们不测风云临头，在有的情况下，即使穷思极虑也不能证明自己无罪。比如，有的被栽赃的被告人就不一定能提供足够证据证明该赃物非自己所偷。这种实际情况，也正是立法没有规定被告人负证明责任的根据之一。

二、民事诉讼中证明责任的承担

在我国民事诉讼中，需要解决的实体问题是民事纠纷。当事人和人民法院

均负有证明责任。《民事诉讼法》第64条规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。"

原告人在起诉状中对自己的诉讼请求所根据的事实，有责任提供证据。被告人在答辩状中对答辩所引用的事实，也有责任提供证据。第三人对当事人争议的诉讼标的有独立请求权的，如果提起诉讼，实际上就成为诉讼当事人，他对自己的诉讼请求，也应提出证据。没有独立请求权的第三人参加诉讼，对案件处理结果与自己有法律上的利害关系的事实，也应提出证据。对当事人提供证据的责任，必须充分重视，要求他们切实履行自己的责任。

当事人提出有利于自己的主张，即应对其主张所依据的事实提供证据，并承担该事实不能证明时可能产生的不利诉讼后果。具体地说，主张某种法律关系产生、变更或消灭的当事人，就应对引起该法律关系产生、变更或消灭的事实负举证责任；主张存在妨碍法律关系产生的事实的当事人，应对该妨碍事实负举证责任。比如，在离婚诉讼中，原告人必须提供证据证明夫妻感情确已破裂；被告人不同意离婚，则应提供证据证明夫妻感情没有完全破裂。又如，在房产纠纷诉讼中，主张产权的当事人，应提供证据证明其有产权。实体法中对某些侵权案件的规定，包含着举证责任的承担。比如，我国《民法通则》第123条规定："从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，应当承担民事责任；如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。"亦即原告人应证明被告人从事对周围环境有高度危险的作业对他造成损害的事实；被告人如提出免责主张，则应证明损害是由被害人故意造成的。又如，我国《专利法》第60条第2款规定："在发生侵权纠纷的时候，如果发明专利是一项产品的制造方法，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法的证明。"亦即被告人如果主张其制造方法没有侵犯原告人的专利权，则应提供证据证明。

人民法院受理民事案件后，有权在当事人所提证据不够充分时要求当事人补充证据，并应根据职权主动地收集证据，调查研究。法院的调查不受当事人所提事实和证据的限制，而以查明案件的客观事实为目的。人民法院在民事判决中所确认的事实必须有确实、充分的证据作根据。否则，其判决将被依法撤销或改判。

三、行政诉讼中证明责任的承担

我国行政诉讼中，证明责任的承担与民事诉讼尤其是刑事诉讼大不相同。

在这种诉讼中，被告是证明责任的主要承担者。1990 年 10 月 1 日正式实施的《行政诉讼法》第 32 条规定："被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。"第 33 条规定："在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。"可见，被告在诉讼中不仅对作出该具体行政行为所依据事实，应提供足以证明的证据，还应提供所依据的规范性文件；而且所提拱的证据，还应当是作出该具体行政行为当时所收集的证据，而非在行政诉讼过程中再由被告收集的证据。

立法之所以如此规定，首先，是基于行政诉讼的特殊性。行政法律关系反映的是一种纵向的管理与被管理的关系。行政机关与作为相对人的公民、法人和其他组织之间，在实体法上处于不平等的地位。行政机关依据国家赋予的行政管理权，可以单方面地对相对人作出具体行政行为，无需征得对方同意。从法制原则出发，行政机关的具体行政行为不论是作为或不作为，必须有事实根据和法律依据，认定事实必须有足够的确凿证据。行政诉讼要解决的实体问题，是审查具体行政行为是否合法，作出该具体行政行为的行政机关理所当然地有责任提供证据，证明其行为的合法性。其次，行政机关有能力举证。行政机关行使行政管理权，它掌握必要的技术手段和工具，了解自己职权范围内的有关规范性文件，并享有一定的自由裁量权，可以为自己的具体行政行为收集到必要证据，对自己行为的事实和法律根据最清楚，所以，它有能力举证。而作为相对人的公民、法人和其他组织处于被动地位，要他们举出证据证明行政机关的具体行政行为违法，是强人所难。再次，有助于保护受害者的合法权益。在行政诉讼中，原告人的知识范围与实际能力很难承担对自己所提主张的举证责任，如果按照证明责任承担的一般分配原则由原告方举证，势必会挫伤他们起诉的积极性，而导致其正当权益得不到法律保护。确立由被告方举证的原则，行政机关为避免不利于己的诉讼后果，必然会主动、积极地举证。这就有助于人民法院查清案情，依法保护原告人的合法权益。最后，有利于监督行政机关的工作。行政诉讼中主要由被告方举证，将敦促行政机关在作出具体行政行为时，必须以事实为根据，以法律为准绳，正确行使行政管理职权。根据《行政诉讼法》第 54 条规定，具体行政行为违法，人民法院可判决将其撤销或部分撤销，并可判决被告重新作出具体行政行为。被告不履行或拖延履行法定职责的，可判决其在一定期限内履行。行政处罚显失公正的，可以判决变更。

尽管行政诉讼中的证明责任主要由被告承担，但人民法院认为必要时，也可以要求原告对其诉讼请求所根据的事实提供证据。《行政诉讼法》第 34 条规定："人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。"这里规定的是"当事人"，

就不仅指被告，也包括原告。

人民法院在行政诉讼中，也应依职权收集、调查证据。人民法院在行政案件判决中所确认的事实，必须有确实、充分的证据证明；否则，其判决也将在第二审程序或者审判监督程序中被撤销或改判。

第四节　国外和台湾地区关于证明责任的立法与理论

一、英美法系关于证明责任的立法与理论

英美法系实行当事人主义的诉讼原则。控诉人由警察、检察官和公民担任，原则上由控诉方负证明责任，但在一定条件下也可以转移到被告人身上。这种条件是：(1) 被告方的主张与有关法律推定发生冲突时；(2) 法律规定须由被告人特定抗辩的情况，如被告方主张自己不适于受审，或主张其行为最合法的职权行为，或是意外事故、正当防卫以及引用法律条文中的但书、例外或豁免进行抗辩时，就要负证明责任。如果被告方不能尽到证明责任，就要承受与己不利的法律后果。控诉方必须提出证明被告人有罪的一切证据，使法官和陪审团对被告人有罪的认定超过合理怀疑，才能解除控诉方的责任。如果陪审团对被告人有罪仍存有合理怀疑，控诉方又提不出新的证据，被告人则被宣告无罪。

英国 1985 年 5 月会议通过的《犯罪起诉法》中明确规定，警察在侦查终结后，认为证据充分，应该起诉的案件，才向刑事检察机关移送。检察机关在接到警察机关移送的案件后要进行审查，如果认为证明案件事实的证据不充分，检察机关可要警察补充侦查。皇家刑事司法委员会在其 1993 年的报告中提出的建议之一是：检察机关在侦查阶段要给予警察必要的司法建议，指导警察收集或发现充分的、能证明案件事实的证据，但不是指挥或代替警察进行侦查。很明显的是，英国的举证责任在于警察和检察官。法官在法庭辩论后向陪审团作总结提示时必须提出：(1) 各种争议问题的举证责任在哪一方；(2) 不同证据所要求的证据的可靠程度；(3) 哪些证据不可采；(4) 适用于所控之罪的法律。法官本身不负任何举证责任。英国《1976 年刑事审判法》第 1 条中规定，被告人若提出不在犯罪现场的证据，则必须在预审结束后一周内提供其细节（证据材料）。在美国《联邦刑事诉讼规则》中规定，在刑事案件中，对被

告人不得被迫自证其罪，也不要求被告人证明本身无罪，因此，除非被告人希望这么做，不需要被告人作为证人，在法庭上提供证据。同时，被告人的律师可以决定不提供任何证据，也可以提供某种证据。

英美法系中被告方的责任与起诉方的证明责任比较，有两个显著特征：(1) 在被告方负有提出证据证明有关事项的责任的情况下，他所要做的只是在盖然性占优势的基础上，证明其主张，而起诉方的证明责任则自始至终要达到排除合理怀疑的程度；(2) 起诉方既然提出指控，就必须对诉讼中的每一个问题加以证明，以说服陪审团作出有罪裁决，从这个意义上讲，起诉方的责任是“法定的”或“最终的”，而被告方所承担的责任是“暂时的”或“提证的”责任。

二、大陆法系关于证明责任的立法与理论

大陆法系国家的案件，大都实行国家起诉垄断主义，即由检察机关代表国家公诉。检察官应当在法庭上证明自己的指控，但也必须顾及被告人无罪或罪轻的情况。同时法官可依据职权积极主动收集调查证据，不受检察官或被告人双方的约束和限制。被告人不负任何证明责任。但是被告人有举证、反驳控诉、证明自己无罪或罪轻的权利，这仅是辩护权的反映，决非是义务。所以有学者说：大陆法系国家的证明责任与通常所讲的证明责任的概念和内容已不尽相同。因为，检察官既要支持公诉，又要顾及被告人无罪的情况，法官也要依照职权主动收集证据。法国《刑事诉讼法》中规定，法庭庭长享有自由决定的权力，可以“本着荣誉和良心”，采取自己认为有利于查明事实真相的一切措施。必要时用拘票拘传任何证人到案，或者根据庭审情况使之提交自己认为有利于查明事实真相的一切新证据。德国《刑事诉讼法》第160条第2款，第163条第1款规定的客观性原则，即检察院、警察负有义务，应当不偏袒、公正地采取行动，特别是要全面地侦查事实真相。检察院、警察不得单方面地谋求证明被告人有罪。同时，第155条第2款，第244条第2款又规定，法官的启蒙义务，调查原则：即法官应当自主地，也就是独立于诉讼参加人所声明、所作证据申请而全面查清事实真相。法官不受被告人供认之约束，而是必须致力于调查实体法事实真相。德国的刑事诉讼法典同时也确立了被告人不负举证责任的原则，任何人不必自我归罪，被告人享有沉默权即是这个原则的具体化。意大利《刑事诉讼法》第64条规定，对被告人不得使用足以影响被讯问者自主回答能力或者改变其记忆和评价事实的能力的方法或技术进行讯问，并应告知他有权不回答提问，但这不影响诉讼的继续进行。

三、台湾地区关于证明责任的立法与理论

在台湾不提“证明责任”一词，立证责任，因其立证效果之不同，分为举证责任（Burden of Proof）及提出证据责任（Burden of introducing evidencd）二种。依据台湾证据法的规定，检察官就被告犯罪事实即基本事实，有举证责任。对于关连事实，当事人则负提出证据责任。反对关连事实，亦称抗辩事实，即否定基本事实存在之事实，应由被告负责提出证据。如被告人就否认犯罪事实存在之反对关连事实，提出相当之证据，检察官应再就否认反对关连事实之存在，负提出证据责任。案件已经检察官起诉，对于如何收集证据，则由法院负责。

举证责任，在台湾被分为二种不同性质的举证责任：（1）形式的举证责任，或称之为诉讼上的举证责任，即指当事人为避免因不能证明某事实之存在，致受不利裁判之危险，而负担证明此项事实而提出证据的责任。(2) 实质的举证责任，或称之为实体上的举证责任，指依当事人所提出或法院依职权所调查之证据，未能使裁判者获得确信，该当事人仍应负担其不利之裁判。举证责任，重在实质的举证责任。台湾有学者认为，刑事诉讼同民事诉讼，诉讼当事人对于特定事实，应负主张及举证责任，且肯定其立证较否定者为易，并基于无罪推定之理论，举证责任始终应由主张其事实存在之诉讼当事人负之。在台湾诉讼当事人既指警察、检察官，也指法官和被告人。但被告人只负提出证据之责任，不能要求被告人本身证明自己有罪。

台湾民事诉讼法仅于第 277 条作了扼要的规定，即“当事人主张有利于己之事实者，就其事实有举证之责任。”至于举证责任如何分配，也未有更详尽的规定。可见，当事人仅为其主张有利于已的事实部分负举证责任，不利于已的事实则不负举证责任。

但是，根据台湾民事诉讼法的规定，当事人在下列情形下，可以免除举证责任。这些情形是：

1. 民事诉讼法第 278 条规定，对于法院已属显著或属于其职务上所已知的事实。“已显著”，是指事实为一般人所周知；“职务上所已知的事实”，是指推事（法官）因职务上的需要而认识到的事实。

2. 民事诉讼法第 279 条规定，对方当事人自认的事实。当事人主张的事实，对方当事人在准备的书状内或言词辩论时，或在受命推事、受托推事面前自认的，不需举证。

3. 民事诉讼法第 280 条规定，对方当事人不争执的事实，视同自认。当事

人对于对方主张的事实在言词辩论时不争执的，即视同自认。但由于他项陈述可以认为争执的，不在此限。当事人对对方所主张的事实，不知道或不记得陈述的，应否视同自认，应由法院决定。

4. 民事诉讼法第281条规定，法律上推定的事实。法律上可以推定的事实，而又没有反证的，不需要举证。

5. 民事诉讼法第282条规定，事实上推定的事实。法院可以依据已经明了的事实，推定应证事实的真伪。推定为真实的，即不需举证。但是，对于习惯、地方制定的法规以及外国的现行法属于法院所不知道的，当事人仍有举证责任，法院也可以依职权予以调查。

当事人的举证可以分为证明和释明两种方式。(1) 证明，是指当事人提出证据能使法院就其主张的事实产生强烈的心证而信以为真的。(2) 释明，是指当事人提出证据仅能使法院就其主张的事实产生薄弱的心证而信其大概如此的。释明，可以使用能够让法院信其主张为真实的一切证据，但不能即时调查的证据不在此限。

从台湾行政诉讼法的规定看，台湾行政诉讼没有专门的证据制度，根据行政诉讼法第33条的规定，行政诉讼证据制度准用民事诉讼法的有关规定。具体内容同上。

台湾刑事诉讼法由于兼采大陆法系职权主义和英美法系当事人主义的规定，在举证责任问题上刑事诉讼法第163条规定："法院因发现真实之必要，应依职权调查证据"，就反映了浓重的职权主义色彩；公众周知的事实，无需举证，则表现了当事人主义的色彩。

具体规定为：

1. 检察官就被告犯罪事实有举证责任。法院在职权调查中，可以随时告知检察官提供证据，以便调查。如果被告所提的反证足以推翻检察官起诉所提出的证据时，检察官应另行举证。但如果检察官不另行举证，法院仍应依职权调查其他必要的证据，以作为事实的认定，不能以检察官不能举证而作无罪判决。上述规定适用于自诉人，自诉人就被告人犯罪事实有举证责任。

2. 公众周知的事实无需举证。公众周知的事实，是指一般人共知共晓的事实。即在一定的地区，为不特定的多数人所知悉，且确信无疑的事实。对于这种事实既无认定错误的危险，自然无需举证证明，故法院也无须予以调查即可对此项事实予以认定。

3. 事实对于法院已显著或为其职务上所已知的无需举证。

第四章 证明任务

第一节 诉讼证明的概念及特点

一、诉讼证明的概念

在人类生活的各个领域里，经常进行着各种证明活动。比如，通过对资本主义社会商品的研究，证明剩余价值的存在；通过科学实验，证明地心具有引力，等等。证明，也是诉讼活动的重要组成部分。在诉讼中，查明案件事实就是通过证明活动来实现的。查明案件事实的过程，就是一个证明过程。诉讼中的证明具有自己的特点，它是指司法机关或当事人依法运用证据确定或阐明案件事实的诉讼活动。刑事诉讼中的人民法院、人民检察院和公安机关，民事诉讼和行政诉讼中的人民法院，都必须依法收集和审查证据，并根据证据查明案件事实。刑事诉讼的自诉人、民事诉讼和行政诉讼的当事人则应依法提供证据证实自己的控诉或主张。诉讼中的证明，是由法律所调整的诉讼活动，它的证明主体，证据（证明根据），证明对象，证明任务，证明责任，收集、审查判断证据的规则和程序等，均不同于其他证明活动，而具有诉讼的特定性。诉讼证明将产生法律后果，这种后果关系到当事人的利益，因此，诉讼证明不但会受自然因素的影响，还可能受人为因素的干扰。诉讼证明的对象是已经发生过的具体事件，而非事物的规律性。整个案件事实不可能通过科学实验来证明；对案件事实的结论，也不可能通过科学实验来检验。总之，诉讼中的证明较之一般的证明，受到更多的制约。

证明在诉讼中具有极为重要的意义。诉讼证明正确与否、直接关系到对案件事实的认定是否正确，而准确查明案件事实是正确适用法律的前提，保证办案质量的基础，所以说，诉讼任务的完成，有待于证明任务的完成。

二、诉讼证明的特点

诉讼证明与一般的证明不同。最根本的不同点就是在于诉讼证明具有法律性。也就是说，它的论题、论据和论证过程都要受到法律的制约。具体说，诉讼证明有以下三个特点：

1. 诉讼证明的主体是侦查人员、检察人员、审判人员。不是这些人员的证明，不是严格意义上的诉讼证明。律师、自诉案件中的自诉人，为了说明自己的主张是真实的、正确的，也要加以说明，这种说明虽也具有证明的性质，但它不能直接产生法律后果。它必须经司法人员审查判断为正确的时候，才产生法律后果。所以说，它只是证明中的一部分，而不是独立的诉讼证明；

2. 证明的过程要受到诉讼程序和诉讼时限的约束，违反诉讼程序和诉讼时限的证明，不具有法律效力，如不能以刑讯逼供、骗供、诱供等方法收集证据；审查判断证据不能随意夸大、缩小或者捏造。运用证据定案时，如只有被告人口供，没有其他证据，不能定案；有其他充分、确实的证据，没有被告人口供，可以定案，并处以刑罚。

3. 证明的对象是案件事实或当事人主张的诉讼事项，不是证明案件事实或当事人主张的诉讼事项的证明即不是诉讼证明。

三、诉讼证明的效果

如果说证据是诉讼理论的核心问题，那么，证明则是证据理论的核心问题。因为诉讼的过程，就是一个查明案件事实的过程，而要查明案件事实，就需要努力收集证据，审查判断证据，并运用证据进行证明的过程。案件事实的查清，诉讼任务的实现，都有待于证明任务的实现。所以说，证明在诉讼中具有非常重要的意义。

证明是查清案件事实的基本方法。虽然有些事实，如人所共知的事实，风土人情、历史事件、自然现象，某些公文书（公证书）等不需要证明，而用确认的方法解决外，大部分案件事实，特别是主要案件事实，都需要通过证据用证明的方法加以解决，以保证案件事实的正确认定。

证明是司法人员认识案件真实情况的惟一方法，它是推动司法人员深入调查研究，全面收集证据，认真而慎重地运用证据，查清案件真相的最基本的活动。

总之，在诉讼中通过证明可以取得揭露犯罪、惩罚犯罪和正确解决当事人之间权利与义务的争议之法律效果。

第二节 诉讼证明任务

诉讼中的证明任务，或称证明要求，是指诉讼中对案件真实的证明所要达到的程度或标准。由于诉讼中的证明是由反映统治阶级意志的法律所调整的，所以，不同历史类型的证据制度的证明任务亦不同。在神示证据制度中，以宣誓、神明裁判、决斗等落后、愚昧的方法作为判断是非曲直的标准，显然其证明任务只是迷信神示的真实。在法定证据制度中，法律预先规定了证据的证明力和断案的规则，法官的任务只是机械地计算以达到法定真实，或称形式真实。在自由心证制度中，内心确信所追求的只是"主观的真实"、"或强或弱的盖然性"。

我国诉讼中的证明任务是查明案件的客观真实或案件的真实情况。诉讼法在规定自己的任务时，要求"准确、及时地查明犯罪事实"(《刑事诉讼法》第2条)，我国法律明确规定，办理案件必须"以事实为根据，以法律为准绳"。立法还要求，证据必须能够"证明案件真实情况"。以上所指"事实"、"真实情况"，均指案件的客观真实，而非其他形式、其他程度的真实。也就是说，司法机关在刑事诉讼中所认定的有关被告人刑事责任的事实，在民事诉讼中所判明的对当事人的权利、义务有意义的事实，在行政诉讼中所确认的具体行政行为是否合法的事实，必须与客观上实际存在过的事实一致。查明案件的客观真实，归根结底，就是要求司法人员的主观认识必须符合客观实际。

查明案件的客观真实，是十分必要的。司法机关所认定的案件事实只有达到客观真实的程度，才谈得上正确适用法律，从而保证案件的正确处理，才可能真正做到维护社会主义法制，保护国家、集体利益，保障公民合法权益。

查明案件的客观真实，是完全可能的。这是因为：第一，马克思主义认识论认为，存在是第一性的，意识是第二性的，存在决定意识；人类具有认识客观世界的能力，能够通过调查研究认识案件的客观真实。查明案件客观真实具有科学的理论根据。第二，客观上已经发生的案件事实，必然在外界留下这样或那样的物品、痕迹，或者为某些人所感知，为查明案件客观真实提供了事实根据。第三，我国司法机关有党的坚强、统一的领导，有广大具有社会主义觉悟的群众的支持，有一支忠实于人民利益、忠实于法律、忠实于事实真相，具有比较丰富的经验，掌握一定科学技术的司法干部队伍，这是查明案件客观真实的有力的组织保证。第四，随着社会主义法制的加强，总结司法工作正反经

验、反映现实需要的《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》已先后颁布，提供了查明案件客观真实的法律依据。总之，司法人员只要依法正确收集和审查判断证据，完全有可能对案件事实作出符合客观实际的认定。

绝大多数资产阶级法学者对要求查明案件客观真实持否定态度。英国大百科全书认为："在普通法国家中，民事案件仅要求占优势的盖然性，刑事案件要求盖然性超过合理怀疑。在大陆法国家中，则要求排除合理怀疑的盖然性。"所谓盖然性，是指有可能而不是必然的一种性质，或者说为一种可能的状态。要求占优势的盖然性是指，诉讼一方证明其主张的根据与证明另一方主张的根据相比占优势，其主张即可成立。要求盖然性超过合理怀疑是指，作为定案根据的证据证明案件事实可能存在超过了合情合理的怀疑。要求排除合理怀疑是指，作为定案根据的证据足以排除合情合理的怀疑。大陆法国家诉讼证明的要求高于英美法国家，而英美法国家"依主张的严重性程度不同有所差异"，刑事诉讼中的证明要求高于民事诉讼。但不管怎样，大陆法国家也好，英美法国家也好，其诉讼证明只要求达到一定的盖然性。有的学者明确指出，"确信而达到没有丝毫可疑的程度是不可能的"，法院所能判明的只能是"主观的真实，无论如何不能是客观的真实"。有的台湾学者也认为，证明要求"发生高度之确信"，即"主观信其为真实"。上述要求与主张，是哲学上不可知论的反映，为法官的主观随意性开了方便之门，理论上是错误的，实践中是有害的。

查明案件的客观真实，必须具备一定的条件，正如鸡蛋可以孵化成小鸡但需要一定的温度一样。司法实践中，并非对每个案件的证明均达到了客观真实的程度。其原因是多方面的，或因证据未及时收集而损毁消失，或因未深入调查没有获得必要证据，或因缺乏、没有运用必要的科学技术手段，或因办案人员思想方法主观片面作出错误判断，或因慑于权势、徇于私情故意歪曲事实等等。但不能因此认为案件的客观真实不能查明。这只能激励人们总结经验，采取有效措施，努力为查明案件客观真实创造条件。

我国诉讼中的证明过程表现为：收集证据，审查证据进一步收集能够核实或推翻原有证据的新证据，对全案证据进行综合分析，作出判断，从而查明案件的客观真实。所以，证明任务的完成，需经历实践、认识、再实践、再认识的过程。证明任务在民事诉讼、行政诉讼中的审判阶段完成，在刑事诉讼中则由侦查、起诉、审判阶段共同完成。无论在民事诉讼、行政诉讼或刑事诉讼中，审判阶段除第一审程序外，尚有第二审程序、审判监督程序，刑事诉讼中还有死刑复核程序和类推判决核准程序。诉讼法规定，第二审程序必须对第一审判决在认定事实和适用法律方面进行全面审查。法院组织法及诉讼法均规

定，如果发现发生法律效力的判决在认定事实或者在适用法律上确有错误，即应提起审判监督程序。死刑复核程序和类推判决核准程序既应审核所适用的法律，也应审核所认定的事实。可见，确立这一系列程序的目的之一，即为保证查明案件的客观真实情况。有的国家的上诉审程序及监督审程序，只审查适用法律是否正确，不审查认定事实有无错误。与之相比较，我国诉讼程序显然有很大优越性。

第三节 诉讼证明的要求

司法机关作出定案结论，必须以查明的案件事实为根据。怎样才算查明了案件的客观真实？诉讼法明确规定，人民法院宣告的判决，必须做到案件事实清楚，证据确实、充分。如果第一审判决认定事实不清，证据不足，第二审人民法院可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判，也可以在查清事实后改判。案件事实清楚，这里所指的案件事实有特定的范围，由法律所规范。在刑事诉讼中是指据以对被告人定罪量刑的事实；在民事诉讼中是指对解决民事纠纷有意义的事实；在行政诉讼中是指有关确定具体行政行为是否合法的事实。这些事实都必须清楚。案件事实即案件的证明对象，下一章将详细论述。证据确实、充分，既包括对证据质的要求，也包括对证据量的要求。具体地说，它要求：(1) 据以定案的证据均已查证属实。这里指作为定案根据的每一个证据都具有证据的本质属性，即它们都是与案件事实有客观联系的事实，亦即均具有客观性、相关性。(2) 案件事实均有必要的证据予以证明。这是指司法机关所认定的对解决争讼有意义的事实均有证据作根据，没有证据证明的事实不能认定，应予舍弃。(3) 证据之间、证据与案件事实之间的矛盾得到合理排除。办案中收集到的证据可能与其他证据或案件事实有矛盾，这时，必须继续收集证据，深入调查研究，有根据地排除矛盾，去伪存真，弄清真相。绝不可置矛盾于不顾，勉强作出结论。(4) 得出的结论是惟一的，排除了其他可能性。这是指全案证据不仅能证明认定的事实，还必须是根据它们只能作出这一结论，不存在其他可能性。上述 (1) 主要是证据确实的要求，(2) (3) (4) 共同构成证据充分的要求，欠缺其中任何一点，都不能认为证据已充分。而证据确实与证据充分又是有联系的，证据不确实，就谈不上充分；证据不充分，可能其中就有假证据，因此以上四点又是互有影响的。这四点必须同时具备，也即证据的质和量都符合要求，才能认为证据已达到确实、充分的程度。刑事

诉讼、民事诉讼、行政诉讼概莫能外。

下面以一刑事案件为例，具体阐明证据确实、充分的要求。

某年10月23日凌晨，某市发现女尸一具。被害人甲系因暴力掐颈引起机械窒息死亡。公安机关侦查后认为杀人凶手系甲之男友乙。作为定案根据的证据主要有：(1) 现场留有乙的皮鞋印。(2) 乙与甲有两性关系，又与丙有两性关系。(3) 乙对甲逐渐冷淡，有抛弃甲的迹象。(4) 甲生前曾对其亲属说，她如遭迫害，肯定是乙所为，乙罪不容诛，将来一定会受惩罚。(5) 证人丁说，10月22日晚10时许，曾见乙与一女青年在现场争吵。(6) 丙说，乙熟悉作案现场，多次带她去过。(7) 甲尸体检验阴道内有精子，经化验血型与乙的血型相同。(8) 甲颈部有戴手套的手掐痕迹，案发当天在乙家卫生间发现有烧毁棉织品和橡胶的残渣。被告人虽不供认罪行，但公安机关认为证据已确实、充分，依据《刑事诉讼法》第46条的规定，没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚，即移送检察机关审查起诉。检察机关审查后发现案内尚有其他证据：(1) 乙的家属证明，乙10月22日晚在家看电视后回屋睡觉，未外出。(2) 现场除乙的皮鞋印外，还有低帮球鞋印。(3) 现场有劳动牌烟头两个，乙平常不抽这种烟。(4) 甲小腹部有三处刀伤。(5) 甲戴的手表和袋内人民币不见了。(6) 甲颈部既有手套掐痕迹，也有手掐痕迹。(7) 现场除甲两只脚跟分别留下5至6厘米的登痕外，无其他反抗痕迹。检察机关认为，本案证据不足，决定退回补充侦查。

根据证据确实、充分的要求来分析，本案还存在以下问题：首先，证人丁的证言与乙的家属的证言有矛盾，10月22日晚10时许乙究竟在家中还是在杀人现场，两个证人证言未能核实，不能对此证明。其次，两个证言之间的矛盾，不可简单地认为乙的家属可能偏袒乙而提供虚假陈述，必须继续收集证据，有根据地排除矛盾。再次，尽管有相当多的证据证明乙可能是凶手，但综合全案证据尚不能排除别人拦路抢劫、强奸杀人的可能性。最后，基于上述情况，不能认为乙杀甲的案件事实已有足够的证据证明。因此，应该认为本案认定乙杀甲的证据尚不确实、充分。经公安机关补充侦查后，再对乙进行讯问，乙终于供认：因与甲断绝关系不成，决心将她杀害。10月22日晚邀甲看电影，故意使座位不在一起，自己退场回家看电视，然后伪称回屋睡觉，翻墙又去电影院。电影散场后，将甲骗至现场，发生性关系后趁甲不备将她掐死。回屋后，担心甲未死，并为伪装现场，换了低帮球鞋，戴上纱手套，带了电工刀等，又翻窗窜回杀人现场。发现甲未死，又猛掐其颈部，并用电工刀在甲小腹部戳了三刀，拿走甲的手表、钱，还将一支劳动牌香烟一折为二，点燃后把烟

蒂扔在现场。逃离现场后，将电工刀扔进垃圾箱，手表扔进泔水桶内。回家后，在卫生间将手套、球鞋烧毁。经勘验，被告人所住房间的窗沿有翻登痕迹，并查获电工刀等物证。至此，案内证据均已查证属实，证据之间的矛盾得到合理解释，乙杀甲的事实已有足够证据证明，不存在其他可能性，可以据证认定。

证据确实、充分并非要求证据越多越好。案内证据再多，若不能符合上述四点要求，也不能定案。如果符合上述要求，三五个证据也可定案。证据确实、充分更不意味着凡能证明案件事实的证据都必须收集齐全。一个案件，客观上存在的能够证明其真实情况的证据可能很多，办案人员往往不可能也没有必要把所有证据统统拿到手，收集的证据只要能够达到上述四点要求即可。达到了上述要求，即使还有可能收集到其他证据，也可以不再收集，以节省人力、物力与时间，保证案件得到既正确又及时的处理。证据确实、充分也没有固定的模式，比如杀人案一定要缴获凶器，盗窃案一定要查获赃物，房屋所有权纠纷一定要有房契等。司法实践中，有的杀人案因凶器被扔进江海而不能缴获，有的盗窃案的赃物因被卖掉而无法查获，有的房产纠纷案的房契因遗失、遭灾而不能取得，但只要收集的其他证据已达确实、充分的程度，足以认定某人杀人、某人盗窃以及房产所有者，即可定案，不可拘泥于某一证据尚未收集到以致该作结论而不作结论。以上是问题的一个方面。另一方面，司法实践中，有认定案情只要做到“基本证据确凿”、“主要证据确实”的提法。我们认为，对这些提法只能看作是证据必须确实、充分的不同表述，其要求不应与法律的规定相违背，不能看作是对证据确实、充分的修正。“基本证据”与“主要证据”必须理解为证明案件客观真实所必要的证据，也即确实、充分的证据。采用“基本证据确凿”、“主要证据确实”这些提法，可能是为了反对在证据上过分求全要求，但不应因此而否定作为定案根据的证据必须确实、充分。如果把“基本证据确凿”理解为“证据基本确凿”，把“主要证据确实”理解为起主要证明作用的证据确实或“大概齐”即可，就与法律的规定大相径庭了。对此必须予以澄清，否则，将影响证明任务的完成。

有一种观点认为，在刑事诉讼中，立法对侦查工作的要求低于对检察机关起诉以及法院审判的要求，侦查阶段只要做到事实基本清楚，证据基本确凿就可以了。这种认识是不符合我国立法规定的。大陆法国家与英美法国家的刑事诉讼，在查明案情方面，对侦查程序的要求明显低于起诉、审判程序，而“把真实的发现交给审判过程”。在法国，预审法官经侦查，根据充分的理由估计被告人将来可能被确定的罪行，即可将案件移送有管辖权的法院。在德意志联

邦共和国，对侦查的要求是必须弄清有无足够的证据证明要求被告人出庭并在公开审判中进行答辩是正当的。在英国，警察经调查认为确有犯罪事件发生，该嫌疑犯犯了此项罪行时，即可将被告人传到治安法官那里。在美国，警察经调查在有足够的证据证明被告人有罪时，即向检察机关呈递罪行报告。据统计，美国因重罪逮捕的成年人被检察官释放的，在较大的城市地区，典型的比例是20%到30%。有的地方，竟达50%到80%。日本也是如此，侦查大体上有了眉目就要决定起诉或不起诉。但是，我国刑事诉讼法实行“人民法院、人民检察院、公安机关分工负责，互相配合，互相制约”原则。《刑事诉讼法》第43条明确规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”第137条规定，人民检察院对需要提起公诉或免予起诉的案件进行审查时，必须查明“犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分”。这里，对检察机关审查案件的要求，实际上就是对侦查工作的要求。“犯罪事实清楚，证据确实、充分”，是刑事诉讼立法对侦查、起诉、审判的统一要求。身处与犯罪作斗争第一线的侦查机关，侦查终结，决定移送起诉或者免予起诉的案件，首先必须达到上述要求。可以说，起诉、审判工作均是对侦查工作的审查。如果侦查工作未达上述要求，检察机关与法院均有权退回侦查机关补充侦查。

还应该指出，案件事实清楚，证据确实、充分，这是对诉讼证明中作出肯定结论的要求。具体地说，即刑事诉讼中作出被告人有罪的结论，民事诉讼中作出某一诉讼请求成立的结论，行政诉讼中作出具体行政行为合法的结论，这些结论所根据的事实必须清楚，证据必须确实、充分。在《刑事诉讼法》中，明确提出“事实清楚，证据确实、充分”要求的，除上述第137条外，还有第141条规定，“人民检察院认为被告人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定”。第46条规定：“只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚。”可见，立法均是对认定有罪提出了上项要求，不应根据这些规定得出结论，无论认定被告人有罪或无罪，都必须做到案件事实清楚，证据确实、充分。因为经过补充侦查和法院自行调查，仍然证据不足，无法查清犯罪事实，不能认定被告人有罪的，就应作无罪处理。民事诉讼和行政诉讼的情况也如此。《民事诉讼法》第138条规定，法院的判决书应当写明“判决认定的事实、理由”。第139条还规定，“人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。”而认定事实只能以查证属实的证据作根据。第153条则规定，“原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足”，第二审人民法院即应撤销原判，

发回原审人民法院重新审理，或查清事实后改判。可见，人民法院肯定当事人某一诉讼请求成立，必须做到事实清楚，证据确实、充分。如果该诉讼请求所根据的事实未能查清，证据不确实、充分，即是认定该请求不能成立的理由。从《行政诉讼法》第31条第2款、第32条、第54条、第61条的规定中也可以看出，公民、法人或者其他组织提起诉讼，经人民法院受理后，作为被告的行政机关，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件，第一审人民法院认定该具体行政行为合法，应予维持的，必须事实清楚，证据确实、充分，适用法律、法规正确。否则，第二审人民法院也应撤销原判，发回原审人民法院重新审判，或查清事实后改判。

在刑事诉讼中，案件经人民法院审理后，认为被告人的犯罪事实清楚，证据确实，充分，即应对被告作出有罪判决。有证据证明犯罪事实确未发生，或虽有犯罪行为发生，但非被告所为，均应对被告人作出无罪结论。但是，如若遇到疑罪的情况，应如何处理？所谓疑罪是指，有相当的证据说明被告人有重大犯罪嫌疑，但全案证据尚未达到确实、充分的程度，不能肯定其为犯罪分子。中世纪德法等专制国家准许对这种案件作出存疑判决，我国古代则实行“罪疑从赎”的制度。我们社会主义法制坚决摒弃这种罪疑从有的作法。最后，还应指出，完成诉讼中的证明任务，即查明案件的客观真实情况，做到事实清楚，证据确实、充分，是指对案件中的实体法事实的证明所要达到的程度。至于诉讼程序上的某些事实，立法则未作如此要求。这些程序上的事实主要有：

第一，立案。《刑事诉讼法》规定的立案条件是“有犯罪事实需要追究刑事责任”，因此，只要有必要的证据证明有犯罪事实发生并且需要追究刑事责任，即可立案。民事案件只要符合《民事诉讼法》第108条的规定，行政案件只要符合《行政诉讼法》第41条的规定，其起诉状的内容足以说明该案件属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖，即应立案，并不要求原告的诉讼请求所依据的事实必须证据确实、充分。

第二，回避。司法人员和其他法定人员具有《刑事诉讼法》第28条、《民事诉讼法》第45条、《行政诉讼法》第47条所规定的情形，即应回避。如果他们没有自行回避，当事人有权申请他们回避。当事人提出申请回避时，只需提供能证明存在某种回避理由的证据即可。如果其理由一时无法查清，也宜接受其申请，以保证诉讼能够公正、顺利地进行。

第三，刑事强制措施。比如《刑事诉讼法》第60条规定的逮捕条件是“有证据证明犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的人犯，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的”，并不要求犯

罪事实清楚，证据确实、充分。拘留的情况也如此，按《刑事诉讼法》第61条规定，对于罪该逮捕的现行犯或者重大嫌疑分子，如果有证据能够证明他是"正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的"以及"被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的"，或"在身边或者住处发现有犯罪证据的"等等，即可先行拘留。

第四，违反法定程序可能影响正确判决的事实。第一审人民法院违反法定程序，第二审人民法院只要有证据能够肯定，同时认为它可能影响判决的正确性时，即可撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

第五，执行中的某些程序问题。如《刑事诉讼法》第211条、第212条规定，在执行死刑前，只要发现判决可能有错误，即应停止执行。

西方诉讼理论有将诉讼证明区分为严格证明与自由证明两种情况的。前者系指依据诉讼法规定的有证明力的证据并经适当形式的证据调查程序得出的证明。后者系指依据证明力不完全充足、调查证据的程序不严格所得出的证明。关于严格证明与自由证明的对象虽有分歧，但一般认为实体法事实需严格证明，程序法事实则需自由证明。我国台湾实行的诉讼制度中，则因心证之程度有强弱的不同，有证明与释明之分。"得生强固之心证（信其确实如此者），谓之证明。仅生薄弱之心证，亦即发生低度之确信（信其大概如此）者，谓之释明。"须释明的事实，多为程序法上的事实，诉讼法上均有特别规定，如回避的原因，证人拒绝证言的原因，拒绝鉴定人的原因，停止审判的原因，不到庭的原因是否正当等。

第五章　证明对象

第一节　证明对象的概念和意义

一、证明对象的概念

证明对象，为证明活动中需要证明的事实，又称待证事实或要证事实。

诉讼中的证明对象，是指司法人员和诉讼当事人在诉讼中必须用证据加以证明的各种案件事实。这些案件事实，根据诉讼性质的不同，在刑事诉讼中是指犯罪嫌疑人或被告人有罪或者无罪等的事实；在民事诉讼中是指当事人之间有关民事权利、义务争议的事实；在行政诉讼中是指对行政机关的具体行政行为发生争议所涉及的事实。所有上述事实，都是在提起诉讼之前就已经发生了的，司法人员未能亲眼观察到。为了客观、全面地查明和确认这些已经发生而又存在争议的案件事实，以便作为适用法律进行正确处理的根据，司法人员只能通过调查收集证据、判断证据的方法，即通过证明的方法加以实现。因而，查明案件事实就成了诉讼证明的首要任务，而那些与本案件相关的诸事实，就成了待证事实、要证事实，成了诉讼中的证明对象。

能够作为诉讼中证明对象的事实，具有以下几个特点：

第一，必须是与涉讼案件相关的诸事实。这些事实涉及到具体的法律关系，关系到案件能否得到正确的处理，所以既是诉讼当事人提出主张或进行反驳的根据，也是司法机关、特别是人民法院审理的内容和作出裁判的基础。与案件无关的事实，不能成为本案的证明对象。

第二，这些事实一般都为一定的法律规范所规定。这里所说的由法律规范所规定的事实，主要是指实体法所规定的事实。例如，在刑事诉讼中是指由刑事法律所规定的事实；在民事诉讼中是指由民法、经济法、婚姻法等法律所规

定、具有一定法律意义的事实；在行政诉讼中则是指由各种行政法规所规定的事实。法律虽未予规定，但对正确处理案件有意义的事实，无论当事人间是否有争议，也应作为证明对象。

第三，必须运用证据进行证明才能确认的事实。否则，如果是属于众所周知等不证自明的一些事实，也不能成为诉讼中的证明对象。

准确理解证明对象的概念，有利于正确地进行证明活动，完成证明的任务。

二、研究证明对象的意义

由于证明对象问题是解决诉讼中需要运用证据加以证明的案件事实问题，因而，对它的研究有着重要的意义。

首先，从理论意义上说，证明对象是诉讼证明中首当其冲的问题。从形式逻辑的角度来说，它是给司法人员提出的论题，下一步就是要进行解决和回答论题的一系列活动。因而，证明对象问题，决定着证明活动的出发点和归宿，决定着证明活动如何进行，需要什么证据，谁负责举证，如何调查、收集证据等。至于证据是否充分，更要受本案证明对象的制约。所以，研究诉讼中的证明问题，必须研究诉讼中的证明对象。

其次，从司法实践意义上说，由于证明对象问题是实现证明任务的首要问题，司法机关在办案中如果能准确地确定本案所要证明的案件事实，就能保证在整个证明过程中始终目标明确，有目的、有重点地全面调查，收集有关的证据，及时地解开案中之谜，查明案件事实的真相；就能做到既不疏漏案件中必须证明的事实，也不致为与案件无关或一些细枝末节的事实所缠扰。这就有利于正确、合法地处理案件，提高办案的质量和效率。

关于如何确定具体案件的证明对象及其范围问题，我国现行的《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》等，虽未作出明确具体的规定，但长期的司法实践经验，已为我们的提出了理论概括的丰富资料。下一节就来探讨这个问题。

第二节　不同诉讼中的证明对象

一、刑事诉讼中的证明对象

刑事诉讼所要解决的中心问题，是被告人的刑事责任问题，即被告人的行

为是否构成犯罪，所犯何罪，罪重还是罪轻，应否处以刑罚，应处何种刑罚的问题。要正确确定刑事诉讼中的证明对象及其范围，必须以此为出发点，并要受它的制约。根据法律的规定和司法实践经验，刑事诉讼中证明对象的范围，包括以下几个方面：

（一）犯罪构成要件的诸事实

这是刑事诉讼案件的主要证明对象，是证明对象的核心部分。办理刑事案件，必须根据刑法的规定，查明有关犯罪构成要件诸事实、包括：犯罪客体，即被侵害的为刑事法律所保护的社会关系；犯罪主体，即实施了危害社会的行为，依法应负刑事责任的人；犯罪的客观方面要件，即行为人所实施的危害社会的犯罪行为和与行为相关的各项客观事实（如犯罪的时间、地点、手段、危害社会的结果等）；犯罪的主观方面要件，即犯罪人的主观心理状态（除故意或过失外，有的还包括犯罪目的）。

为了便于掌握和指导办案的实践活动，诉讼理论对上述应予证明的犯罪构成要件的事实，往往概括为“七何”要素，即：（1）何人（犯罪主体）；（2）基于何种动机、目的（犯罪的主观方面要件）；（3）何时；（4）何地；（5）用何种手段；（6）；实施了何种犯罪行为；（7）产生了何种危害后果。在刑事诉讼过程中准确查明上述关于“七何”方面的案件事实、情节，对于正确确定罪与非罪、此罪与彼罪、重罪与轻罪等，有着决定性的意义。

需要指出的是，由于每一案件都是具体的，不同性质的犯罪有着不同的构成要件，在确定案件的证明对象及其范围时，就应当注意具体情况具体分析，抓住重点。例如，同是故意杀人，因目的不同，有的应定反革命杀人罪（1979年刑法中），有的则定一般故意杀人罪。又例如，同是盗窃电话线，在仓库内盗窃，属于侵犯财产罪中的盗窃罪，偷窃通讯线路上的电话线，则构成危害公共安全罪中的破坏通讯设备罪；同是非法侵占公私财物，因手段不同，秘密窃取的为盗窃罪，公开以暴力、胁迫或者其他方法抢劫的，则为抢劫罪。这里，证明被告人行为的目的，或者地点，或者手段等，就成了区别此罪与彼罪的关键，因而更应特别注意。

（二）作为从重或者从轻、减轻、免除处罚理由的事实

根据刑法规定，从重处刑的一般事实主要有：组织、领导犯罪集团或者在共同犯罪中起主要作用的；教唆不满 18 岁的人犯罪的；属于累犯的。刑法规定犯某具体罪应予从重处罚的有：奸淫不满 14 岁幼女的；二人以上犯强奸罪即共同轮奸的；非法拘禁他人具有殴打、侮辱情节的；国家工作人员刑讯逼供

以肉刑致人伤残的；犯诬陷罪者系国家工作人员的；国家工作人员利用职务上的便利，犯走私、投机倒把罪的；邮电工作人员私拆或者隐匿、毁弃邮件、电报并窃取财物的；其他从重情节等。

关于应当或者可以从轻、减轻处罚或者免除处罚的事实，刑法中也有明确规定。如犯罪未遂的、在犯罪过程中自动中止或者自动有效地防止犯罪结果发生的；在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，系被胁迫、诱骗参加犯罪的。属于刑事责任能力方面的事实有：犯罪人不满 18 岁的；犯罪人是又聋又哑人或者是盲人的。其他可以从轻、减轻或者免除处罚的事实或情节，有犯罪以后自首、正当防卫、紧急避险超过必要限度等。

（三）排除行为的违法性、可罚性和行为人刑事责任的事实

惩罚犯罪和保障无罪的人不受刑事追究，是我国刑事诉讼法的两大重要任务。刑事诉讼中对于涉及到有关排除行为的违法性、可罚性或行为人刑事责任的事实，也应列为证明对象的范围予以查明。

第一，足以排除行为违法性的事实。

属于这种性质的行为，根据刑法的规定，主要有正当防卫、紧急避险以及行使职权等行为的事实。由于这些行为从根本上排除了违法性，也就从根本上排除了行为人的刑事责任。

第二，足以排除行为可罚性的事实。

这是指法律规定的犯罪已过追诉时效期限的；经特赦令免除刑罚的；依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；被告人死亡等事实。

第三，足以排除行为人刑事责任的情况。

这主要是指：行为人无责任能力，或者正处在依法不负刑事责任的时期。前者是指行为人没有达到法定的刑事责任年龄；后者则是指精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成了危害结果。他们对由此种行为所造成的危害结果，依法不负刑事责任（刑法第 14 条，第 15 条）。此外，还包括情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪的事实。

（四）被告人的人身情况和犯罪后的表现

被告人的人身情况包括姓名、性别、年龄、籍贯、家庭出身、本人成份、民族、文化程度、职业、住址、是否有前科等。这本是与犯罪主体有关的问题，在前面已经涉及到。这里之所以要单独列出来，旨在进一步引起重视，便于系统地查明有关的各项事实。全面查明被告人的这些人身情况，不仅在于准确地确定真正的犯罪人，不致出现张冠李戴的情况，而且还在于其中许多情

况，对正确地定罪量刑有着重要影响。例如，拿年龄来说，按刑法的规定，行为人不满 14 岁，不负刑事责任；已满 14 岁不满 16 岁的人，犯杀人、重伤、抢劫、放火或者其他严重破坏社会秩序罪时，才应负刑事责任；犯罪的时候不满 18 岁的人，不适用死刑。又例如，被告人不是国家工作人员，就构不成渎职罪；如果有前科，就可能因构成累犯而从重处罚，等等。

查明被告人犯罪后的态度和表现，即犯罪后是否有自首、坦白或者立功等的悔改表现，或者是否有逃跑、毁证、灭迹、与同案犯串供、被审讯时顽固狡辩抵赖等情形，可借以判断被告人的主观恶性程度、社会危险性的大小和对他改造的难易。这对量刑时贯彻“坦白从宽，抗拒从严”的刑事政策有直接影响。例如，刑法规定，犯罪以后自首的，可以从轻处罚；其中，犯罪较轻的，可以减轻或者免除处罚；即使犯罪较重的，如果有立功表现，也可以减轻或者免除处罚。

二、民事诉讼中的证明对象

民事诉讼是因当事人请求人民法院解决民事纠纷而引起的，目的是通过人民法院的审理，在查明事实、分清是非的基础上正确适用法律，确认民事权利、义务关系，制裁民事违法行为，以便切实保护权利主体的民事权利和合法利益。探讨民事诉讼中的证明对象，必须结合民事诉讼请求的根据以及反驳诉的理由加以解决。因为系争的双方当事人进行诉讼，请求法院通过审判给予保护，归根到底，是以双方当事人之间是否存在民事实体法上的法律关系，以及他们的权利是否受到侵犯或者发生争议作为前提条件的。

民事诉讼中的证明对象，主要是由原告提出诉讼请求所根据的事实和被告进行反驳所依据的事实确定的。因此，凡是可以成为请求原因与答辩理由的具有法律意义的事实，都能成为民事诉讼中的证明对象。即使民事原告或被告由于不懂法律，在诉讼中没有很好地提出这些事实，也应列为证明对象，以便彻底查清案件事实，使民事纠纷得到正确的解决。根据审判实践经验，民事诉讼中的证明对象应包括：

（一）当事人之间的民事权利与义务关系发生、变更和消灭的事实

这是原告提出诉讼请求，被告进行答辩以及共同诉讼人、第三人参加诉讼都会提出的事实。

人民法院为了解决诉讼当事人的纠纷，确定他们之间的民事权利与民事义务，保护他们的合法权益，首先要查明各自主张所根据的事实。这就需要用证据加以证明，所以是证明对象。

这些作为证明对象的事实，都是一些法律事实，即根据法律规定，能够引起当事人之间权利与义务关系发生、变更和消灭的事实。例如签订合同，即能在当事人之间产生权利义务关系；分割共有财产，即能引起原来财产关系的变更；清偿债务，即消灭了当事人间原有的权利义务关系。法律事实包括行为和事件。

行为是指基于当事人的意愿而能导致法律关系产生、变更和消灭的一种活动，有合法行为与违法行为之分。当事人要使自己的行为产生预期的法律效果，必须既要具有民事权利能力，又要具有行为能力。事件则是指不依人的意志为转移，而能引起某种法律关系发生、变更或消灭的事实。如人的出生或死亡，能引起父母与子女之间亲权关系的产生或终止，或者引起继承、劳务合同等多方面的法律关系的产生、变更或消灭。又如：由于地震、水灾、火灾等自然灾害的发生，引起有关当事人间的所有权、合同关系、社会保险金补偿等法律关系的产生、变更和消灭。

无论是行为，还是事件等法律事实，只要它被原告作为诉讼请求的根据，或者被被告作为答辩和提出反请求的根据，或者被共同诉讼人、第三人作为参加诉讼的根据，或者被法院认为对案件的处理有重要意义的，就都应成为本案的证明对象。

（二）民事权利遭到侵犯或者发生争执的事实

原告起诉，应该向法院提出诉讼请求所根据的法律事实，即不仅应向法院陈述他享有某项实体权利的事实，而且应陈述他的这项权利遭到被告侵犯或者与被告发生争执的事实。正是因为后一种事实，才引起诉讼的发生。同样，被告在应诉时就自己是否侵犯了原告的民事权利，为什么要进行争执等问题，在答辩时也会提出自己的根据和理由。这些作为答辩根据的事实都是证明对象。

（三）妨碍权利和义务发生的事实

这是指那些足以引起法律行为无效的事实，即只要存在该事实，该行为就不能产生法定的效力，不能在当事人间形成法定的权利、义务关系。例如，签订经济合同，其内容违反了国家的法律，或者有采取欺诈手段引诱订约的情况。

（四）当事人的个人情况

包括姓名、性别、年龄、民族、职业、住址等。这些情况的查明，有利于弄清诉讼当事人有无行为能力，当事人之间是否存在亲属关系等，有利于案件的正确处理。

（五）外国现行法

解决民事纠纷，必须适用有关的实体法规范。如系涉外民事纠纷，还可能需要适用外国的法律。对于外国的现行法律，其内容如何，司法人员不一定知晓，也不能要求他们都知晓。因此，当民事诉讼中涉及需要适用外国法律而此法律又为司法人员所不知道、不熟悉时，有关的外国现行法，也就成为证明对象。这是为各国的立法或司法实践所认同的。

三、行政诉讼中的证明对象

行政诉讼，是解决公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益而向人民法院提起的诉讼。人民法院通过对行政案件的正确处理，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权。前面关于民事诉讼证明对象的论述，也有一些是适合于行政诉讼的。由于在行政诉讼中，人民法院审理行政案件，是对具体行政行为是否合法进行审查，这就决定了行政诉讼中应以下列事实作为自己的证明对象：

（一）行政机关的具体行政行为是否有法律根据

在刑事诉讼和民事诉讼中，适用法律基本上是法院的职权，审判人员应当知晓，自行行使职权适用法律，无需当事人举证加以证明。而行政诉讼则不同，一方面，作为当事人一方的行政机关作出的具体行政行为应该有法律依据；另一方面，行政法规、规章或者行政机关制定的某些规范性文件，公民甚至法院的审判人员不一定知晓。因此，行政机关要证明其决定的合法性，就必须提出这些规范性文件。当然，原告也可以提出反证证明行政机关的决定没有法律根据，或者所依据的规范性文件已经失效或者对他没有约束力等。

（二）行政机关的具体行政行为是否具备法律所规定的事实要件

这些事实要件，通常被规定在有关行政性的法律、法规中，大体上分以下几种情况：

1. 如果被诉行政行为系制裁性的行为，受行政制裁的人的行为是否符合法律规定的对其违法行为应予以制裁的要件，应是这种行政诉讼的证明对象。

2. 如果被诉行政行为系否决申请一类的行为，该申请人是否不具备获得某种特许、许可或证件的法定条件，是这种行政诉讼的证明对象。

以上两类事实，是查明具体行政行为是否合法的基础，所以在诉讼中应作为证明对象，由作出该行政行为的行政机关负责提供证据。

3. 如果原告请求行政机关给予赔偿或补偿，原告是否受到损害以及损害的程度，这种损害与行政行为是否有因果联系，行政机关是否有过错等，应是此种行政诉讼的证明对象。

（三）行政机关的具体行政行为是否有违反行政程序的情形

行政机关作出具体行政行为，应当遵守法定程序。例如《中华人民共和国治安管理处罚条例》规定了对违反治安管理的人给予处罚的程序，包括传唤、讯问、取证、裁决等，如果在执行中违反了这些规定，人民法院审理后，有权撤销或者部分撤销该具体行政行为。因此，行政行为是否遵守了法定程序，就是行政诉讼中应予证明的对象。

（四）滥用职权的事实或超越职权的事实

如果存在这些事实，作出的具体行政行为就不具有合法性，应予撤销，因而对它们需要证明。

当然，不论刑事诉讼、民事诉讼或行政诉讼，并不是每一个案件都需要把上面论述的各类诉讼中的证明对象一一加以证明。这种要求是不切合实际的。司法人员应当注意从实际出发，根据不同案件的具体情况，正确地确定证明对象，并随着诉讼的进展和可能出现的新情况，随时注意修正和补充。

第三节　程序法事实和证据事实

一、程序法上的事实

关于程序法上的事实能不能成为诉讼中的证明对象问题，国内外法学者对此有不同的看法。主张是证明对象的认为：第一，诉讼法是从程序的角度保证实体法的正确实施，对有关程序法事实的查证属实，有利于司法机关依照法定程序办案；第二，诉讼中对有争议的程序事实，有关司法机关、特别是人民法院也要在查清的基础上，通过作出决定或裁定的方法解决，其中，有的决定或裁定依法可以申诉或申请复议，有的裁定可以上诉。因此，涉及到需要作出决定、裁定的程序法事实应是证明对象。

主张程序法事实不能成为证明对象的认为：首先，必须明确，证明对象是一种特殊的诉讼制度，正确地确定诉讼中的证明对象，就是要使整个收集、调查证据的活动过程具有明确的方向，以利于案件事实的切实查明。因而，作为诉讼中的证明对象，自然是仅指那些具有实体法意义的事实，即只包括那些如

不查明就不能对案件正确进行实体处理的事实。只有这样理解证明对象，才有利于司法机关、特别是人民法院在诉讼过程中分清主次，将注意力集中于那一些如不查明就不可能正确适用实体法律规范的事实。其次，程序法事实，特别是一些据以作出决定、裁定的事实，虽然也有一个查明的问题。但是，这与证明对象不能同日而语。因为程序法上的事实有许多是属于不查自明，或者司法机关即可认知的事实。如是否发生了以暴力等方法阻碍司法工作人员执行职务的事实，是否耽误诉讼期限的事实等。同时，程序法上的事实并不是每个案件都会遇到，如果没有发生某些程序问题，就不需要对有关的事实加以证明。所以，严格意义上的证明对象，应当是具有实体法意义的事实，而不包括程序法上的事实。

苏联诉讼法学者在阐述刑事诉讼中的证明对象时，采用了“广义上证明对象”这个说法。他们说：“广义上的证明对象，包括对解决案件的实质问题或者个别程序问题具有法律意义的一切情况。”这种把证明对象作广义和狭义的区分，虽然是解决不同观点的一种折衷办法，但对实践来说不无好处。根据广义上的证明对象说，程序法上的事实，也可以作为证明对象，需要在诉讼中用证据加以证明。

第一，刑事诉讼中需要注意查明的程序法事实主要有：

1. 关于回避的事实

《刑事诉讼法》第28条规定，审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：(1) 是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；(2) 本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；(3) 担任过本案的证人、鉴定人、辩护人或者附带民事诉讼当事人的代理人的；(4) 与本案当事人有其他利害关系，可能影响公正处理案件的。如果当事人及其法定代理人申请上述人员回避，是否有某种法定应回避的事实，就应加以证明。

2. 影响采取某种刑事强制措施的事实

如《刑事诉讼法》第60条第2款规定：“对应当逮捕的人犯，如果患有严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，可以采用取保候审或者监视居住的办法。”根据这个规定，对于应当逮捕的人犯，如果采取取保候审、监视居住的措施，该人犯患有严重疾病，或者正在怀孕、哺乳自己婴儿的事实，就需要有证据证明。

3. 违反法定程序的事实

《刑事诉讼法》第191条规定：第二审人民法院发现第一审人民法院违反

法律规定的诉讼程序，应当撤销原判，发回原审人民法院重新审判。第一审人民法院违反法律规定的诉讼程序，主要是指：合议庭的组成不合法，收集证据有刑讯逼供或诱供等行为；不允许被告人行使辩护权；应该公开审判而不公开审判或者不应该公开审判而公开审判；审判人员应当回避而未回避等。当事人以第一审人民法院违反法定诉讼程序的事实作为上诉理由时，有关程序违法的事实，也就成了证明的对象。

第二，民事诉讼、行政诉讼中需要查明的程序法事实，如有关回避的事实，因不可抗拒的原因而耽误诉讼期限的事实以及违反法定程序的事实，基本上与刑事诉讼相同。此外，在民事诉讼与行政诉讼中，还有以下有特殊意义的程序法事实，需要作为证明对象：

1. 关于需要采取证据保全措施的事实

《民事诉讼法》第 74 条和《行政诉讼法》第 36 条均规定，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以申请证据保全，人民法院也可以主动采取保全措施。据此，当需要证据保全时，是否存在证据可能灭失或者以后难以取得的情况，就是应予证明的对象。

2. 作为采取司法强制措施根据的事实

《民事诉讼法》第 102 条和《行政诉讼法》第 49 条规定了内容大体相同的可以采用司法强制措施的情况，即诉讼参与人或者其他人有该条所列的六种行为之一的，如伪造、毁灭重要证据，指使、贿买、胁迫他人作伪证，人民法院可以根据情节轻重，予以罚款、拘留。对这些作为采取司法强制措施根据的事实，自然应予以证明。

此外，《民事诉讼法》第 136 条和第 137 条，分别对诉讼中止、诉讼终结的适用条件作了规定，第 136 条并规定中止诉讼的原因消失后，恢复诉讼程序。凡遇到处理上述问题时，对有关的事实根据亦应查明。

在民事诉讼的执行程序中，如果决定执行中止、执行终结，作为造成中止、终结的法定事实、也属于证明的对象。

二、证据事实

证据事实本身是否为证明对象的问题，诉讼法学界争论也很激烈。有的认为，证据事实是证明的对象。理由是：任何证据都需要其他证据证明它的真实性。因而，用它来证明案件事实时，它是证明手段；当它被其他证据证明时，又是证明对象。有的却认为，间接证据的证据事实应是证明对象。理由是：证据事实有两种情况，一种是能直接证明案件主要事实的证据事实，即直接证据

的证据事实，因为它直接证明了案件主要事实，与案件主要事实重合，所以，它虽是证明对象，但不必单独列出。另一种是间接证明案件主要事实的证据事实，即间接证据的证据事实。它不能直接证明案件主要事实，只有与其他证据相联系，才能证明案件主要事实。间接证据的证据事实是否属实，也要用证据证明，所以，它是证明的对象。有的则认为，一切证据事实，在诉讼中只能是一种证明手段，而不应列为证明对象。

我们同意最后一种观点，即证据事实只能是证明手段，而不能既是证明手段，又是证明对象。

首先，在诉讼中确定哪些事实是证明对象，哪些事实不是证明对象，应该以诉讼的目的或它最终所要解决的问题而定。这样，才能有一个客观的标准。

我们所研究的证明对象，是诉讼活动范围内应予证明的情况。对每一个具体的诉讼案件来说，确定哪些事实是本案的证明对象，哪些事实不是证明对象，其客观的标准，应该是诉讼双方提出诉讼请求和答辩的根据以及需要解决的实质问题。如刑事诉讼中有关某被告人是否犯罪，所犯何罪，应否追究刑事责任的事实；民事诉讼中作为诉讼请求和答辩理由所根据的事实；行政诉讼中所诉行政机关的具体行政行为是否合法的事实等。正是这些案件事实，才是司法机关作出决定，特别是人民法院作出判决或裁定的基础，因而才是每个诉讼案件都必须予以查明的事实，是诉讼中的证明对象。诉讼中的证据，尽管在证明中起着重要的作用，是定案的根据，但它们毕竟不是案件事实本身，不应作为证明对象。

其次，上面谈到，作为证据的事实，需要经过查证核实才能使用。但也不能因此把证据事实看成证明对象。要知道，通常我们所讲的证据，都是从肯定意义上，即是从“真凭实据”的意义上说的。在诉讼中通过调查等活动收集的证据，由于各种原因，往往真假虚实的情况都存在。因而需要加以查证核实，确认它对所要证明的案件事实的证明力。这是属于对证据进行审查判断的活动，不能因此改变证据事实是证明手段这一事实，而把它看成证明对象，以致在概念上造成混乱。看来，认为证据事实也是证明对象的，其中的一个原因正是在这里出了偏差，把对案件事实的证明与对具体证据的审查判断混为一谈。殊不知，这是两个不同的概念，不应混淆。

其三，证据事实虽然要与其他证据对比分析，互相核查，以判明其是否真实和证明力的大小，但归根到底是用以证明案件事实，是作为证明手段的。不能因为证据有一个查证核实的过程，就认为它既是证明对象，又是证明手段，具有双重属性。

有人说，把证据事实作为证明对象，对实践有利，可以促使司法人员重视对所获证据的查对核实工作，有利于确保办案质量。这种说法，似是而非，实际上，理论上的混乱反而会给司法实践带来不利影响。相反，如果从理论上明确只有案件事实本身才是证明对象，同时又要求对证据必须查证属实才能作为定案的根据，更会有利于司法机关和诉讼当事人在整个诉讼程序中始终目标明确，既不疏漏案件中必须查明的事实和情节，也不为与案件无关的或枝节问题所缠扰，同时又认真审查每一个证据。显然，这更有利于办案质量和效率的提高。

第四节 免证事实

案件事实，有的需要加以证明，有的则不需要证明。需要加以证明的事实，是证明的对象。不需要证明的事实，可以由法院直接确认，因此，就不是证明的对象。

不需要证明的事实，也可称为免证事实，在一些国家的法律中有明确的规定。我国的法律对此未作出规定，但在司法实践中也会遇到。介绍和探讨一下这个问题，对我国的诉讼立法与司法实践，不无裨益。

根据一些国家的法律规定，不需要证明的事实，一般是指：众所周知的事实，预决的事实，推定的事实等。由于推定本书还有专门论述，这里只作简要介绍。

一、众所周知的事实

众所周知的事实，是指具有一般知识的人都知道的事实，如饥思食，渴思饮；晴则干，雨则湿；鸟在空中飞，鱼在水里游；国内的著名山川各在何处，法定的度量衡标准等等，皆为众多的人所了解，不致产生疑义。

当然，这里讲的众所周知，是相对而言的。有的事实不仅为本国甚至为全世界的众多的人所知晓，有的事实则只为某一地区范围内的人所了解。而且，对事实的知晓，还要受时间流逝的影响。所以，对“众所周知”的理解不能绝对化。

那么，如何确定某一事实为众所周知的事实、即应以什么作标准来确定呢？诉讼理论上有不同的见解。英美法等国家大都以一般人知晓为标准，认为凡事为一般人所知晓的，法官作为一般人的一部分，也必然知晓。大陆法系国

家则以法官认知为标准，认为法官是一般人的一部分，若法院认为某一事实是一般人都知道的，即可免予证明。苏联是采后一种说法，即诉讼中所涉及的事实，是否为众所周知的事实，由法院认定。认为只要具备下述两个条件，法院就可以认定该事实是众所周知的，即：客观方面，事实已为广大群众所知晓；主观方面，审判组全体成员认为事实为众所周知。

众所周知的事实免予证明的理由是：这种事实的客观实在性是明摆着的，再予证明就是多此一举。

二、预决的事实

预决的事实，为预先所确定或决定的事实，它是指已发生法律效力的法院判决所确定下来的事实，对以后审理的另外案件，起预先决定的作用，不需要再行证明。例如：法院在刑事判决中所确认的被告人构成伤害罪的事实，对以后被害人要求该被告人赔偿损失的民事诉讼，就有预决的作用，可以免予证明，而将其作为判令被告人赔偿被害人损失的根据。

这种预决关系，不仅表现在刑事、民事判决之间，就是在两个民事判决之间也同样存在。例如，已生效的民事判决对房产权纠纷所确认的事实，对后来判令无权利人迁出该房，或者判令其将以前应交的房租交付权利人，就有预决作用。

预决的事实之所以不必再证明，是因为这种事实已由法院早先的判决所确认，没有任何必要再去进行查证，同时还可以避免法院就同一事实在两个判决中作出互相矛盾的认定。这里应当注意，这种预决关系，仅存在于两个判决之间。至于由行政机关和侦查机关所确定的事实，对法院的审判活动是没有预决作用的，法院在审判活动中必须加以证明。

诉讼中与案件有关的事实是否为预决事实，可通过提出有关的判决书为证。只要有了这种判决书，即可据以认定它所确定的事实，不需要再提供其他证据。

三、推定的事实

推定作为法律上的术语，系指一种假定。一些国家在法律上就推定所作的规定，为法律上的推定。它是在法律上予以明确规定，当某一事实被确认时，即可据此假定另一事实存在。这种基于推断而假定其存在的事实，就是推定的事实。当作为推断根据的事实得到证明时，如果没有提出相反的证据，推定的事实就不需要证明，可以根据法律的规定而予以认定。例如，英国法律规定，七年之内杳无音讯的人，推定为死亡。据此，当肯定某人失踪已七年，即可据

此推断其已死亡，而不必对其死亡的事实加以证明。

推定的事实可以不予证明，但适用推定时，作为推定根据的事实则必须证明，如前例，某人已七年无音讯的事实，必须有充分的证据证明。

推定的事实可以免予证明，是以无反证为条件的。如果认为推定的事实对其不利的当事人提出了相反的证据，足以将推定的事实推翻时，就不能适用推定的规定。

四、司法认知的事实

即司法人员所熟知的事实。司法人员在业务上熟知的事实（如法律、法令、党的方针政策、国家机关的机构设置、人员任免等）不是证明对象。因为这些事实已为法院所熟知。因此，当事人提及或者案件涉及时，无须举证，可由法院直接确认。在美国，司法认知事实在审判期间，不必正式加以证明；承认这些被广泛接受的事实，不需要传唤证人、提供证据。初审法院可以直接采用司法认知事实作出判决。如刀子和其他小型武器可能藏在皮夹或钱夹里；皮夹里发现的卡片和地址可能暴露也许曾与被搜查者共同预谋过的人的名字。（合众国诉辛普森案，第 10 巡回法院，1972 年，见《刑事证据大全》（美）乔思·R·华尔兹著，第 322 页）。再如出售和使用违禁毒品者经常把毒品放入口中咽下，试图消灭其有罪的证据，这是常识，也属于司法认知事实。（人民诉琼斯案，加利福尼亚州上诉法院，1971 年，见《刑事证据大全》第 323 页）但需要说明是，在美国提出采用司法认知事实的请求，通常是因律师突然意识到他无法证明案件至关重要的某一方面时而作出的不顾一切的努力。这在公诉人眼里是危险的捷径，他们将去收集有力的证据，以便在审判期间不必依赖于司法认知事实。这样就可足以保证其控诉的成立。

五、自认

即是指当事人一方对另一方提出的对自己不利的事实向司法机关所作的承认，也称之为利他性的承认。英国在 1969 年《刑事审判法》中规定，可以在诉讼前或诉讼中作出自认，在诉讼前作出的自认必须是书面的，而且必须经有关当事人的法律顾问（律师）同意。起诉方和被告方均可作出自认。我国民事诉讼中的自认（利他性的承认）可以不需证明，且是调解的基础。但刑事诉讼中的自认则不能直接采纳，《刑事诉讼法》第三十五条规定："只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚。"从某种意义上讲，刑事被告人供认不讳只起到说明其认罪态度的好与坏的作用，并不能免除司法机关对其所言之内容的证明。

第五节 国外和台湾地区关于证明对象的立法与理论

一、英美法系证明对象的立法与理论

在美国刑事诉讼中，凡是需要证明的事实，必须证实才能认定它的存在与否。司法认知（Judicial Notice）和推定的事实，一般均不需证明即可认定它的存在。需要证明的事实有：(1) 证明“指控的犯罪行为是否存在”的事实。根据无罪推定原则，必须证明被告人有罪才能认定被告人是有罪的人。为证明被告人实施了指控的罪行，必须证实所控罪行的每一项必要条件。缺少任何一项要件，罪名就不能成立。(2) 证明“以加重刑罚为目的的指控被告人有前科”的事实。指控中提及被告人在实施本罪行以前有前科这一事实，是涉及对被告人加重刑罚的问题，因此必须证实。(3) 证明“实施犯罪对被告人是否在现场”的事实。犯罪时被告人是否在现场，是涉及被告人是否实施犯罪的重要事实之一，因为任何人总是在一定时空中活动，如果被告人被证明不在犯罪现场则指控不能成立，反之则指控成立，且始终由起诉方来进行证明。(4) 被告人独知的事实。如年龄是否系未成年，是否有正常的行为能力，是否系逃犯要被引渡，行动是否出以自卫等等事实也都需要予以证明。

在英国刑事诉讼中，凡是起诉方写人起诉书中的犯罪直接重要事实的情况，如嫌疑犯在凶杀案发生前曾对被害人进行威胁，或在案发后在其衣服上提取到相应的血迹等；证据辅助事实，指有助于推断证据事实本身是否正确的情况，如证人的人品、记忆力情况等。对英国法官来讲，查明实体法事实真相的刑事诉讼法原则，是标准性的指导原则，法官不受被告人供认之约束，而是必须致力于调查实体法事实真相。对于具有显而易见性质的事实不需要证明，它们是众所周知的事实（自然现象、历史事件、公认的知识）和法律文献的内容（即那些法官从其职业活动中可靠地形成为经验的事实。对于不需要证明的事实，在法庭上提出后，是不需要提供证据进行肯定证明的，但是可以提出相反证据，进行否定证明。

许多大陆法系国家也把程序法事实列为证明对象。如德国、日本等国有严格证明与自由证明之说。这种说法是 1926 年由德国的迪茨思首先提出，后来经过日本的小野清一郎结合构成指控之事实（包括被害人的陈述情况）均系证

明对象，但对被告人就起诉书之指控犯罪事实作有罪答辩，法庭又确信这种答辩是被告人在自愿的情况下作出的，可以不予证明而接受，不再召集陪审团，不经听证和辩论，直接裁决。至于被告人的个人情况，仅在审判前由起诉方拟就一份报告递交法官和被告人，其中包括被告人的年龄、教育程序、家庭情况、职业、品格、有无前科以及逮捕和保释的日期等，但在陪审庭上不可涉及被告人是否有前科和不良品格，据此，法庭对被告人个人情况不需要证明，凭此报告即可。

二、大陆法系证明对象的立法与理论

在德国刑事诉讼中，凡涉及案件的发生过程、行为人的罪过、刑罚的幅度，也就是涉及对定罪和量刑有意义的情节，法律对其证明作出严格的形式规定的，称作严格证明。德国《刑事诉讼法》（1994 年 10 月 28 日修改颁布，1994 年 12 月 1 日生效）第二百四十四条第二款规定："为了调查事实真相，法院应当依职权将证据调查延伸到所有的对于裁判具有意义的事实、证据上。"据此，对法庭判决具有重要意义的一切事实都需要证明。需要证明的事实一般分为：(1) 直接重要事实，指能够直接证明犯罪情况的事实，如目击证人的证词，被害人指认犯罪的陈述；(2) 间接事实，指有助于推断成要件论发展起来的。这种分类是根据证明要求用何种方法和程序进行来划分的。现已被普遍采纳。日本刑事诉讼法中规定了证据裁判主义。证据裁判主义就是"认定事实应当根据证据。"按照这一规定，认定犯罪事实不仅要根据某些特定的证据，而且必须使用具有法定证据能力并且经过适当方式调查的证据。这种证明叫作"严格的证明"，与其相对的叫"自由的证明"。对公诉的犯罪事实，不论是主观方面的事实、客观方面的事实还是排除危害性的事实都需要严格的证明；对有关诉讼的事实则采用自由的证明。目前，严格证明在日本有扩大化的趋势。

意大利《刑事诉讼法》（1988 年 9 月 22 日颁行）第一百八十七条规定："证明对象：1. 与控告、可靠性、刑罚或保安处分的适用有关的事实均为证明的对象。2. 与适用诉讼规范有关的事实也是证明的对象。3. 如果设立了民事当事人，与因犯罪而产生的民事责任有关的事实是证明对象。"

三、台湾地区证明对象的立法与理论

在台湾，应依证据证明之事实，称之为要证事实，亦称为待证事实。这些待证事实主要有：(1) 犯罪事实，指犯罪构成要件之事实，（包括主观事实、客观事实）；(2) 刑罚事实，包括刑罚加重减免原因事实；(3) 处罚条件事实；(4) 诉讼法上事实，包括裁判事实、诉讼程序事实；(5) 间接事实，包括人的

素质、习惯、精神状态；(6) 特别经验法则；(7) 外国法及习惯。台湾著名证据法学教授陈朴生将证明对象分为三大种：一是事实（包括假定事实和显在性事实与潜在性事实)；二是法规（包括外国法，自治法规或地方习惯)；三是经验法则，指从人生活上所形成之法则，因其性质之不同，得分为一般经验法则与特别经验法则二种。前者，系依普通人日常生活或法律生活所得知之事实，自无证明之必要，属负证事实；后者，系具有特别知识或经验者所得知之事实，其形成之法则，仍有待证明。在台湾刑事诉讼过程中，凡属有争执之事项，都必须提出证据予以证明。包括程序法事实，如负证事由之有无，诉讼应否受理，管辖之有无，补助事实、回避事由等等。

综上所述，无论是大陆法系国家，还是英美法系国家的证明对象立法与理论，共同点都将实体法事实，即与定罪量刑有关的一切事实及情节列为证明对象，同时都将众所周知的事实和预决事实列为免证事实。不同点在于大陆法系国家普遍地将程序法事实也列入证明对象，只是规定对程序法事实的证明可采用自由证明方式，但是对于那些可左右坦白任意性的事实，应给予当事人以争辩的机会而必须适用严格证明。这里必须特别指出的是，无论是英美法系还是大陆法系的诉讼，其证据制度都实行“法官自由心证”原则，法官在审判权的行使中有较大的随意性，可自由地支配案件的证明对象的范围大小。因此只要法官认为不清楚的情节或其感兴趣而深究的事实均为证明对象，控诉方及辩护方就必须予以证明，否则将承担败诉的后果。从这点上讲，法官是至高无上的审判主宰者。

第六章 证明原则、方法和过程

第一节 证明的原则

一、确定证明原则的依据

（一）什么是证明原则

证明原则，是指在诉讼证明活动中，司法人员必须遵循的行为准则。

我们知道，诉讼的证明就是司法人员在诉讼参与人的参加下用已知的事实去揭示并确认未知事实的活动，它不仅解决思维形式问题，而且解决案件事实内容问题，因此，它除了应当遵循一般逻辑证明的规则外，还应当遵循诉讼证明的原则，这样才能保证司法人员运用书籍事实（诉讼证据）认定未知事实（案件事实）的过程，是主观认识同客观存在相统一的过程，最终完成诉讼的任务。

长期的司法实践活动，使我们立法者总结并确立了不少符合诉讼规律，且有助于诉讼职权正确行使的证明原则，它们是：(1) 重证据、重调查研究不轻信口供原则；(2) 定案证据必须确实、充分原则；(3) 忠实于案件事实真相原则；(4) 排伪原则；(5) 法庭审查原则；(6) 禁止违法取证原则等。

（二）确定证明原则的依据

1. 案件的客观事实是可以查明的

案件是客观存在的，辩证唯物主义认为世界是可知的，案件的客观事实是可以认识的，从根本上看，任何案件的事实，通过正确地收集、审核证据，是可以查清的。但是由于办案人员的政治水平、法律知识、业务能力和社会经验等主观因素的不同，案件暴露的程度，可获的痕迹、罪犯隐蔽伪装的手段等客观条件的不同，对某一案件暂时破不了，或有时搞错了，这是在所难免的。

为了保证查清案件事实，克服主观条件的局限性，刑事诉讼法规定了立案、侦查、起诉、审判、死刑复核、审判监督等程序，以便通过反复收集、审查判断证据，最后达到案件的必然真实。

犯罪行为作用于客观必然引起客观事物的变化，不可避免地遗留下各种物质痕迹、反映形象，这给办案人员查清案件客观真实，提供了可能性。但是，使可能性变为现实性，要进行大量的、艰巨的、细致的收集判断证据的复杂活动。这一活动需要办案人员具有忠于人民事业的政治觉悟，职业的献身精神，有丰富的专业知识、社会知识、工作经验、技术水平，才可能获得充分确实的证据材料。

2. 正确认识案件事实同证据之间的客观联系

办案人员正确处理案件，必须全面收集同案件事实有联系的证据材料。辩证法是关于普遍联系的科学，客观世界是有内在联系的统一整体，各个事物之间是互相依存，互相制约的。刑事案件的事实也是同其他周围事物相联系着的。证据同案件事实之间这种联系，体现着偶然联系和必然联系的规律。案件发生后留下的物品、痕迹，反映形象，是通过物证、书证、证人证言、被告人供述等各个证据的偶然形式表现出来的。必然联系就是隐藏在各个证据材料偶然性之中的。通过收集各个偶然性的证据材料，才能找到必然联系。但是，偶然联系仅是一种可能性，不能凭孤立的个别的证据对案件主要事实作出肯定或否定的必然性结论来。应当收集相当数量与案件事实有偶然联系的各种证据材料，进行综合分析判断，排除矛盾，去伪存真，从若干相互一致的证据材料中，才能找到必然联系，得出肯定结论，查明案件客观事实。

3. 充分发挥司法人员的主观能动性

认识案件事实，必须尊重证据的客观性，收集一切能证明案件真实的证据，同时也要正确发挥司法人员的主观能动性。尊重证据的客观性与发挥司法人员的能动性是辩证的统一，是相互联系的。认识证据的客观性，尊重证据的客观性，是有效地发挥司法人员在审查判断证据中的主观能动性的前提。司法人员的主观能动性是收集证据、把握证据客观性，正确地认识案件事实的条件。离开了司法人员本身的活动，案件的证据不可能自动地去证明案件，也就无法查明案件真相。

4. 注意运用辩证的方法审查判断证据

把事物具有普遍联系的观点，运用到审查判断中去。要认识证据的证明力，只有把握和其他证据的联系，使证据之间互相印证，互相鉴别，才能防止片面性。还要坚持矛盾的观点。事物充满着矛盾，证据作为案件事实，也是有

矛盾的。但矛盾有其统一性。就一个案件来说，只有当证据所证明的事情是一致即排除了矛盾的时候，才能认定。所以，既要承认矛盾，估计到事物的复杂性，又要在碰到证据自相矛盾时，解决矛盾、排除矛盾，以查明案件真相。在办案过程，要把握案件的本质，抓主要矛盾。一般来说，刑事案件的主要矛盾是谁实施了犯罪行为。整个刑事诉讼过程主要是为了解决这个矛盾开展的。但是在诉讼的不同阶段和各个阶段的不同环节中，又有不同的主要矛盾。例如，刑事案件发生后，首先抓的主要矛盾为是不是犯罪行为，确定是犯罪后，查获犯罪人就成为主要矛盾，如此等等。解决主要矛盾，不是对其他矛盾完全不顾，而且次要矛盾在一定情况下又会升为主要矛盾，如在查获犯罪人之后，属于次要的矛盾的罪轻罪重的情节，就成了查证的重点了。各种证据也有本身特点，因此还必须分析矛盾的特殊性，才能解决矛盾，查清案情。

总之，马克思主义的辩证唯物主义认识论是司法人员依法审查判断证据，确定证明原则的指导思想和理论根据。

（三）确定证明原则的意义

证明的直接目的是完成证明任务。证明是通过证明过程来完成证明任务的。证明任务的完成必须遵循一定的指导思想和行为规则。证明原则就是司法人员运用证据，确认案件真实、完成证明任务所必须遵循的指导思想和行为规则。

证明原则的确定在完成诉讼证明任务中有着十分重要的意义。只有正确贯彻执行这些原则，才能保证司法人员准确、及时地查明案件事实情况，完成刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼的任务。没有正确的证明原则作指导，就难以保证案件事实的真实性，也就无法正确地适用法律。所以，确定证明原则不但是完成诉讼任务所需的，而且是正确适用法律的基础。

二、重证据、重调查取证、不轻信口供原则

（一）涵义

我国诉讼法规定："对一切案件的判处都要重证据，重调查研究"（《刑事诉讼法》第46条）；判决认定的事实"证据不足"，将依法被撤销（《刑事诉讼法》第189条、《民事诉讼法》第153条、《行政诉讼法》第61条）。

所谓重证据，就是司法机关审理一切案件，都要依据能够证明案件事实情况的证据，把证据作为定案处理的客观基础。

所谓重调查研究，是办案人员深入实际，依靠群众，实行专门机关与群众相结合，收集证据，了解与案件有关的情况，对案件事实作出正确的判断。

所谓不轻信口供，是指对于被告人的口供应当慎重对待，既不能完全不信，也不能盲目地轻信，必须对被告人的口供查证属实后才能作为证据之一运用。

（二）贯彻要求

贯彻这个原则，即要求认定案情和处理案件都必须进行深入的调查研究，必须以充分确实、不可动摇的证据为依据；要求特别注意对于口供（民事当事人陈述）以外的其他证据的收集、判断和运用；对于口供，要极其慎重地进行查证，以确定其真伪，而不能未经查证属实就轻易相信。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚。否则，一旦被告人翻供，又无其他证据来证明其罪行，就无法定罪判刑；如果没有被告人供述，（包括没有当事人陈述），只要能证明被告人的犯罪事实或当事人实体行为的性质的证据充分确实，就可以认定被告人有罪并处以刑罚，或最终解决当事人的法律责任。

（三）意义

1. 有利于司法人员全面树立实事求是的办案观念，强调把主要精力放在调查研究、收集证据上，而不是把注意力都集中在被告人口供当事人的陈述上，要注意对被告人口供以外的其他证据的调查。

2. 有助于司法人员正确地对待被告人的口供。对被告人口供必须采取慎重态度，决不能轻易相信，但同时又不能不信被告人的口供，经查证属实的口供、同样可以成为定案的根据之一。

3. 有利于保证司法人员的办案质量。如果不把主要精力放在深入实际，依靠群众，调查研究上，就不可能发现、收集与案件有关的各种证据材料，正确认定案件也就不可能。

三、定案证据必须确实、充分原则

（一）涵义

定案证据必须充分、确实的原则是法律规定的。我国《刑事诉讼法》第42条、第46条、第137条、第141条，《民事诉讼法》第63条、第138条、第139条、第153条，《行政诉讼法》第31条、第32条、第54条、第61条均作了明确规定。案件事实清楚，证据确实、充分，这是对诉讼证明中作出肯定结论的要求。

所谓定案证据的确实、充分，是指收集的所有证据都经查证属实，具有较

强的证明力，案件中的所有事实都有相应的证据加以证明，排除了一切可疑的情况，认定的事实是经证据证明后得出的惟一可靠的结论。定案证据的确实是对证据质的要求；定案的充分是对证据量的要求。

我国诉讼法规定证据有下列七种：(1) 物证、书证；(2) 证人证言；(3) 被害人陈述，当事人陈述；(4) 被告人供述和辩解；(5) 鉴定结论；(6) 勘验、检查笔录；(7) 视听资料。以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。司法实践的经验已经证明，上述七种证据，无论哪一种都存在真实的和不真实的两种可能性。只有经过查证才能确定其真伪。只有以查证属实的证据认定案件事实，才能符合客观实际情况，保证办案的质量。

定案证据之所以要查证属实，是因为：(1) 当事人或有关的人可能出于各种动机提供虚假的证据；(2) 证人、被害人可能因为年龄、健康状况、生理上的缺陷、认识水平等原因，而对事物的感受产生错觉，或者回忆时发生误差，或者陈述时不够清楚、准确等；(3) 环境等自然条件的限制或事物的变化可能引起的差错；(4) 司法人员工作上的失误也会造成证据失实。正因为如此，所以必须对所收集到的证据逐一查证核实。

证据必须查证属实，才能作为定案的根据，这里的“定案”主要是指人民法院对案件事实的认定，亦即法院认定被告人是否实施了犯罪行为；或肯定当事人某一诉讼请求能否成立。

（二）贯彻要求

(1) 据以定案的证据确已查证属实；(2) 案件事实已有必要的证据予以证明；(3) 证据之间、证据与案件事实之间的矛盾得到合理排除；(4) 得出的结论是惟一的，排除了其他可能性。以上四点同时具备，才能认为定案证据已达到确实、充分的程度。

同时，这里我们必须指出的是，定案证据必须确实、充分，并非要求证据越多越好。案内证据再多，若不能符合上述四点要求，也不能定案。如果符合上述四点要求，三、四个证据也可定案。定案证据必须确实、充分更不能理解为凡能证明案件事实的证据都必须收集齐全。一个案件，客观上存在的能够证明其真实情况的证据可能很多，司法人员往往不可能也没有必要把所有证据统统拿到手，收集的证据只要能够达到上述四点要求即可。实践中，有部分同志主张定案证据只要做到“基本证据确凿”即可，我们认为，也必须将它理解为是“定案证据确实、充分”的另一种表述而已，决不能理解为是“大概”、“差不多”，否则就与目前的我国诉讼立法相冲突，易误导办案实践，影响证明任务的完成。

（三）意义

立法确立并实践贯彻这一原则，有利于司法人员在诉讼的各个阶段，必须特别注意每一个所收集的证据都存在真实与不真实两种可能性，任何所获的证据材料只有经过查证属实后，才能用作定案的根据；同时指导我们司法人员检验案件质量的一个重要标准就是，所有用于定案的证据能否最终得出一个具有排他性的惟一结论，从而避免造成冤、假、错案。

四、忠于事实真相原则

（一）涵义

忠实于案件事实真相，是指办案人员在刑事诉讼过程中，要尊重证据的客观存在，如实反映案件的本来面目。《刑事诉讼法》第 44 条规定："公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书，必须忠实于事实。故意隐瞒事实真相的，应当追究责任。"《刑法》第 399 条规定："司法工作人员徇私枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的而故意包庇不使他受追诉，或者故意违背事实和法律做枉法裁判的，处五年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑。"

（二）贯彻要求

"必须忠实于事实真相"是要求司法人员必须具有刚正不阿、如实反映客观事实的态度，不得隐瞒、歪曲、捏造事实。立法之所以如此规定，是我国人民司法工作正反经验教训的总结，是辩证唯物主义世界观的体现。它是国家对司法人员的基本要求；是司法人员的基本职责；也是实现刑事诉讼任务的重要保证。司法人员只有忠实于事实真相，才能使案件的处理决定具有客观依据，才能为正确适用法律奠定坚实的基础。如果司法人员徇私情、畏权势，不忠实于事实真相，将严重损害社会主义国家的形象。

（三）意义

（1）有助于保证办案的质量；（2）有助于司法公正，维护法制的权威；（3）有助于提高司法人员的职业道德水平和秉公执法的自觉性；（4）它是执行"以事实为根据，以法律为准绳"的前提，是实现刑事诉讼任务的保证。

五、排伪法则

（一）涵义

排伪法则，也就是排除伪证的法则，是指利用事物之间存在的规律性的联

系来排除伪证的方法。我国诉讼立法没有明确规定这一证明原则。但在司法实践中，大家比较一致采用的排伪法则有三项：(1) 关联法则，即利用证据的关联性排除伪证的法则 (2) 矛盾法则，即利用事实之间的矛盾排除伪证的法则。自身矛盾，必有问题；两证矛盾，必有一假；与众证矛盾，多属假证；与案件矛盾，定是假证。(3) 实践法则，即通过实践排除伪证的法则。包括三种方法：实验法、辨认法、鉴定法。

排伪法则实质上是审查判断证据真伪的一个重要课题。不少学者认为伪证(假证)一般有三种：一是出于卑劣动机，收买证人，制造伪证、陷害他人；二是由于纷繁复杂的客观事物中的偶然巧合而形成的；三是办案人员违反法定程序，非法收集证据，搞逼供信而得来的。

(二) 贯彻要求

排伪法则。要求：首先要对证据材料持正确态度，既不能盲目相信，也不能轻易否定，而要下功夫作查证核实工作；其次，运用恰当的方法进行核查。查证据材料是否有正当的来源；查证据材料对案情有无证明作用，即能否证明案情和与案件有关联的事实；查证据材料是否符合证据形式的要求，手续是否齐全；查办案中有无逼供信。

(三) 意义

建立健全的排伪法则，有助于司法人员对案情事实真相的认识能建立在确实可靠的证据之上，为准确适用法律奠定坚实的事实基础；同时，有助于强化司法人员严格依照法定程序进行收集、审查判断和运用证据的活动。

(四) 关于外国证据立法中排伪法则的借鉴

美国《联邦证据规则》第801条排除传闻规则效力的是：(1) 无明确表示的行为；(2) 几种确定类型的证人以前所作的陈述；(3) 对方当事人所作的承认；(4) 同谋者的陈述。基本上在审判或讯问时作证的证人以外的人所表达或作出的有关案件事实的口头或书面的意思表示或非语言行为，均被视为传闻证据，而遭排除。但是《联邦证据规则》同时又规定：已被启示的证言；临终陈述；承认；有损利益的陈述；心理状态（精神或感情状态）；身体情况；审前辨认、业务档案、公共档案；商业和科学出版物；结婚证书等等都为排除传闻规则的例外，为什么呢？其理由是：(1) 已记录的证言是经宣誓作出或经正式确认的；(2) 陈述者确已死亡或证人确不能到庭作证；(3) 经法官确认它的存在的合法性，符合程序的要求；(4) 为公众所认可；(5) 有明确主张地作出了陈述的当事人，不能狡辩他自己当时没有获得交叉盘问的机会，人们不会说出

可能有损自己利益的话，除非他们讲的是事实。

《日本刑事诉讼法》第 319 条规定，排除用强制、拷问或胁迫的手段取得的口供、排除非法长期拘留或关押后的口供和其它的有非任意性嫌疑的口供作为证据。理由是基于宪法性的人权原则和诉讼供述任意性原则的破坏。日本任意性原则实源于英美的哥蒙罗证据法则，即由于利用不正当的引诱而强迫取得的口供有虚伪的危险，所以不能作为审判上的证据。其直接的诉讼效果就是确立了“米兰达法则”，即讯问被告人之前，必须告知被告人有权保持沉默。此法则也被大部分西方国家刑事诉讼立法所采纳。

意大利《刑事诉讼法》第 497 条规定了证人如当庭不发表以下声明：“我意识到作证的道德责任和法律责任，保证全部讲实话并且不隐瞒任何我所知晓的情况”，该证言将被排除其证据资格。视听资料在意大利的刑事审判中起着十分重要的作用，尤其是面对日益猖獗的走私犯罪、毒品犯罪的斗争中发挥着其他证据材料无法代替的效力。但对视听资料的定案资格，意大利《刑事诉讼法》第 271 条第 1 款规定，如果窃听是在法律允许的情况以外进行的或者未遵守法定的审批程序或未及时通知当事人的辩护人的，其产生的窃听活动资料不得作为证据加以使用。只要是违反法律禁令的情况下获取的证据，可以在诉讼的任何阶段和审级中指出上述证据的不可使用性，适用排伪法则。

德国《刑事诉讼法》第 264 第 1 款规定，对于法院，只允许依据在开庭审理时经口头陈述、口头辩论的事实而作判决。对侦查案卷记载的内容，原则上不允许作为法院判决的基础。

六、法庭审查原则

（一）涵义

我国诉讼立法明确规定，一切证据均须经过人民法院的开庭审查，才能作为判决的依据。这也是诉讼证明的一个重要原则。

《刑事诉讼法》第 47 条规定：“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实以后，才能作为定案的根据。”第 157 条又规定：“公诉人、辩护人应当向被告人出示物证，让当事人辨认；对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。”《民事诉讼法》第 66 条规定：“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。”《行政诉讼法》第 31 条第 2 款规定，证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据。

（二）要求

核实证据，是法庭调查阶段的中心问题。法官在法庭调查时，必须对作出定案依据的证据，当庭查证核实。这项活动主要是通过询问证人、鉴定人，出示物证进行辨认，宣读书面证词、书证和鉴定结论等方式完成。证据必须经出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，否则不能作为定案的根据。

核实证人证言的基本方法是当庭质证，质证就是对证人提供的证言提问和质疑，证人必须当庭回答，解释疑问。检察官、辩护人和当事人都可以申请审判长对证人发问，或者经审判长许可后直接发问，如果发问内容与本案无关，审判长有权予以制止。对鉴定人的结论询问质证亦如此。作为定案依据的各种物证、书证、法庭应向被告人、当事人出示、并让他辨认，确定其真实性。无法随案移送到法庭的物证、书证可以向被告人出示原物照片辨认。对法庭出示的各种物证，书证是否真实，被告人、当事人应如实回答。未到庭的证人证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录等应当当庭宣读，并听取当事人和辩护人的意见。

（三）意义

确立法庭审查这一证明原则，是贯彻执行刑事诉讼法基本原则的有效手段，公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约的原则和法院依法独立行使审判权的原则都要求审判人员必须以客观分析的态度去看待公安、检察机关所提供的案卷材料和结论，法庭审查原则有助于促进审判人员亲自主持去发现和确认客观真实，通过直接审问、听证、质证、全面调查核对证据，而不是仅仅依靠案卷材料和现成的结论；有助于坚持实事求是的原则，真正做到司法机关之间的互相制约；同时，也有助于防止和克服法庭审理的摆形式、走过场。

七、禁止违法取证原则

（一）涵义

我国 1982 年宪法规定，我国公民的人身自由、人格尊严、住宅不受侵犯，公民的通信自由和通信秘密受法律保护。为保障公民的宪法性权利，我国《刑事诉讼法》第 43 条作了相应规定，审判人员、检察人员和侦查人员必须依照法定程序收集各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗等非法方法收集证据。司法人员必须遵守这些收集证据合法性的要求。最高人民法院 1994 年 3 月 21 发布的《关于审理刑事案件程序的具体规定》第 45 条规定：“严禁以非

法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为证据使用。”

所谓禁止违法取证原则，就是指司法人员不得使用法律所不准许的方法或程序去收集有关案件的证据材料。这里所指的“法律所不准许的方法或程序”，具体主要指：刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗、指名问供、违规窃听、使用药物等。所以这样规定，是基于它们严重地违反了证据之法律性的要求，所获证据之内容也严重地危害着证据之客观性和关联性的要求。

现代世界各国的宪法、刑事诉讼法都禁止非法取证。日本宪法和刑事诉讼法都明文规定，对强制、拷问、胁迫的认罪供述以及经过不当的长久拘留、监禁后的认罪供述都不得作为证据。德国刑事诉讼法也规定，禁止对被告人使用侵犯其决定和表达意志自由，以及损害人记忆力和理解力的方法。如拷问、非法折磨、疲劳战术、服药催眠以及威胁、欺诈、非法许愿等方法，不论被告人是否同意，都是禁用的。法国刑事诉讼法规定，不论是粗暴的还是缓和的刑讯方式，都禁止使用。从上述这些国家的证据立法我们可以清楚地看出，禁止用非法的手段取得言词证据，凡属非法手段获取的言词证据都不得成为定案的依据。这里我们还不妨举一个发生在英国的实例说明之，被告人赫德森是伦敦自治市的一名主管计划的官员，平时品格很好。他被指控犯有贪污罪后，关押在警察站达五天四夜之久，各次讯问累计 25 小时，共讯问 700 个问题。最后，他在警察站承认有过一些受贿。他承认的事实与法庭证实的事实不符。上诉法院认定，赫德森已是 59 岁的人，过去没有任何污点，羁押的环境和讯问方式，是一种强烈的高压手段，是非法的，因而被告人的认罪供述不得用作定罪的依据。

总起说，各国对待非法手段取得证据之证明力问题大体上有以下三种观点：

1. 排除说，以美国为代表

1961 年，美国最高法院在审理“普俄亥俄州”一定确定了除外规则，即：“通过违反宪法的搜查和没收所获得的一切证据，按宪法规定，在州法院是不可取证的。”这种做法很明显，一方面可维护法律尊严：另一方面也可保护公民人身权利。但也有可能放纵犯罪，导致法律的惩罚性不能得以实现。我们认为这种观点是可取的。很明显排除说的最大优点就在于其既维护了法律尊严，又维护了公民人身权利，同时又严肃了执法纪律。这对于一国统治者来说是至关重要的，相对于可能放纵犯罪来说当然应该取前者。物皆有利弊这是客观事实，关键就在于“两弊相权取其轻。”特别是随着当今民主政治日趋完善，对

统治阶级来说，法律是实现其统治的工具，是维护其尊严和权威的有力手段，若公民的基本人权都无法得到保障，那么可以说，该统治者在政治上是失败的；同时，排除说的弊端仅仅是可能放纵罪犯，而非肯定放纵罪犯。如果我们认可了排除说，那么可迫使讯问工作人员采用合法而科学的方法去取证，相反，如果我们采纳非法手段获得的证据，则非法手段将会日趋泛滥，民主法制即无从谈起了。曾经有人对排除说能否起到保护人权的作用产生了怀疑，认为这种做法一方面保护了被告人人权，另一方面却践踏了被害人人权，因为被害人人权是受法律保护的，不允许任何人侵犯。我们认为这种想法有其自身的弊端，不能单纯以对被告人人权保护而去否定对被害人人权保护，两者之间并无必然联系。因为从法律角度来说，被告人与罪犯之间并非是等号，而只能是嫌疑犯，他也有可能同被害人一样是无辜的。

2. 区别对待说

其主张对非法手段获得的口供和物证应区别对待。认为对非法手段获得的口供应彻底否定，而对非法手段获得的物证予以采纳。理由是："如果把非法手段获得的口供作为定案依据，这就等于承认了用非法手段获得证据是合法的。"非法手段获得的物证之所以能作为定案依据是因为："物证不同于口供，它除非伪造是不会发生改变的。"这种观点，我们认为是值得商榷的。它企图在采纳说和排除说之间寻求一条两全齐美的途径，既想维护法律的严肃性，保护人权，又想实现法律的惩罚性。然而我们仔细地去看一下，其支持观点的理由显然是有矛盾的。其认为非法口供不能被采纳理由是：如果这种口供内容被采纳，无疑是承认了采取口供这种非法手段形式上的合法化，难道非法物证的内容的采纳就不是对获取这种物证的非法手段的承认吗？而且，持此观点的人认为物证不同于口供，可被采纳原因在于它一般是不会发生改变的，但前面也有限定即除非伪造，从中我们可以看出物证同口供一样都可能存在着某种虚假情形，因此仅从这一点上得出物证可采纳而口供要排除的结论显然是没有足够的说服力的。

3. 衡量采证说

其代表是英国。在"女王诉桑"的案例中确立了这样一个原则："在刑事审判中，如果初审法官认为证据的不利作用超过了它提供证据的价值，那么该法官就享有不采纳这种证据的自由裁量权。"这种观点，在英国这个判例法国家里显然发挥了很大作用，它们的法官在自由心证制度下享有较大自由裁量权。对各种证据证明力之大小法律上无明文规定，而由法官根据理性作出裁量，以丰富的工作经验作基础，在公正的良心指导下对法律的惩罚性的保护人

权等方面综合地加以考虑，然后作出取舍，这样是较为公正的，同时在他们国家也是合法的。但任何事情都得具体问题具体分析，在中国这个成文法系国家，在法律上已明文规定了收集证据的手段必须合法，司法工作人员根本上无自由裁量权，也无法去衡量采证，因此衡量采证在中国根本上行不通。

从证据本身特点来看，我们知道，证据具有客观性和关联性两个基本特征。它是保证裁决准确性的最根本要求。只有使搜集来的证据符合这两个特征，才能实现裁决的公正性。意大利法学家贝卡利亚在他的《论犯罪与刑罚》一书中曾作了精辟的论述，他认为刑讯逼供是一种无耻和荒谬的作法，根本不能发现案件的真实情况。因为拷打的疼痛，“留给被拷打人的自由，只是选择在该瞬间能不受痛苦的最好办法，……这样一来忍受不了痛苦的被告人，为了结束这种痛苦，便招认自己有罪，有罪人和无罪人的任何区别，由于专门用来判断这种区别的手段而消失”。由此可见，非法手段获得的证据不仅缺乏客观性，而且缺乏关联性，它导致被告人为了免受痛苦而虚构事实以满足收集者的欲望。它从形式上看，好像能证明被告人有罪，与被告人犯罪有联系。然而从本质上看，这并非必然的联系，而是虚构的联系，从而也就排斥了其定案的证明力。非法手段非但难以获得真正的证据，而且给审查证据带来极大困难。由于采证者总是企图避免被看出其使用了非法手段，因此总是千方百计地加以掩盖，导致许多冤假错案发生。从这方面看文章开首所提出的三个争论观点。第一种观点在排除说中已论述。第二种观点主张把“非法手段”与“证据”区别对待，认为不能因手段非法而把“客观事实”认定为不是“证据”。当然，我们不能否认，非法手段同样可以获得客观事实，如果出现这种情况，那么依证据概念，同样它是证据。但我们认为，这种证据只是广义上的证据，有证据价值即能证明某种客观事实存在，而无证据证明力即作为定案依据的效力，原因就在于其没有同时符合证据客观性和法律性要求，人为地将一个条文中的两个组成部分“非法手段”和“证据”割裂开来，无疑是对法律的断章取义，一种误解。国外曾有类似这方面的做法，如英国习惯上有这样做法：合法与非法手段获得证据在法庭上效力的差别仅是：如果是非法手段获得的证据，则可按照民事诉讼去实施补偿。它实质上是把“非法手段”与“证据”割裂开来了。但我们应该看到这一点：英国是个判例制国家，许多做法都是沿袭某种判例形成的习惯；而中国是个成文法系国家，法官无自由裁量权，他们不仅要顾及到判案的公正性，而且还要遵守法律的明文规定。第三种观点主张把非法证据材料看作“证据线索”。这种主张从大的方面已否定了非法证据的证明力。像我们在论及第二种观点中论及的那样，它另一方面也承认了其有证据价值。

（二）贯彻要求

禁止违法取证原则的贯彻要求，就是司法人员应在追求案件实体真实的同时，也应当追求程序的真实合法性，使形式与内容保持统一。国家司法人员对人犯实行刑讯逼供，在我国《刑法》第247条规定了刑讯逼供罪，将依法追究其刑事责任，以确保这一禁止性原则能够得到严格遵守。

（三）意义

这一原则的确立，从一个角度体现了我国社会主义的法律制度同一切野蛮、反动的法律制度的根本区别；它是正确认定案情、准确适用法律的必要条件，而违背这一原则，将势必导致对案件的错误处理，并会损害国家的信誉，法律的权威，破坏司法机关在社会公众心目中的形象。同时，也不利于树立执法人员良好的职业形象。

第二节 证明的过程

一、证明过程概述

诉讼证明过程，是指证明活动的经过，是在诉讼中依法负有举证责任者提出证据，司法机关收集证据，审查判断证据，运用证据认定案件真实的过程。证明的过程，也是办案人员主观认识逐步符合客观实际的过程；是办案人员进行思维的客观条件和思维的主观条件相结合的过程；是他们依靠思维器官，对有关案件的证据材料，进行去粗存精和去伪存真的改造，从感性认识上升到理性认识，正确认定案件事实的过程。证明的过程始于立案，诉讼活动的开始就是证明活动的开始，诉讼活动向前发展，证明活动也随之发展。诉讼证明活动是与诉讼活动紧密联系在一起的。诉讼证明活动终于裁判的形成。

诉讼证明大体上可以分为两个阶段：即诉讼证明的准备阶段和诉讼证明的进行阶段。这两个阶段不是断然分割开的，而是紧密相连在一起，在诉讼准备时，也有诉讼证明的进行；在证明时，如果发现准备条件不足，也可以继续进行准备，我们把诉讼证明活动分为两个阶段，是为了便于对其进行分析、研究，寻找其不同的特点，以便更好开展诉讼证明活动，完成诉讼证明的任务。

二、证明的准备

（一）确定证明对象的范围

证明对象的范围，是指在具体的诉讼案件中，那些需要通过证明才能确定的事实的范围。诉讼证明对象的范围是因案而异。不同的案件，证明对象的范围也不同。以刑事案件为例，被告人的年龄一般不需要作为证明对象，他说30岁，看上去也差不多，不可能是未成年人，不必作为证明对象。但是，如果可能涉及到是否满14岁、16岁或18岁者，就需要列为证明对象加以证明。有的案件谁是被告人是不明的，需要作为证明对象；而有的案件的被告人是清楚的，不需要作为证明对象去证明。在民事诉讼中，有的要把某种法律关系是否产生作为证明对象，有不需要对某种法律关系是否发生作为证明对象，但要把其是否变更作为证明对象，有的要把某种法律关系是否消灭作为证明对象。同样是购销合同纠纷，有的证明对象是货物质量的问题：有的是产品规格和数量问题，有的是交货期限问题。总之，每一个诉讼案件，都有其本身所需要的证明对象的范围。诉讼案件的证明准备，首先要明确本案哪些事实需要通过证明来实现。

明确证明对象的范围，可以指导办案人员制订收集证据的计划，使办案人员明确应该到何处收集证据，收集哪些证据，为完成诉讼证明作准备，进而为开展诉讼证明活动奠定基础。

正确确定证明对象的范围，防止把证明对象范围划得太宽或者太狭，既有利于防止浪费人力、物力、保障诉讼经济；又有利于防止错案。

（二）根据诉讼证明任务的需要收集证据

当诉讼案件的证明对象的范围明确之后，紧接着就是收集证据。证明对象就是待证事实。收集证据应该围绕待证事实，要根据完成待证事实证明任务的需要去收集充分、确实的证据。要完成证明任务，或者要到发案地去进行勘验，获得勘验笔录；或者对有关人进行检查，获得检查笔录；或者找待证事实的知情者询问，收集证人证言，被害人陈述和当事人陈述；或者指派、聘请有关人对案中专门问题进行鉴定，获得鉴定结论等等。

当诉讼案件的证明对象范围确定了，诉讼证明的任务也就明确了。如果案件的证明范围发生变化，证明的任务也随之发生变化。证明活动依赖于证据，进行诉讼证明的准备，最根本的准备就是收集证据，就是要根据证明任务的需要，收集确实、充分的证据。

（三）收集证据的原则

为了保证准确、及时地收集到有关的证据，顺利完成诉讼证明的任务。在收集证据的活动中，根据法律的要求和司法实践经验，必须遵循如下原则：

1. 依法进行的原则

收集证据是诉讼的行为。是司法人员发现和获取证据所进行的活动。既然收集证据是诉讼行为，就必严格依照诉讼法律的规定进行。要有法必依，执法必严。

我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》在有关的章节中，就收集证据的具体行为规定了方式、方法等。比如，《刑事诉讼法》规定，在侦查中讯问被告人，侦查人员不得少于二人；询问证人应当个别进行，审判人员和检察人员询问证人应当先告知他应当如实提供证据、证言以及有意作伪证或隐匿罪证要负的法律责任；严禁司法人员刑讯逼供和使用威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据等等。又如，《民事诉讼法》规定：勘验物证或者现场，勘验人必须出示人民法院的证件，邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加。对勘验情况和结果应当制作笔录，并由勘验人、当事人和被邀请参加人签名或盖章。再如，《行政诉讼法》规定，“在诉讼过程中，人民法院认为对专门性问题需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定”（第 35 条）。三个诉讼法有关收集证据的规定，是司法人员在收集各种证据的活动中必须严格遵守的行为规范。对有法不依者，必须予以追究。对于采用刑讯逼供方式去收集证据的，应分别酌情按刑法 136 条的规定予以惩处。

我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》有关收集证据的规定，有利于保证一切与案件有关或者了解案件事实的公民，有客观地充分地提供证据的条件，防止可能出现的差错，以保证收集确实充分的诉讼证据。同时，也有利于保障公民的人身权利和民主权利。

2. 坚持专门机关与群众相结合的原则

专门机关是指人民法院、人民检察院和公安机关包括国家安全机关，在刑事诉讼中应当主动收集证据；在民事诉讼中，人民法院在某种情况下应当调查收集证据；在行政诉讼中，人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。

我国《刑事诉讼法》第 43 条、《民事诉讼法》第 65 条、《行政诉讼法》第 34 条等都规定，司法机关收集证据要依靠群众。这是因为刑事、民事和行政案件，总是在一定的时间、地点发生的，案件的当事人也总是在群众之中。案

件的发生必然导致客观事物的变化。有关案件的情况，能够反映案件事实的物品、痕迹、案件当事人因案件而发生的变化，难免被周围群众直接或者间接地看到、了解到，司法人员深入群众，就可能发现知情人，收集到对案件有证明意义的证据，满足诉讼案件证明的需要。

依靠当事人是依靠群众的特殊形式。在民事诉讼中和行政诉讼中，实行谁主张谁举证。刑事自诉人对自己的主张也必须举证，刑事当事人在某种特定情况下，也负有举证责任，如巨额财产来源不明案中，被告人就负有举证说明财产的来源，否则予以定罪。当事人都是诉讼法律关系的主体，他们对案件事实最了解，要求当事人履行举证义务，调动其举证积极性，有利于司法机关迅速收集确实、充分的证据，及时查明案件真实情况，并作出公正处理。

实行专门机关与群众相结合的原则，既调动专门机关收集证据的主动性，又调动人民群众提供证据的积极性，有利于查明案件真实情况，保证办案质量，提高办案效率。实践证明，实行这种结合是必要的。某些案件的某些证据，当事人是难以获得的，有的证据又因为当事人不了解其作用而未能提出，在这种情况下，不要求机关司法人员主动收集证据，案件就难以查清。相反，如果不依靠群众，不要求当事人履行举证责任，不仅要大大增加司法机关工作量，而且可能收集不到确实、充分的证据，案件也得不到及时正确的处理，诉讼任务无法完成。

（四）收集证据的要求

为了保证及时完成收集证据的任务，在收集证据的活动中，除了必须遵守前面讲述的原则外，根据这项活动对象的特点以及司法实践经验，要求负有收集证据义务的人员必须做到以下几点：

①迅速及时

证据是能够证明案件真实情况的事实，这些事实表现为物品、痕迹或者留在人们脑中的映像。它们是伴随着案件事实的发生而产生。对案件事实具有证明意义的物品、痕迹，如果不及时收集，就可能由于风吹雨淋等自然因素，或人们有意无意的行为损害，产生变化或失灭，影响其对案件的证明力。留在人们脑中的有关案件事实的映像，如果不及时询问，制成笔录固定，就可能由于时间久了，知情人记忆模糊，也可能由于知情人去向不明难以收集，或者知情人损失行为能力再也无法取得他所知道的事实。在民事和行政案件中，如果遇有当事人难以取得的证据，特别是那些延误时间可能难以取得，甚至可能失灭的证据，司法机关必须迅速及时地收集。实践证明，在收集证据的活动中，如果行动迟缓，错过有利的时机，一些证据就会发生变化甚至被毁灭，案件事实

就难以查清。

②深入、细致

深入、细致是对负责收集证据人员工作作风的要求。深入，就是要深入到群众中去进行调查研究，去发现证据，获取真实的证据。刑事案件的犯罪分子实施犯罪行为后，为了逃避法律的制裁，往往制造各种假象，混淆是非，迷惑人们的视听。民事和行政案件的当事人，为了胜诉，往往只提供对己有利的证据，隐匿对己不利的事实。所以司法机关办案人员不能被表象所迷惑，必须深入到发案地和其他有关场所去，深入群众，去发现并收集真实的情况，以便查清案件的客观真实情况。

能够证明案件真实情况的物品、痕迹，形式是多样的。有的很大，有的却很小，一根毛发、血迹、痰迹、纸片以及尘埃等，如果不细致，粗枝大叶，马虎从事很可能就发现不了。实践告诉我们，如果收集证据不深入、细致，往往会漏掉具有重要证明意义的证据，给查明案件事实带来极大的困难，甚至造成错案。

③客观、全面

收集证据的目的在于认识案件的本来面目，因而必须尊重客观，采取实事求是的态度，不允许扩大或者缩小事实。只有收集的证据客观真实，才能为正确认定案件事实奠定基础。

全面收集证据，是全面认识案件的必要条件。无论是解决刑事被告人的刑事责任问题，还是民事纠纷中有关法律关系的产生、变更和消失的事实，或者是弄清有关行政机关的具体行政行为是否合法、是否恰当问题，都要求全面收集有关证据。只有全面收集证据，才能防止片面性，才能保证查明案件事实真相，为正确处理案件奠定基础。

④充分运用现代科学技术手段

在收集刑事证据的过程中，经常会遇到一些微观证据，如尘埃、痕迹、血迹、气味等，肉眼难以观察到，要发现它们需要应用现代科学技术手段。有的证据，被发现了，要提取也得应用现代科技手段。确定有关物品、痕迹有无证据意义，也需要借助现代科学技术手段进行鉴定。在民事证据中，要确定某人是否有行为能力，某遗嘱是否是立遗嘱人亲笔书写；在经济纠纷中，产品质量是否合格等，都需要应用现代科学技术手段进行鉴别，才能查明案件事实。总之，在诉讼案件中，有关证据的发现，提取和鉴别，都需要充分应用现代科学技术手段，否则就难以获得确实、充分的证据，以满足证明任务的需要。

有关证据的收集方法、对各种证据的固定和保全，在前面有关章节已作论

述，这里不再重复。

三、证明的进行

（一）进行诉讼证明的条件

诉讼证明活动离不开一定的条件，没有一定条件，无法进行证明活动。进行诉讼证明活动的主客观条件，直接影响证明的结果是否符合客观事实。

进行诉讼证明活动的客观条件，是证据材料。诉讼证明的进行是建立在发现和收集一定的证据材料基础上的。有了证据材料，才能对证据材料进行审查判断，才有可能得到对案件事实有证明作用的证据，才能用以去证明案件的待证事实。

进行诉讼证明的主观条件，是指能够影响作为证明活动主体的司法人员思维能力的一些因素。这些因素包括正确的政治观点；辩证唯物主义的哲学观点；社会主义法制观点；丰富的法律业务知识；丰富的社会知识和经验；丰富的司法工作的实践经验。在这些因素中，以正确的政治观点和辩证唯物主义哲学观点尤为重要，前者是诸因素的灵魂，后者是诸因素的基础。当然，其它因素对于思维能力的形成，也有重要的作用，也是不可缺少的。

（二）诉讼证明过程的开始

司法人员收集的证据材料，有的是真的，有的是假的，有的可能是真假掺杂的。因而对所收集的一切证据材料，都必须进行审查判断。只有对证据材料进行去粗存精、去伪存真的审查判断，确定各个证据的确实性及其对案件的证明性后，才能进行证明活动。审查判断证据是诉讼证明过程的第一步。

审查判断证据的过程，就是司法办案人员认识证据事实的过程。判断证据材料的真伪要有一定的标准。不同的证据制度，审查判断证据的标准也不同。神示证据制度，以神的启示作为审查判断证据的标准；法定证据制度，以法律规定的形式，作为审查判断证据的标准；而自由心证证据制度，则以法官的“内心确信”为标准。我们社会主义国家的证据制度，以客观真实作为审查判断证据的标准，我们坚持诉讼案件中的一切证据材料，必须经过查证属实才能作为定案的根据。

首先，要对各个证据的来源进行审查。诉讼证据是怎么得到的，包括它是如何形成的，是由谁收集或者提供的，是否依照法定程序收集的。根据证据的来源，审查判断各个诉讼证据所反映的事实是否真实。在审查判断每个证据时，要具体问题具体分析，根据不同特点进行审查。比如，实物证据，包括物品、物质痕迹、书证，要着重审查它是否伪造的。而言词证据，由于陈述者容

易受到主客观因素的影响，除了应查其与案件或者当事人有无利害关系外，特别要着重审查他是如何知道案件情况的、感知的客观环境如何，感知、记忆、表述能力如何。

其次，要审查证据的内容。这是审查诉讼证据内容本身反映的事实是否合理，有无矛盾。任何事物都有自身存在的规律。客观事物都是相互联系的，把证据所反映的事实，放到与它相联系的环境中考察它是否合理，有无矛盾。比如，王某提供证言：当夜12时，他因事起床，在家门口看到被告人从现场出来，手里拿着带血的刀。经查，当夜天气不好，伸手看不见五指，而王某家门口距现场有20米。据此即可看出王某的证言内容不合理，与客观事实有矛盾。于是即可断定王某的证言是不真实的，是假的。

再次，要审查证据事实与案件事实的关系。一个事实如果来源是正当的，其内容也是合理的，没有任何矛盾。这只能确定这个事实本身是真实的，但尚不能确定它对案件事实有何证明作用。因此，要确定它是否可以用来证明案件事实，就必须审查它同案件事实的关系。一个事实只有与案件事实存在客观的联系，才能对案件起某种证明作用，才能作为诉讼证据使用。

最后，要审查证据同案中其他证据的关系。诉讼案件中不可能只有一个证据，因为孤证是不能定案的。每一个诉讼都必须收集若干证据，因而每一个证据，就可以把它同其他证据加以对照、印证、综合分析，从相互的联系上考察它们所反映的情况是否协调一致。如果发现它们之间所反映的情况存在矛盾，就说明有假证。应及时查清。

当然，审查判断证据，不仅要解决每一个证据的真实性以及它们对案件的证明意义问题，而且还确定证据的充分性问题。所谓充分性，就是案中所收集的证据，足以排除其它可能，从而认定案件事实。只有对全案证据进行综合分析，才能明确案中所收集的证据是否达到充分的程度。

（三）诉讼证明过程的完成

诉讼证明的最终目的，就在于运用诉讼证据，准确地认定案件事实，以正确适用法律，作出公正判决，完成诉讼的任务。因此，对证据材料进行审查判断，确定证据确实性，与案件事实的关联性，及其合法性之后，也就是对证据材料完成证明任务之后，要立即转向对案件实体事实的证明活动，这是证明过程的第二阶段，也是证明过程的深化。

我国刑事、民事和行政诉讼法都规定，人民法院宣告的判决，必须做到案件事实清楚，证据确实、充分。这里的案件事实清楚，是指作为诉讼证明对象的案件实体事实。在刑事诉讼中，是指作为对被告人定罪处刑的事实；在民

事、经济诉讼中，是指对解决原被告纠纷有意义的事实，在行政诉讼中，是指能够确定具体行政行为是否合法的事实。

证据确实、充分，是对诉讼质量和证据的要求。从质的方面说，就是要求用作定案根据的各个证据必须都已查证属实。它们都是客观存在的，同案件事实存在客观联系的事实。从量的方面说，就是要求定案的证据必须充分。证据充分有两重意思：其一，案件中每一个证明对象都有必要的证据予以证明，没有足够证据证明的事实就不能认定；其二，全案证据充分，就是整个案件的全部证据之间，证据与案件事实之间的矛盾得到合理排除。如果案件的证据之间，或者证据与案件之间出现某些矛盾，就必须深入调查研究，继续收集证据，进行去伪存真，直到存在的矛盾被排除，并符合客观情况。同时，根据全案的证据形成的结论，必须是肯定的惟一的结论，排除其他的任何可能。如果还有其他可能存在，案中的诉讼证据不是不充分，就是其中可能还存在有假的证据，就不能认定案件事实。

证据的确实与充分是质与量的关系。确实是基础，没有确实的证据，谈不到有充分的证据。但是，有了确实的证据，不等于获得了充分的证据。证据如果不充分，可能其中存在假证据。因此，无论是刑事诉讼、民事诉讼，还是行政诉讼，案中的诉讼证据的质和量都必须符合法律的要求，才能定案，诉讼证明过程才能结束。

需要指出的是，案件事实清楚，证据确实充分，这是对诉讼证明中作出肯定结论的要求。如果没有达到这个要求，就不能认定有关的案件事实。同时，事实清楚、证据确实、充分，仅指对案件中实体事实的证明所要达到的要求，而对诉讼程序事实（证明对象），法律没有规定这样的要求。

（四）认识案件事实的过程

辩证唯物主义认为，案件事实是客观存在的，是可以认识的。诉讼证明过程，就是办案人员认识案件事实的过程，也是他们的主观认识与客观实际相统一的过程。从认识的进程上讲，办案人员认识案件事实，分为感性认识和理性认识两个阶段。办案人员要认识案情、判明是非，就得接触与案件有关的事实，就得收集证据材料，这是认识案件事实的第一步，是认识的感性阶段。接着对所收集的证据材料进行审查判断，并运用证据分析案情，这里讲的“判断”、“分析”，就是对收集的证据材料进行抽象思维，是对案件事实的理性认识阶段。从思维的过程讲，感性认识阶段和理性认识阶段是不能截然分开的。两者虽有区别，但却是互相结合同时考虑的。在收集证据，决定对证据的取舍的认识中，包含着对案情的分析判断；在分析判断案情的认识中，又要继续收

集证据。如果在收集证据时，不去分析案情，就会使收集证据迷失方向；而在分析案情时，如果不继续收集证据，对案情认识不能深化，不正确的认识就不能及时得到纠正。

从认识运动的秩序上讲，还需要经历两个认识过程，一个是由特殊到一般的认识过程，另一个是由一般到特殊的认识过程。

从特殊到一般，收集证据证明案件真实性时，要一个个地收集和审查，经过互相鉴别印证，才能认识每一个证据的确实性。在认识每一个证据的基础上，再进行抽象的思维、概括，进行推理判断，从而得出一般结论。

从一般到特殊，就是在有了一般结论的明确方向指引下，继续收集证据，判断证据，使一般的认识进一步深化，完成认识运动秩序的第二个过程。如果二个过程没有发生错误，办案人员就使自己的主观认识符合于客观实际，正确地认识案件事实，完成诉讼证明过程。

第三节　证明的方法

一、研究证明方法的意义

（一）什么是证明方法

证明方法是指司法人员运用查证属实的证据，证明案件事实的具体方法。

诉讼证明的方法，是由证据制度决定的。不同的证据制度就有不同的证明方法。神示证据制度，其证明方法主要是神示法、宣誓法；法定证据制度，其

桥或船的问题，过河是一句空话。不解决方法问题，任务也只是瞎说一顿。”

2. 研究证明方法，有助于完善证据制度。证明方法是否科学，是关系到证据制度的优劣问题。我们说神示证据制度，法定证据制度，自由心证证据制度不是好的证据制度，就是因为它们的证明方法不科学，不能正确地认定案件的客观事实，也就是不能很好地解决办案人员的主观认识符合客观事实问题。

3. 研究证明方法，有助于提高办案人员的办案水平，提高办案质量。诉讼的核心问题是正确地证明案件事实。证明方法是关键问题。在司法实践中，往往会遇到这样的情况：同一案件，同样是那些证据，有的办案人员可以认定案件的事实，有的则不能认定案件事实。就像要过河一样，有的人只知走桥过河而不知其他方法；有的人不仅知道走桥过河，而且知道坐船、乘飞机、游泳等方法过河。因此，研究证明方法，使办案人员掌握尽可能多的科学证明方法，就能提高办案人员的办案水平，保证正确打击犯罪，解决各种诉讼纠纷。

二、直接确认法

（一）什么是直接确认法

所谓直接确认法，就是指证明主体根据查证属实的直接证据，直接认知案件事实的证明方法。这种证明方法是最简单的证明方法。在一般情况下，大家都知道应用。比如，甲亲眼看到乙持刀刺伤丙，如果甲把自己所看到的情况，如实向司法机关作了陈述，如果丙也向司法机关报案说，是乙持刀刺伤他的，又有对伤情的鉴定结论（轻伤或重伤），那么司法机关即可认定甲的证言是确定的，就可以根据这个证据直接确认乙伤害丙的案件事实。

（二）直接确认法在诉讼中的运用

运用直接证据证明案件事实，其证明过程比较简单。运用这种方法证明案件事实，要具备二个条件：一是获得直接证据；二是对直接证据查证属实。这两个条件是密切联系，不可分割的。没有收集到直接证据，谈不上对它查证属实；有了直接证据，未经查证属实也不行。

直接证据主要表现为言词证据，如当事人陈述，证人证言，被害人陈述等，但并不是说这些陈述都是直接证据。还有一部分书证，如借据、合同、遗嘱、行政行为的文书等。在刑事诉讼中，直接证据比较少，比较难得到，在民事诉讼、经济诉讼和行政诉讼的案件中，直接证据比较多，为使用直接确认法证明案件事实，提供了有利条件。

使用直接确认法证明案件事实的关键是证明直接证据的真实可靠。要严禁用刑讯逼供、诱供、套供等违法方法去收集言词证据。对书证要进行笔迹鉴

定、印章鉴定。对合同、借据、遗嘱等书证，还要审查其是否合法、有效。一切用作直接确认案件事实的直接证据，都必须有其他证据足以证明其真实性，否则不能用来定案。

三、推理判断法

（一）什么是推理判断法

所谓推理判断法，就是由若干个间接证据通过推理判断确认案件事实的方法。由于种种原因，某些案件得不到直接证据，但是获得确实、充分的间接证据，经过推理判断可以确定案件的事实。

任何单个间接证据，即使查证属实也不能证明案件事实，只有众多的间接证据有机地结合在一起才能证明案件的主要事实或者全部事实。

（二）推理判断法在诉讼中的运用

在诉讼案件中没有直接证据，只有间接证据，是否可以通过推理判断认定案件事实，许多人还持怀疑态度，以致只有间接证据无法定案或者不敢定案。

只有间接证据，只要具备确实、充分的条件，就可以通过推理判断证明案件事实。下面一例就是只有间接证据认定案件事实的。在某城郊的一条公路上，某甲骑自行车由西向东前进，有一辆带拖车的汽车与甲同向前进，汽车上坐着乙、丙、丁三名装卸工。当汽车与自行车并行时，乙伸手拍了甲头部一下。汽车过后李某路过这里，看到甲倒在公路上，李即大喊要前边路口的交通警把汽车拦住，但交通警没有听清楚，没有把车拦下，只是记下车号。

经现场勘验表明，甲是被汽车压死的。是哪一辆汽车压死甲，造成汽车压死甲的原因是什么，就是本案需要查清的事实，这两个问题也就是本案证明对象。

本案收集到如下证据：(1) 现场勘验认定，甲是汽车拖车的后轮通过头部压死的；(2) 李某证明：这辆汽车过后，没有见到第二辆汽车从甲躺着的地点通过，甲又是在这辆汽车行使的道上躺着的。发现死者的现场的没有第二个骑自行车者；(3) 这辆汽车刚过后，李某发现死者甲，并向交通警呼喊，交通警记下这辆车的车号。交通警也证明这辆车开过后没有第二辆汽车经过现场，未见第二骑自行车人；(4) 这辆汽车司机证明：他没有看到在他前面有汽车行驶；也没有看见路上有压死人；(5) 坐在这辆汽上的乙供认车开过现场时，曾伸手朝骑自行车人的头上拍了一下，丙和丁也证明：他们看到乙伸手拍了骑车人头部一下。

上述五项证据都是间接证据，相互印证，都可认定它们是真实可靠的。应

当怎样进行推理判断呢?:

第一，由于证据表明在这辆汽车（即被记下车号的汽车）前没有其它汽车驶过，在这辆汽车驶过后，也没有第二辆汽车在后行驶，而且死者甲是躺在这辆汽车行驶的道上。这就可推断：就是这辆汽车压死甲的，而不可能是其它汽车。

第二，由于在死者前面没有第二个骑自行车人，在甲后面也没有骑自行车人。这就可推断：乙拍骑自行车人头部的，不可能是别人，只能是甲。

第三，由于乙拍头部事实的存在，排除了由于司机的原因，汽车把甲撞倒；也排除了甲骑车碰上汽车而倒，因为，如果是这两方面原因，乙就不可能拍到甲的头部。因而又可推断："拍"与骑自行车的甲的"倒"存在因果关系，"拍"在先是"因"，"倒"在后是"果"。乙是实施"拍"行为者，导致甲"倒"下被汽车压死的结果，应当承担刑事责任。

在司法实践中，只有刑事诉讼存在没有直接证据，特别是在侦查阶段，很多情况是依靠间接证据的推理判断进行破案的。如果不善运用推理判断法，就可能造成丧失破案的时机，甚至破不了案。

运用推理判断法认定案件事实，用来推断的间接证据必须是经过查证属实，必须达到充分要求。推断要正确，要符合逻辑规律，要符合运用间接证据的规则。

四、反证法

（一）什么是反证法

所谓反证法就是用证据证明与证明对象相反的事实的虚假性，来确认证明对象的真实性的方法。在某种情况下，办案人员无法获得直接确定证明对象情况的证据，但是收集到足以认定与证明对象相反的判断的虚假的证据。这时，我们就可以通过确认证明对象相反事实的虚假性，来认定证明对象的真实性。

（二）反证法在诉讼中的运用

反证法在诉讼中有一定意义，可以解决某些难以收集到必要的证据进行正面证明的事实。适用反证法必须具备下面条件：①用证据直接确定的事实必须和证明对象形成一对矛盾，构成非此即彼的关系。没有这种关系就不能适用反证法。②用作证明与证明对象相反的事实的证据，必须经过查证属实，也就是说，用来证明虚假事实的证据必须查证属实，同时结论必须是全面而准确地反映证据认定的虚假事实，否则就不能准确地确认与其相反的证明对象。适用反证法必须同时具备上述二个条件。

在刑事诉讼中，某些情况要进行正面证明很困难，而运用反证法进行反面证明，就容易多了。在销赃罪中，行为人是否"明知"赃物，是构成本罪的要件。但是要用证据正面证明其"明知"，是困难的。例如：某甲托某乙代卖一台高级录像机，乙知道：(1) 甲提供不出购物发票；(2) 甲的售价比市场价低一半；(3) 甲自己没有录像机；(4) 甲选择夜间，并在僻静处交货，怕被他人知道；(5) 甲有偷窃行为。"明知"与"不知"是一对矛盾。不是"不知"，就是"明知"。根据上述证据可以认定乙"不知"高级录像机是赃物是虚假的，从而反证乙"明知"高级录像机是赃物的真实性。

在民事诉讼中也可运用反证法。例如，在某债务纠纷案中，原告诉称：他与被告原是好朋友，同住上海。被告之弟某甲住温州，因甲的一辆日野牌四吨汽车翻了车，急需修理费5千元，被告称自己手头无款，请求原告帮助。原告出于对朋友的情谊，筹集了5千元，并将款送到被告家中，亲手交给被告。由于是好友，不好意思叫被告写借条。但有二个朋友在场看到，还有其他几位朋友事后也知道这件事，他们都提供了证言作证。被告辩称，他根本没有借原告的款。那5千元款是原告向甲购买日野牌四吨汽车的贷款，该车以一万元卖给原告，原告尚欠甲4千元。本案还收集到以下证据：(1) 原告和被告一起去温州，并和甲三人一起把车开到上海来卖；(2) 车放在被告亲戚家门口，由被告和甲进行再修理事务；(3) 原告是汽车司机；(4) 汽车未办过户手续，甲从未向原告要过"尚欠的购车款"；(5) 甲叫人把车开回温州去，过了好久，原告才知道这件事。

上述前三项证据证明，甲的日野牌汽车开到上海来找买主，但不是已卖给原告。如果卖给原告，车就会放到原告找的地方，原告不会不参加再修理事务。后两项证据又进一步证明，汽车没有卖给原告。因而甲不是向原告讨款，而是把卖不掉的车开回温州。这就可以确认，所谓原告向甲购买那辆汽车事实的虚假性。

在民事诉讼中，原告和被告各自的诉讼主张是一对矛盾。收集的经过查证属实的证据，足以证明被告主张的虚假性，从而反证了原告主张的真实性。

反证法是从反面证明案件事实，有一定的局限性。一般只能用来认定案中局部事实。我国法律规定，定案证据必须确实、充分。特别是在刑事诉讼中不能单独用反证法来确定被告人有罪或罪重的事实。

五、排除法

（一）什么叫做排除法

所谓排除法，是指把证明对象和其他可能出现的事实放在一起。通过证明其他各种可能出现的事实的虚假性，来确定证明对象的真实性的方法。

在某种情况下，诉讼案件中的某一事实，可能同时存在多种可能，而无法做出准确的认定。在这种情况下，采用排除法，逐一排除其他事实真实的可能性，最后使符合客观事实的事实得到确认。比如，某地有个女工在值班室值班时，被强奸杀害。发案时间是 15 时 30 分至 16 时。侦查中发现犯罪嫌疑人有 116 人之多，采用排除法，嫌疑人一个个地被排除，最后剩下三人嫌疑最大。这三人先后都向司法机关承认作案。另一面从作案现场采到 32 个指纹，同样采用排除法，一个个地排除，最后剩下一个，而这个与三个嫌疑人中的一个的指纹相吻合，于是又排除其他二人，最后认定一个人，他就是案犯。

（二）排除法在诉讼中的运用

上面一例正说明，排除法在司法实践中，特别是刑事诉讼的侦查过程中，广泛地运用。

适用排除法的要求：一是用来证明排除对象的证据，必须经过查证属实，使其证明排除对象的虚假性的认定准确无误，否则不能达到确认证明对象真实性的目的。二是必须穷尽一切可能提出的情况，才能使用排除法。如果不能包括一切可能提出的情况，排除法就不能奏效。比如，在刑事诉讼查找被告人时，只有穷尽案件嫌疑人的范围，通过排除法才能找到犯罪分子。如果没有把真正的犯罪分子包括在嫌疑人范围内，最后没有被排除的人并不是犯罪分子，排除法就起不到作用。上述二个要求是适用排除法的基本要件，是缺一不可的。

排除法，一般用来确定侦查方向和范围的，也可用来证明被告人无罪。但不能单独用来确定犯罪事实。

排除法在民事诉讼中同样适用，比如，在继承纠纷的案件中，有时需要用排除法来确定继承人的范围，以及继承标的的范围。

第四节 推 定

一、关于推定的几点基本认识

所谓推定，是指根据某一事实（基础事实）的存在而作出的另一事实（推定事实）存在的假定。对推定的这种认识在各国大致相同，只是具体表述上略有区别而已。然而，在此具有通说意义的定义之下，对于推定的范围、效力和性质，各国认识却颇不一致。

首先，对于推定的范围是否应当包括事实的推定存在不同认识。所谓事实上的推定，是指根据生活经验和常识，甲事实和乙事实通常会同时存在，从而甲事实一经确立，即可推断乙事实的存在。这种推定系由司法机关作出，故又称司法推定或裁判上的推定。事实上的推定与司法上的推定相互对应。后者是指根据法律的明确规定，当甲事实被证实后，在不存在其他相关和相反证据时，司法机关必须据此认定乙事实的存在。英美法系国家的学者一般都主张推定应当包括事实上的推定，并指出，法律上的推定仅可存在于非刑事诉讼中，而事实上的推定则可以存在于所有诉讼之中。大陆法系德、日两国诉讼理论仅在广义上承认事实上的推定，而认为狭义上的推定仅仅是指真正意义上的法律上的推定。我国的诉讼证据理论界在此问题上也存在两种不同的观点。其中，否定的观点认为，事实上的推定不是推定，它只不过是司法机关通过推理来认定事实，所以应当直接使用“推理”或“推论”一词，以便区别于法律上的推定。肯定的观点则认为，事实上的推定是一种客观存在，其与法律上的推定在深层次上的根据都是事实之间的常态联系。所谓常态联系，是指日常生活的一般情形下，甲事实与乙事实会同时存在或不存在。由于法律不可能预先将所有应当适用推定的情形全部加以列举，故事实上的推定显然是十分必要的，并能促进司法人员发挥主观能动性。

其次，对于推定在效力上是否可被推翻的认识方面，也即是否存在不可推翻的推定，同样分为两种对立的观点。英美法系国家的学者主张，推定包括结论性推定、说服性推定、证据性推定和临时性推定四种，其中结论性推定是不能用证据加以反驳的，故其显然系不可推翻的推定，后三种推定则均可经提供证据而被推翻。前苏联学者对这种观点持相反看法，他们认为，“在苏维埃民事诉讼中，不存在不容反驳的证据推定，任何假定，都可以用诉讼证据加以反

驳”。此外，英美学者中也有人不承认存在不可推翻的推定，如美国证据法大师摩根就认为，不可推翻的推定“仅系对于实体法上一种法则的说明方法”。我国诉讼证据理论界也存在这两种观点。其中，否定说认为，“推定既然是一种假定，即使具有合理性，也并非都符合实际，理应允许反驳、争议”，“对那些法律条文上使用了‘推定’一词，但不能争议、反驳的，应依其内容来确定为何种规定，而不能作为推定的一种”。肯定说则认为，不承认不容反驳的推定是把问题绝对化、简单化了，应当承认这种推定，并研究其规律性，以便于立法规定和司法适用。

最后，就推定的性质而言，它是一种假定。因而理论上有人把它看成为法律上的一种“拟制”。英美法系国家和大陆法系国家的学者中均有人持此种认识，但他们仅仅是在谈论推定的效果或性质时顺便指出这一点；而我国的部分学者则从理论上对此问题予以论述。他们解释道：法律上存在两种拟制，一种是将两种本不相同的事实等同起来，或将两种本来相同的事实作不同的评价；另一种是将真假不明、有无不清的事实确定为真或假，有或无，这第二种拟制就是推定。当然，我国诉讼证据理论界对此也存在不同的观点。持相反看法的学者们指出，推定和拟制是两个不同的概念，拟制不产生举证责任问题，也不存在被推翻的可能，只是法律根据实际的需要，使某事实与另一事实发生同一的法律效果，它不能用反证来否定，故与推定有本质的区别。

为了廓清上述认识上的混乱，首先应从对推定本身的分析入手来认清推定究竟是什么。在这个问题上，已经取得的一点共识是，推定是基于甲事实与乙事实之间客观存在的常态联系在法律上确定乙事实得因甲事实的真实而为真实的一种假定。在此认识中，可以看出，其一，这是一个逻辑判断过程，是一个包含大前提、小前提和结论的三段论的推理过程。其中，甲事实与事实之间的常态联系是大前提，甲事实的真实性是小前提，乙事实的真实性是结论。在法律领域以外的日常生活中，这个过程通常被称为推理或推断。其二，在这个三段论的推理过程中，由于大前提是经验性的，而不是规律性的，即它是一种可能性很大的或然性，因而这一逻辑推理的结论显然具有不周延性，故可能为假。其三，这一逻辑推理过程在人类的思维活动中具有普遍性，当人们想要认识某一事物而又不能直接接触到该事物时，往往通过相关的情况对其进行判断。可以说，在这样的情况下，采用这一推理过程乃是人类思维中很自然又很必然的方法。其四，在诉讼领域中，如要查明案件事实，当缺乏直接证据时，就必须进行推理。因为诉讼中需要查明的事实，是过去所发生的且不可重复的活动过程，除了当事人和证人可以通过记忆和表述来再现这一过程，或者由其

他形态的直接证据证明其中的部分细节以外，剩下的环节则必须经过推理判断才能比较清楚地加以查明。可见，在诉讼中，推定必然是普遍存在的，在任何一个诉讼中，都会或多或少地适用推定。因此，我们应当采用广义的含义对推定进行研究。从上述分析还可以看出，在诉讼领域，所谓推定，实际上就是在运用间接证据进行证明，即当不存在直接证据或仅凭直接证据尚不足以证明待证事实的真实性时，通过间接证据与待证事实之间的常态联系进行推理，假定待证事实为真。换句话说，基础事实是推定事实的具有强大证明力的一类特殊的间接证据。实际上，间接证据也正是这样被定义的。根据通说，所谓间接证据，"系指用以间接证明待证事实之证据，即先证明某事实，再由此事实，推论应证事实之证据"。由此可见，间接证据之所以能够起到证明作用，正是由于通过它可以推论应证事实；而之所以可以推论应证事实，则是由于二者之间具有密切的联系。显然，这正是推定的过程。因此，笔者认为，推定实质上就是司法机关（当事人）认定（证明）事实的一种方法，即在直接证据不充分的情况下，运用间接证据对待证事实作出的假定性认定。申言之，运用间接证据对待证事实作出推论性假定的认定事实方法，就是推定。

根据上述认识来分析推定的范围、效力和性质，首先便应当承认，事实上的推定是客观存在和十分必要的，而且，它在所有推定中占了相当大的一个部分。与事实推定相比较而言，法律上的推定只是立法者以为最为重要的一类推定。立法者通过对诉讼实践中推定经验的总结，综合考察两事实间常态并存的盖然性程度以及社会政策、价值取向等因素，将其中一部分推定通过立法确定下来，要求司法者在规定情形下必须据此作出相应的结论。也就是说，法律推定来源于事实推定，并仅仅构成全部推定中相对较小的一个组成部分。除此以外，大部分的推定存在于司法实践之中，故而，事实推定实际上在诉讼中发挥着更为广泛的作用。我们显然没有任何理由对所有这一切视而不见或者武断地加以排斥。

其次，关于推定的效力，即是否存在不可反驳的推定。如前所述，很多学者认为，不可反驳的推定并非推定，而只是以推定的形式表达出来的法律规则。如按民诉法中公告送达的规定，公告期间届满即视为送达，这是一条程序法规则，再如我国的《民法通则》规定，已满十六周岁未满十八周岁，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人，乃是一条实体法规则。这种认识固然是正确的，但从另一个角度来看，不可推翻的推定同样也是依据间接证据认定事实的一种方法。在前例之中，公告期间届满并不能表明受送达人必定已看到了公告，已满 16 周岁未满 18 周岁以自己的劳动收入为主要

生活来源的公民也未必就已具备完全民事行为能力人所应具备的思维判断能力，而只是“很有可能”而已。但法律规定却要求在出现上述两种情况时认定该公告之内容已经送达和该公民已具备相应思维判断能力的事实。这种认定，就司法者必须严格依照法律规定作出来说，是一种具体认定；就立法者作出这种规定而言，则是一种抽象的、一般的认定。这种事实认定正是推定，已如前述。那么，一方面说这样的推定是一种实质上的法律规则，而非推定；另一方面，它作为一种事实认定方法又是推定，两种不相容的判断都有道理，哪一种更正确呢？为了弄清这一问题，尚须作进一步的分析。我们注意到，立法者在设立这种法律规则或者在作出这种抽象认定时，显然是基于甲事实和乙事实之间所具有的常态联系（虽然立法者同时也考虑了社会政策、价值取向等因素，但若不存在这种常态联系，则完全不可能作出这样的规定），并认为这种常态联系在一般情况下都会存在，即甲、乙二事实共存的可能性极大，才这样规定的。其深层次的根据与推定是一样的，而且，哪些事物之间具有足以作出这种规定的常态联系，以及应否作出这种规定，立法者在立法时的考虑与司法者在作出具体推定的考虑是大致相同的，而这些正是推定理论应当研究的内容。因此，把此类法律规则看作推定的一种，显然要比把它们排斥在推定的范围以外更为合理。

最后，关于推定的性质，即它是否属于法律拟制的一种。显然，不可反驳的推定就是一种拟制，但不能因此而笼统地说推定就是拟制的一种。因为，与拟制不同，大部分推定是可以用证据加以反驳的。笔者认为，对这一问题的研究并没有多大的实际意义，实无深究的必要。因为推定作为一种间接证明方法，是在诉讼中认定事实的工具，确认乙事实得与甲事实发生同一的法律效果。至于发生同一法律效果的依据究竟是法律拟制还是其他什么，都与推定的研究与适用无大妨碍。

二、推定的诉讼价值

如前所述，推定是一种假定，它是根据事物之间的常态联系，在缺乏直接证据时所作的暂时以某事实为真的假定。虽然这一事实的真实性并非得到确切的证实，而且由于其认定根据是事物之间的常态联系，故其也不可能百分之百地符合客观真实。尽管如此，立法上仍有承认这种事实认定方法的十足必要。因为就推定制度的诉讼价值而言，综合起来看，至少表现为如下几个方面：

第一，通过推定可以大致准确地认定案件事实。由于事物之间存在着密切而有规律的联系，这种联系使人们根据日常生活经验即可判断，当某一事物存

在时，只要没有意外情况，就会合乎逻辑地引起另一事实的发生。这种联系使立法者相信，通过推定来认定案件事实是可行的。同时，立法者又使大部分推定可以通过运用证据来加以反驳，这样也就给推定的准确性提供了补充性的制度保障。

第二，可以缓解某些证明上的困难，避免诉讼陷入僵局。“法律工作者认识到诉讼不是，也不可能是发现真情的科学调查研究”。虽然从哲学上讲，客观世界是可以被主观认识的，但这只是以人的认识能力的可能性角度来说的，而任何诉讼都要受到时间（诉讼期限）和当时的认识手段等诸多限制，故不可能无休止地进行下去，而且很多第一手资料没能被及时有效地加以保存而丧失了，未丧失的资料又由于持有者的主观原因可能被遗忘、歪曲或隐藏起来，这就使得在诉讼中完全、彻底地查清案件事实几乎成为不可能实现的“奢望”。在这种情况下，承认并设立推定制度就可以在相当大的程度上解决这一问题，从而大大缓解诉讼证明上的困难。

第三，可以降低诉讼成本，促进诉讼经济目的之实现。诉讼经济泛指使法院和当事人通过一定的投入获得尽可能多的收益，这是现代诉讼制度所追求的一个重大目标和所奉行的一项基本原则。在诉讼实践中，有些案件事实虽然并非无法查清，但实际调查核实起来却很困难，往往要耗费大量的人力物力财力，故而十分地不经济。例如在宣告死亡案件中，要调查失踪人音讯皆无达四年后是否确已自然死亡，再如在离婚诉讼中，当事人双方经法院判决不准离婚后，要证明他们是否在判决后一年内一直处于分居状态，互不履行夫妻义务等，即为此类得不偿失行为之典型。在这类情况下，通过运用推定来认定案件事实，则可以节省大量的投入，从而降低诉讼成本，达到诉讼经济之目的。

第四，可以减少不必要的举证。在诉讼中，双方当事人部分的争议并不属于严重争执的事实，或者一方当事人提出主张后，对于该主张所依据的某些附属事实，对方当事人未必会加以反驳，此时则可直接推定它们为真，从而减少不必要的举证。例如，一方当事人提交了一份形式完备的合同，则可推定双方当事人订立合同时意思表示真实。

第五，有些事实的查明必须适用推定。这主要是针对当事人的主观状况的认定而言的。因为人们内在的主观世界是无法直接加以认知的，除非其自己承认。因此对当事人的内心意愿便只能凭借其外在行为来加以推测，也就是说，在这一领域，推定的适用是不可避免的。此类例子比比皆是，以至我们可以信手拈来，例如，我国《民法通则》规定明知他人以本人名义实施民事行为而不否认的，视为本人同意；又如我国刑法第 14 条、第 15 条关于故意和过失的规

定等，同样属于此类例证。

第六，可以尽可能公平地分配举证责任。当与争议事实有关的证据材料完全处于一方当事人的控制之下时，由其对方当事人来承担举证责任显然是不合理的。因此就要通过推定来倒置举证责任，例如依照我国《民法通则》规定的特殊侵权责任，在环境污染损害赔偿案件以及产品制造方法发明专利纠纷案件中，即推定排污单位、制造与专利产品相同的产品的单位和个人有过错，从而要求他们就自己无过错负举证责任，这样也就把举证责任倒置过来，从而契合了程序公正的要求。

第七，可以折射出对于社会政策、价值取向的考虑。推定常常可以被用来表达立法者所倡导的某种价值取向，或促进实施立法者提出的某项社会政策。例如，关于婚生子女的推定即表达了立法者希望减少和消除非婚生子女的意图；而从公然占有达到一定期限来推定占有者享有所有权，则显示出立法者希望维护稳定的社会经济秩序和保持所有权关系的有序性。又如，在道路交通事故赔偿案件中，推定非私自驾驶者是经车主的同意才驾驶车辆的，显然是为了使交通事故的受害者的求偿权能够有更多的保障，同时也是为了督促汽车所有人谨慎挑选驾驶者以保证交通安全。

三、推定的构成

推定的构成是一个很少有人研究的重大问题。从严格的意义上讲，不搞清推定的构成，就不可能真正把握推定的实质，更不可能在实践中用好推定。因此，认真研究推定的构成是十分必要的。中外学者普遍注意到，构成推定必须有基础事实，这个基础事实还必须是真实的。这样的认识应该说是正确的。但是，仅仅认识到这一步还不够，还必须认识到，构成推定的基础事实是一项证据，而且，它不是一项任意的证据，而是一项具有盖然效力的证据。因此，一项真实的、具有盖然效力的证据是构成推定的第一要件。

证据的效力有确然和盖然之分。所谓确然效力是指人们利用某项证据可以作出确定性的判断；所谓盖然效力是指人们利用某项证据只能作出可能性的判断。推定只能建立在盖然效力的证据之上，不能建立在确然效力的证据之上。为什么呢？因为，推定是一种选择，只有盖然效力才存在两种或两种以上的可能性，才有可供选择的基础，而确然效力只有一种可能性，根本不存在选择问题。举例来说，某处发现了某人的尸体，这具尸体对于证明某人已死亡来说，它的效力是确然的。人们根据这具尸体只能确认某人已死亡，不能推定某人已死亡。如果在这种情况下还成立推定，那显然是多此一举了。

推定只能建立在真实的、具有盖然效力证据的基础之上。没有这样的基础就没有推定。但是，也应明确，并不是任意一项盖然效力的证据之上都能成立推定。要成立推定，证据盖然效力的两种可能性之间还必须存在“一般和个别”、“常规和例外”的关系。这是推定构成的又一个要件。

证据的盖然效力都会表现出两种或两种以上的可能性，这两种可能性之间的关系并非都是一样的。如果这两种可能性之间不存在“一般和个别”、“常规和例外”的关系，人们就无法对这两种可能性作出选择，既无法选择，就无法成立推定。举例来说，某人在自己家中突然死亡。经检验，发现胃内有剧毒，可以肯定是中毒死亡。“中毒死亡”这一事实对于查明死亡真相来说，就是一项具有盖然效力的证据，因为在这种情况下，一般可作出两种可能性的判断，即：一为自杀，二为他杀。由于这两种可能性之间不存在“一般和个别”、“常规和例外”的关系，因而，根据“中毒死亡”这一基础事实，人们既不能作出自杀的推定，也不能作出他杀的推定。可见没有“一般和个别”、“常规和例外”的关系，也是不能成立推定的。

推定除了必须建立在真实的、具有盖然效力的证据的基础之上，盖然效力的两种可能性必须构成“一般和个别”、“常规和例外”的关系以外，还有一个要件，这就是成立推定必须遵循“择优”规则。所谓择优规则就是在一般和个别、常规和例外这样两种可能性中，推定只能选择“一般”和“常规”，不能选择“个别”和“例外”。因为，选择“一般”和“常规”占面宽，选中的概率高，而选错的概率则极低。比如，由甲地发往乙地的信件，只要发出信件的事实可以肯定，就可以推定乙地收到了该信件。因为，在一般情况下由甲地发往乙地的信件百分之九十九都能收到，收不到的超不过百分之一。这就是说，作出乙地收到信件的推定，其正确的概率为百分之九十九，而推错的概率超不过百分之一。由此来看，遵循择优规则是保证绝大多数推定正确的关键环节。

以上就是构成推定的三个条件，这三个条件必须同时具备，缺一不可。

四、正确适用推定所应注意的几个问题

虽然由于众多原因而使立法者在法律中规定了推定制度，但因推定毕竟是一种假定，故而有其自身不可避免的局限性，因此，对推定的适用必须加以严格的规范。

首先，适用推定必须确保基础事实的真实性。推定在诉讼中具有与证明同样的效力，即推定的事实无需证明就可以被看成是已经得到证明的真实事实。但这种真实性来源于基础事实的真实性。只有基础事实是真实的，据以推出的

推定事实才有可能是可靠的；反之，如果基础事实本身就是不真实的；则推定事实肯定就是靠不住的。基础事实的确立来源于以下几个途径：1. 审判上的认知，即审判人员因其职务而应当知道的事实；2. 众所周知的事实；3. 起诉状和答辩状中相同的事实陈述；4. 经充分证据证明的事实。此外，由于国外诉讼法采用当事人主义，故把双方当事人的约定也作为基础事实的来源之一。

其次，基础事实与推定事实的联系必须有高度盖然性。基础事实与推定事实之间的关系是推定的深层次的根据，从逻辑的角度看，这种关系是作出推定结论的大前提，基础事实是作出推定的小前提。若大前提是不可靠的，则这个三段论的推理就失去了根基，没有了可信性。这种逻辑联系是人类的一般经验法则，但并非所有的经验法则都可以在诉讼中作为推定的前提。何种经验法则可以作为推定的前提是一个难以明确回答的带有强烈主观色彩的问题，很难有确切的标准。美国判例法曾确认过两个标准，一个是“合理联系”标准，一个是“极有可能”标准，但仍然显得十分模糊和难以界定。而且，虽然美国法官比较习惯于诸如“合理联系”、“最密切联系”这样的标准，但中国法官则会觉得不知所云，跟没有标准没什么两样。此外，中国的法官往往会近乎天然地以为，应当通过法律规定来确定推定适用的情形，但在事实推定中又应根据什么样的经验法则来进行呢？何况，法律规定的依据又在哪里？这个问题的解决十分困难，有待于进一步深入地研究。笔者认为，就我国目前的状况来说，法官在案件审理过程中适用推定的时候，应依据下面三类经验法则来进行：第一类是法律明确规定的适用推定的情形，它们经过立法者的周全考虑，并由立法机关经法定程序加以确定，故一般是可信的；第二类是法学理论中经过检验的学说，例如刑法理论中关于主观罪过的学说，它们经过法学家提出并经司法实践的运用，故亦应是比较符合实际的；第三类是世所公认的经验法则，如婚姻存续期间所生子女可推定为婚生子女，默示即表示同意；债务人住所的财产未经声明和反证，即认为是属于债务人所有的财产等等。

再次，慎重规定不可推翻的推定。推定是根据通常情况的最大可能性所作的暂时性的假定，尽管基础事实是真实的，但据以推定的经验法则仅是盖然性的，故推定事实就有可能不是确切真实的，尤其在司法推定中更是如此。所以，对于推定即应允许当事人提供证据加以反驳。在有些情况下，立法者基于社会政策、价值取向、诉讼效率等因素的考虑，有必要使某些推定成为确定性的推定，不允许用证据加以反驳。但须强调指出的是，在作出这样的规定时应当倍加慎重，综合考虑各种因素，尤其是要仔细斟酌能否实现诉讼公正。

最后，尽可能多地使因推定的适用而不利的当事人有反驳的机会。这与上

述第三点是一个问题的两个方面。具体来讲，因推定而不利的当事人的反驳可以从三个角度来进行：一是直接用证据对推定事实进行反驳，这是最常见的一种。例如，以异常低的价格在市场上购回一件商品，推定购买人明知该商品为赃物，此时该买受人可以举证证明他确实不知为赃物，例如证明自己常年在国外，刚回来不知行情。在这种反驳中，他对推定事实的“虚假不实”负行为意义和结果意义上的双重举证责任，其必须使审判人员相信推定事实是假的，而不能仅使其真伪难辨。这种反驳只能在法律明文允许对推定加以反驳时方可进行。二是因推定而不利的当事人可以对基础事实进行反驳。例如，婚姻存续期间所生子女推定为婚生子女，当事人对此可以举证证明该子女出生时其婚姻已经解除或者尚未缔结。在此种情况下，他对基础事实为假仅负行为意义上的举证责任，即只要能使基础事实真假不明，推定也就不能有效适用，从而使自己摆脱困境。这种反驳不仅可以针对法律明文允许反驳的推定来进行，而且也可以针对法律不准加以反驳的推定来进行。因为推定都是在基础事实已知为真的情况下进行的，如果基础事实本身真假不明，则无法进一步适用推定。三是因推定的适用而不利的当事人可以对推定所依据的经验法则进行反驳，这种反驳一般只能存在于事实推定的情形。因为如若该项经验法则被证明是不可信的，盖然性很低，则推定本身也就不存在了。但是，由于这种反驳难度很大，故一般很少适用。

五、关于无罪推定

无罪推定通常称之为：“特别推定”。之所以这样理解是因为，“刑事诉讼中，被告无辜之推定，曾为甚多方面讨论之主题。”显然，这样的理解只具有形式上的意义，缺少实质意义。但是，“特别推定”的称谓却突出强调了无罪推定的极端重要性，因为，从人类使用推定以来，无罪推定是所有推定中影响最大的一个。

无罪推定最初为意大利法学家贝卡里亚所倡导。他在1764年著的《论犯罪与刑罚》一书中提出：“人都不能称为罪犯。”1789年，法国《人权宣言》第一次以立法的形式确立了这一推定。《人权宣言》第9条规定：“任何人在其未被宣告为犯罪以前应被推定为无罪。”二百多年来，这项推定已成为一条“铁律”，写进了西方许多国家的法典中。1948年联合国大会通过的《世界人权宣言》和1976年生效的《公民权利和政治权利国际公约》也对这一推定作出了肯定的反映。“无罪推定”影响之大，由此可见一斑。

但是，法国《人权宣言》第9条的规定，作为一项推定是不能成立的，因

为，这一规定虽具有推定的形式，但不符合推定的规则，也不具备推定成立的要件。无罪推定只是众多的事实推定中的一种，它必须遵循"择优"规则。从司法实践看，无罪推定主要适用于侦查程序中被拘留的人、检察程序中被逮捕的人和审判程序中的被告人，也即主要适用于通常所说的刑事被告人。美国学者将"无罪推定"称为"被告无辜之推定"就是这个道理。刑事中的被告人在法院宣告犯罪以前，百分之九十九都是有罪的，无罪的最多超不过百分之一。这说明，"未被宣告为犯罪"这一基础事实所联系的两种可能中，"一般"和"常规"都是有罪，无罪只是"个别"和"例外"。法国《人权宣言》第9条规定的无罪推定在这两种可能中，只是选择了"个别"和"例外"。这就意味着，这一推定选中的概率只有1%，而选错的概率则高达99%。这是违反"择优"规则的，因而，这样的推定根本不能成立。

有人说：无罪推定适用于全体公民。这是不符合实际的。对于全体公民来说，一不存在"犯罪宣告"问题，二不存在"推定无罪"的问题，因为他们本来就是无罪的。因此，这一推定只能适用于刑事中被拘留、被逮捕、被控告的人，只有他们才存在"犯罪宣告"还是"推定无罪"的问题。

法国《人权宣言》所确立的无罪推定，曾经起过某种作用。但是，二百多年来它作为一项推定并没有发挥过真正的效力。前面讲了，推定除不能发挥治罪效力外，其他方面均与司法上的确认同效。因此，无罪推定的真正效力就是要把被推定的人视为无罪的人。既无罪，就不应被拘留、被逮捕。但是，二百多年来，即使是西方国家司法中，该拘留的照样拘留，该逮捕的照样逮捕。就连法国《人权宣言》第9条也在确立了"无罪推定"后紧接着规定："即使认为必须予以逮捕，但为扣留其人身所不需要的各种残酷行为都应受到法律的严厉的制裁。"可见，法国《人权宣言》上的"无罪推定"并不排除对人犯的逮捕。这就使法国《人权宣言》第9条的整体内容陷入自相矛盾之中，使《人权宣言》所确立的无罪推定成了徒有虚名而不发挥推定应有作用的"摆设"。

国内有些学者也许看到了这种矛盾，因而提出了应以"无罪假定"代替"无罪推定"的意见。这是值得商榷的。推定和假定是不同质的。推定只有推翻才无效，假定只有证实才有效；推定无须证明其真，假定无须证明其假；推定使证责转移，假定不存在证责问题；推定是认识的结果，假定是认识的开始。从这四个方面来看，推定与假定是截然两事，不存在谁代替谁的问题。

无罪假定代替不了无罪推定，也没有必要用无罪假定来代替无罪推定，因为，无罪推定确实是一项最重要的事实上的推定，只是这一推定的基础事实必须更换。法国《人权宣言》上的无罪推定之所以不能成立是因为它所确立的基

础事实不当。无罪推定的基础事实不应该是"未被宣告为犯罪"，而应该是"不能证明有罪"。因此，真正的无罪推定是：不能证明有罪，一律推定为无罪。

法国《人权宣言》上的无罪推定不能成立，仅仅更换了基础事实，为什么就能成立了呢？因为，基础事实的更换必然会引起一系列重大的变化：首先，适用对象发生了根本性的转变。"未被宣告为犯罪"的范围包括所有被拘留、被逮捕、被控告的人，而"不能证明有罪"的范围则仅限于被拘留、被逮捕、被控告人中不能证明有罪的人；其次，基础事实联系的两种可能也发生了根本性的转变：在全体被拘留、被逮捕、被控告的人，"一般"和"常规"都是有罪，无罪只是"个别"和"例外"，而在不能证明有罪的人中，"一般"和"常规"应属无罪，有罪只是"个别"和"例外"，因为在不能证明某人有罪的情况下，这个人一般都是无罪的，有罪而被漏掉的情况，只是极个别的现象；再次，成立推定时所作的选择也发生了根本性的转变。在全体被拘留、被逮捕、被控告的人中选择无罪，只是选择了"个别"和"例外"，因而是违反择优规则的，而在不能证明有罪的人中选择无罪，则是选择了"一般"和"常规"，因而是符合择优规则的。这就是更换了基础事实的无罪推定能够成立的根本原因。

从上面的分析来看，法国《人权宣言》上确立的无罪推定是一项违反择优规则、因而不具备推定成立要件的虚假推定。本文提出的，更换了基础事实的、新的无罪推定才是真正的无罪推定。新中国成立以来，法学界曾多次讨论无罪推定问题，讨论中的核心问题是：我国能否采用无罪推定。我认为，无罪推定并不是一个政治问题，而是一个证明事实的特殊方法问题。能否采用，关键要看无罪推定本身能不能成立。法国《人权宣言》上的无罪推定，我们是不能采用的。本文所提出的无罪推定，我国司法实践中则完全可以采用。因此，我建议全国人大常委会在适当的时候能通过立法，正式确立这一推定。

法律上确立无罪推定只解决了问题的一半，还有一半则是要研究实现无罪推定的效力问题。自来关注无罪推定者居多，但对如何实现无罪推定的效力问题却问之甚少。这是一种不正常的现象。法律上确立无罪推定不是为摆设，而是为了让它发挥作用。因此，认真研究无罪推定效力的实现问题，也是一个十分重要的问题。

无罪推定一旦在立法上正式确立，就成为一项法律上的推定。如前所述，这样的推定只是一个执行问题，即只要在无罪推定适用的范围内出现了法律上所规定的条件，就应执行这一推定。所谓法律上规定的条件是指"不能证明有

罪”。那末，谁来执行呢？原则上讲，公、检、法三机关均有执行法律的义务，因而均可能成为执行无罪推定的主体。具体来说，对于被控诉的人，人民法院如发现不能证明其有罪，应通知提起公诉的人民检察院执行无罪推定；对于被提请逮捕的人，人民检察院如发现不能证明其有罪，应通知提请逮捕的公安机关执行无罪推定；公安机关如发现自己拘留的人中有不能证明其有罪的，也应主动执行无罪推定。此外，还应赋予被拘留人、被逮捕人和被告人有提请有关司法机关执行无罪推定的权利。所谓执行无罪推定就是要把受推定人视为完全无罪的人而予以立即释放，并恢复其一切权利。

第七章　证据能力与证据效力

第一节　证据能力

一、证据能力概述

诉讼证据能力，也即诉讼证据资格，是指某种事实和材料可以作为诉讼证据加以提出、调查、收集和运用的资格。它主要解决哪些事实和材料可以作为诉讼证据加以采纳，哪些不能作为诉讼证据加以采纳的问题。因此，诉讼证据能力的概念，有时又被诉讼证据的可采性或诉讼证据的适格性所取代。我国台湾学者陈朴生就认为："何种资料，可供严格的证明；称此具有可为严格的证明资料之能力，为证据能力，或称证据资格，亦即证据适格性。"我国大陆学者也认为，诉讼证据的可采性，是指"证据必须在法律所容许，可用以证明案件的待证事实。"

综观各国证据法，对诉讼证据能力，一般都极少从法律上作出积极的规定，而是消极地就无证据能力或者其能力受限制的情形加以规定。这就是说，各国证据法一般不列举哪些事实和材料可采纳为证据，而只就哪些事实和材料不能作为证据或应依法受到限制作出明确规定。在诉讼过程中，某种事实和材料是否具有诉讼证据能力，并不存在主观任意性，而是不依司法人员的主观意志为转移的。尽管司法人员要根据法律规定对诉讼证据能力问题作出判断，但某种事实和材料本身所具有的证据能力却是客观存在的，司法人员所作的判断，只是对这种事实和材料的证据能力的一种认可。通过司法人员的认可，这种具有诉讼证据能力的事实和材料，从而被作为诉讼证据在诉讼过程中予以采纳。

对诉讼证据能力的确定，各国的规定不尽一致。但无论是英美法系国家，

还是大陆法系国家，其证据法都规定了若干法则以确定诉讼证据能力。只是在这一问题上，英美法系国家表现得最为典型，其规定相当细密，而且比较完整。之所以如此，主要是因为英美法系国家在诉讼结构上奉行当事人主义，并主要由陪审团裁决证据，因此，在法律上规定细密而完整的证据可采性法则，对可以使用为证据的范围严加限制，有助于防止当事人和陪审员因缺乏法律知识而提出或采纳某些无助于查明案情的事实和材料来作为证据，从而影响案件的公正处理。大陆法系国家不同。在诉讼结构上采国家职权主义，而且多数国家已放弃了陪审制度，其诉讼证据主要由职业法官主动收集和进行审查判断，因而对诉讼证据能力极少加以限制，凡可作为诉讼证据的事实和材料，都具有诉讼证据能力。

在英美法系国家，有关诉讼证据能力的法则很多，但最主要的法则有五个，即排除法则、预防法则、传闻法则、优先法则和数量法则。

1. 排除法则（Exclusionary Rules）。这是英美证据法上关于诉讼证据可采性的一项主要法则。依此法则，某些事实和材料将不具有诉讼证据资格，不能在诉讼中作为证据使用，而应排除在诉讼证据之外。例如，通过暴力、威胁、引诱、欺诈或者违法羁押等手段取得的被告人的招供，不能作为认定被告人有罪的证据；借助于催眠术或者采用精神麻醉方法取得的供词，也不能作为诉讼证据。又如，美国最高法院曾在沃尔夫诉科洛达罗一案中确定：禁止“采用通过非法搜查和没收而取得的证据”；在马普诉奥伊一案中进一步确定：“违宪搜查和没收所得的所有证据，同样不许在州法院中采用。”这些都是排除法则最直接的体现。法律规定排除法则的主要目的，是为了排除某些虚伪的情况和事实，以避免认定案情时发生错误。但排除法则在英国的实行并非十分彻底，其有些规定即是排除法则的例外。例如法律规定非法取得的口供不能作为证据，但又规定根据该口供取得的其他证据，如赃款、赃物等，仍可作为物证使用。

2. 预防法则（Prophylactic Rules）。该法则又称防止法则。它是为了防止伪证而预先规定在提出某种证据时必须附加某种形式的保证，以作为预防措施。否则，不能采纳为诉讼证据，如证人在提供证言时必须宣誓，对证人的询问必须个别进行，允许一方当事人请求在审判前知悉对方当事人所声明的证据等，以担保其真实性。

3. 传闻法则（The Hearsay Rules）。该法则又称为分析法则，它是英美证据法上最著名、最重要的证据排斥规则。该规则主要是规定传闻的事实一般不能作为诉讼证据加以采纳。依据英国证据法，传闻证据是指证人听见另一个人所说的话，同时另一个人又不是那案中的被告人。除了一些例外规定外，法庭一

般不接受传来证据作为证据。在美国，联邦证据法第801条规定，传闻是指陈述人在审判或调查中作证时所作的陈述以外的陈述，而提出作为证据以证明其所述事实是真实的。该法第802条明确规定："除依本法，或最高法院依法定权力所订之其他规则，或国会所定之法律另有规定外，传闻不具容许性。"

4. 优先法则（Preferntial Rules）。该法则主要规定某些事实和材料应优先提出或调查。其根据在于某些事实或材料在证明案件事实方面较之其他事实和材料更具有真实性、可信性，因而应优先于其他事实和材料而提出，如证明文书的内容时，应优先提出其原本；为证明遗嘱是立遗嘱人所亲笔书写时，在该遗嘱上签名的见证人比其他仅具有一般证人资格的人应优先传唤等等。

5. 数量法则（Quantitive Rules）。该法则主要规定某些事实和材料必须有另外的证据作为佐证才能被采纳为诉讼证据，否则不予采纳。这一法则的确立，其目的在于加强证明效力较弱的证据之证明力，通过与其他证据相配合，从而使其证明力得到加强，以保证证据的真实性，如伪证罪、容留妇女卖淫罪和某些破坏交通罪，应有两个以上证人的证明；儿童不附宣誓的证言，必须有佐证；同案被告人的口供必须有其他旁证才能成为独立的证人证言等等，都是数量法则的具体体现。

大陆法系国家尽管对诉讼证据能力的限制不多，但仍然存在一些与诉讼证据能力的确定有关的诉讼证据可采性法则。这些法则主要是：

1. 直接审理原则。大陆法系国家诉讼程序采直接审理主义和言词主义，因此，法律强调一切可作为证据的事实或材料必须经过直接审理才具有证据资格。反之，凡是不能以直接审理方法加以调查的事实和材料，如单纯传闻之词、书面证词或者证人在审判外的陈述等等，都不具有证据能力，不得采纳为证据。

2. 任意性法则。该法则与英美法系证据法中的排除法则有类似之处，都将非任意性招供，即非自愿的招供排除在诉讼证据之外。依照法律规定，凡是以暴力、威胁、引诱、欺诈或者违法羁押等方法取得的被告人口供，都不具有证据能力。与排除法则不同的是，大陆法系国家不排除采用通过非法手段取得的实物证据。

3. 关联性法则。该法则强调某些事实和材料必须与案件事实之间具有关联性，才可作为诉讼证据采纳。反之，一切与案件事实无关联的事实和材料，都不具有诉讼证据能力。

4. 传闻法则。这是一项关于传闻证据是否应在诉讼中排除的规则。在这一法则上，大陆法系国家与英美法系国家不尽相同。前者在证据法中原则上不

排除传闻证据。但日本与英美法系国家较为接近，原则上排除传闻证据，但又规定了许多除外规则，如日本刑事诉讼法第321条规定，原供述人死亡，精神或身体有障碍，所在不明或在国外，不能于审判期日到庭陈述，且其原供述为证明犯罪事实所不可缺少者，得为证据，但以其陈述具有特别可以信任为限。

5. 合法性法则。该法则强调一切证据必须符合法律规定的形式或者条件，始具有证据能力。凡是不符合法定形式或条件的证据，即被认为是不合法的证据，不具有证据能力。

6. 意见法则。这是一项关于意见能否作为证据采纳的法则。它主要解决证人对与案件有意义的事实所作的分析判断有无证据资格的问题。大陆法系国家证据法一般都禁止将证人的判断意见作为证言的内容，而不承认其具有诉讼证据能力。但日本在此问题上与其他大陆法系国家不同。在日本，不仅证人的判断意见可以作为证言，就连证人推测的事实也可作为证言的内容。日本刑事诉讼法第156条规定："（一）对证人可以令其供述根据实际经验过的事实所推测出来的事项。（二）前项供述，即使属于鉴定事项，也不妨其作为证言的效力。"在英国和美国，对证人的判断意见未限制其证据资格，除允许普通证人在一定情况下提供的判断意见作为证言外，还把鉴定结论作为证人证言。

上述两大陆系国家关于诉讼证据可采性的基本法则，揭示了二者在诉讼证据能力问题上存在的差异，但这种差异将随着诉讼法学的发展以及两大法系国家在诉讼立法和诉讼结构上的逐渐接近而趋于缩小，通过对两大法系国家诉讼证据可采性法则的分析、考察，有助于对我国诉讼证据能力问题作深入研究。

二、我国的证据能力种类及特点

与英美法系、大陆法系国家不同，在我国证据法律规范中，既无"诉讼证据能力"的概念，也无诉讼证据可采性的基本法则。但并不能因此而认为，在我国诉讼证据理论与实践中不存在诉讼证据能力问题，或者说我国诉讼证据理论与实践同诉讼证据能力无关。在我国刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼中，都存在着诉讼证据能力问题。究竟哪些事实和材料可以作为我国诉讼中的证据，哪些不能作为诉讼证据，都必须符合法律的规定。由于我国没有统一的证据法典，有关证据的法律规定都分散见之于刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法以及其他有关法律、法令或司法解释之中，因此，在诉讼证据能力方面，尽管其基本精神一致，但又因刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼的性质不同而各具特点。

1. 刑事诉讼证据能力

刑事诉讼证据能力，是指某种事实或材料是否具有作为刑事诉讼证据的资格。我国刑事诉讼法第42条规定："证明案件真实情况的一切事实，都是证据。证据有下列七种：（1）物证、书证；（2）证人证言；（3）被害人陈述；（4）被告人供述和辩解；（5）鉴定结论；（6）勘验、检查笔录。（7）视听资料。"这一规定表明，在我国，刑事诉讼证据能力一般不受限制，凡是符合上述法定形式，能够证明案件真实情况的一切事实，都具有诉讼证据能力，都可以采纳为诉讼证据。可见，某一事实或材料是否具有诉讼证据能力，必须以其能否证明案件真实情况为条件。如果不能证明案件真实情况，则不具有诉讼证据能力。

我认为，根据我国刑事诉讼法的规定，下列事实和材料不应具有刑事诉讼证据资格：

（1）不符合法定证据形式的事实和材料。刑事诉讼法明确规定证据形式有七种，只有符合这七种形式的证据材料，才具有诉讼证据资格。反之，就不具有刑事诉讼证据资格。

（2）证人、被害人以及被告人在司法机关以外所作的有关案件事实的陈述。根据刑事诉讼法规定，证人证言、被害人陈述或被告人供述和辩解，必须向公安机关、人民检察院或人民法院作出，才具有诉讼证据资格，否则，将不被视为证据。

（3）非作证主体所作的陈述。刑事诉讼法第48条规定："凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。"这一规定表明，非自然人不能作证人，即便是自然人，如果不能辨别是非，不能正确表达，也不能作证人。因此，他们就案件所作的陈述，不具有证据能力。

（4）无其他任何证据佐证的被告人供述。刑事诉讼法第46条规定："只有被告人的供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚。"该规定充分体现了我国刑事诉讼不轻信口供的特点。它的实质意义在于强调被告人的供述必须有其他证据佐证，才具有证据能力。反之，如果一个案件中只有被告人供述这一孤证，则其证据资格自然消失。

（5）证人的意见。这是指证人对与案件有意义的事实所作的推测、分析和判断，以及对案件事实所作的法律评价。在我国刑事诉讼中，证人只能向司法机关陈述其所知道或了解的案件事实本身，而不能对案件事实进行评价。因此，只有证人对案件事实本身所作的陈述才是证言，才具有诉讼证据能力，而其评价意见则不是一种证言，不具有证据能力。

(6) 与刑事案件事实无关联的事实或材料。我国刑事诉讼强调证据的关联性，一切作证据的事实与材料，都必须与刑事案件事实相关联，否则，即不具有证据能力。

(7) 不具有客观性的事实和材料。客观性是我国刑事诉讼证据最本质的特征，一切作为刑事诉讼证据使用的事实材料必须首先具有客观性。否则，不具有证据能力，如主观推测、占卜、易经推演或梦中所得的材料，都不具有诉讼证据能力。

(8) 不具有合法性的事实和材料。合法性是我国刑事诉讼证据的基本特性之一。司法机关处理刑事案件所运用的证据，都必须是能够证明案件事实情况，并具有合法性的事实和材料。否则，就不应具有证据能力。

2. 民事诉讼证据能力

民事诉讼证据能力，是指某一事实和材料可以作为诉讼证据在民事诉讼中加以提出、调查、收集和运用的资格。它主要解决哪些事实和材料可以采纳为民事诉讼证据，哪些不能采纳为民事诉讼证据。

我国民事诉讼法第63条规定："证据有下列几种：（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）证人证言；（五）当事人的陈述；（六）鉴定结论；（七）勘验笔录。以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。"与刑事诉讼法不同，民事诉讼法未对证据作出明确的定义，但作为民事诉讼证据，也必须是能够证明案件真实情况的客观事实。上述规定表明，我国民事诉讼法并未对民事诉讼证据能力作出限制，凡是符合上述七种法定形式的事实和材料，都具有民事诉讼证据能力，都可以在民事诉讼中予以采纳。

尽管民事诉讼法对民事诉讼证据能力无限制规则，但并不等于一切事实和材料都具有民事诉讼证据能力，与刑事诉讼证据能力一致，不具有关联性、客观性以及合法性的事实和材料，非作证主体所作的陈述、证人的意见等等，同样不能作为民事诉讼证据加以采纳。但民事诉讼证据能力受限的具体内容，却又与刑事诉讼证据能力不完全一致，具体表现为下列事实和材料不具有民事诉讼证据能力。

(1) 检查笔录、现场笔录。在刑事诉讼中，检查笔录是一种证据，在行政诉讼中，现场笔录是一种证据，但民事诉讼法规定的证据形式，并未包括这两种笔录。因此，它们不应具有民事诉讼证据能力。

(2) 未在法庭上出示并经当事人互相质证的事实和材料。民事诉讼法第66条规定："证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。"我国民事诉讼法实行谁主张、谁举证的原则，因此，当事人对能够证明自己主张的事实和材

料，必须向法庭出示，并经对方当事人质证，才具有证据能力，否则，即不具有证据能力。但是，对于涉及国家机密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭上出示的，不得在公开开庭时出示。但这并不是说应当保密的证据不向法庭出示即具有证据能力，它同样应当向法庭出示，只是不在公开开庭时出示而已。

(3) 有相反证据足以推翻的公证证明。民事诉讼法第 67 条规定："经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻的公证证明除外。" 这一"但书"规定，明确了有相反证据足以推翻的公证证明不具有证据能力，不能在民事诉讼中加以采纳。

(4) 不具有鉴定资格的部门和鉴定人所作的鉴定结论以及未经鉴定部门或鉴定人盖章或签名的鉴定结论。根据民事诉讼法第 72 条规定，对专门性问题的鉴定，应由法定的鉴定部门进行，没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门进行，而且，进行鉴定的人必须具有鉴定人身份，否则，其鉴定结论不具有证据资格。同时，该条第三款还规定："鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或盖章。" 这些规定表明，没有鉴定资格的部门及鉴定人所作的鉴定，以及未经鉴定部门和鉴定人签名或盖章鉴定的结论，都不具有民事诉讼证据能力。

3. 行政诉讼证据能力

行政诉讼证据能力，是指某一事实和材料可以作为诉讼证据在行政诉讼中加以提出、调查、收集和运用的资格。它主要解决哪些事实和材料可以作为行政诉讼证据，哪些不能作为行政诉讼证据的问题。

我国行政诉讼法第 31 条规定："证据有以下几种：(一) 书证；(二) 物证；(三) 视听资料；(四) 证人证言；(五) 当事人的陈述；(六) 鉴定结论；(七) 勘验笔录、现场笔录。以上证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据。" 这一规定明确了我国行政诉讼证据的法定形式，凡是符合这些形式的事实或材料，都具有行政诉讼证据能力。

由于行政诉讼与民事诉讼的许多基本原理是相通的，因此，二者在诉讼证据能力方面也是基本一致的。但在以下两个方面，行政诉讼证据能力却具有不同于民事诉讼和刑事诉讼证据能力的特点：

(1) 与作出具体行政行为无关的证据以及无关的规范性文件，不具有诉讼证据能力。行政诉讼法第 32 条规定："被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。" 这一规定

表明，只有与所作出的具体行政行为有关的证据及规范性文件，才具有诉讼证据能力，否则，不具有诉讼证据能力。

(2) 被告及其诉讼代理人自行向原告和证人收集的证据。行政诉讼法第33条规定："在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。"最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行)》第28条规定："作为被告的诉讼代理人的律师，同样不得自行向原告和证人收集证据。"这些规定禁止被告及其诉讼代理人在诉讼中自行向原告和证人收集证据，因此，违反这些规定而收集证据，也就不能在行政诉讼中采纳，从而不具有诉讼证据能力。

三、非法证据的证据能力

对诉讼证据能力的研究，绝对不应回避一个十分重要的问题，即非法取得的诉讼证据能力的证据问题。所谓非法取得的诉讼证据，是指违背法律规定的程序和要求而收集的诉讼证据，通常是指不具有合法性的诉讼证据。它可以分为非法取得的实物证据和非法取得的言词证据。前者是指非法取得的以各种实物形态为表现形式的证据，包括物证、书证和勘验、检查笔录等；后者是指非法取得的以人的口头或书面陈述为表现形式的证据，包括证人证言、被害人陈述、被告人的供述和辩解等等。

关于非法取得的诉讼证据的证据能力，各国证据立法的规定不尽相同。但受排除法则（英美法系国家）或任意性法则（大陆法系国家）的制约，无论是英美法系国家，还是大陆法系国家，对非法取得的被告人的供述，即以暴力、威胁、引诱、欺诈、违法羁押或其他不正当方法所取得的被告人供述，一般不承认其诉讼证据能力，其目的在于保障人权。但对非法取得的实物的证据，即违背搜查、扣押、勘验等诉讼程序所得的实物证据，其证据能力如何？各国规定不相一致。大陆法系各国重在追求实质真实，正当程序的积极意义相对不受重视，尽管非法取得的实物证据，属于程序禁止之范围，但对其证据能力并无多大影响。英美法系各国重在追求程序公正，以被告应在诉讼程序中享有公正待遇以及判决应遵守正当诉讼程序为其诉讼法的中心思想。在这一点上，美国的表现尤为突出。美国宪法第4条修正案中关于"禁止非法搜查和没收"条款在证据法上的表现就是：违宪搜查和没收所得的证据，不许在诉讼中采用。这一原则被美国"用来作为惟一可行的保护公民不受政府官员非法搜查和没收的手段。"但该原则也受到了法学家们的批评，认为利少弊多，其主要弊端在于放纵了有罪的人，使人们对整个司法制度都不信赖。因此，美国国内关于修改

或废除该法则的呼声较高。前总统里根就曾支持修改这一法则。在司法界，首席法官博格则长期以来支持废除这一法则。但该法则在美国并未得以废除，只是法院已允许以“警察所为是出于合理的善意”为由来规避该法则的采用。在英国，尽管强调程序公正，但在对待非法取得实物证据之证据能力问题上，却与美国大相径庭。依英国法，对非法取得的实物证据，总的原则是审判时应予采纳，而不应排除。只是在某些特定情况下，法官在此问题上有一定的自由裁量权。其基本准则是：“如果审判时审判官发现某一证据对他所产生偏见的影响超过了该证据的证明价值，那么他完全可以自由裁量，拒绝采纳这一证据。”其关键在于要为被告人提供公正的审判，使其免遭不公平判决，这是法官可以自由裁量依法排除一些可以采用的证据的最主要依据。但英国排除非法取得的证据的范围是相当狭窄的。之所以如此，是因为依英国法，任何物证只要与待证事实相当都应采用，而物证的非法收集一点也不会降低其可靠程度，被告人也不会因该证据的采用而遭受损害，更不会导致其接受不公正的审判。

在我国，对非法取得的诉讼证据是否具有证据能力，无论是理论界还是司法实践部门，都存在着不同的认识，应该说非法取得的诉讼证据不应具有证据能力。我国刑事诉讼法第 43 条规定：“审判人员，检察人员，侦查人员必须依照法定程序，收集……各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”这一规定是对收集证据的法定要求：前者是程序要求，即必须依照法定程序；后者是方法要求，即强调手段合法。法律使用“必须”和“严禁”二词，表明这是一项强制性和禁止性规范，在执行时不允许具有灵活性、任意性，而必须严格执行。否则，就是严重的违法行为。因此，该规定其实是强调诉讼证据合法性的具体表现。我认为，诉讼证据必须具有合法性，否则就不能具有诉讼证据能力。因此，凡是用刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集的证据，都不具有证据能力。

否定非法取得的诉讼证据在我国诉讼中的证据能力，其意义又是多方面的：

首先，它有利于提高司法人员的秩序意识，促使其严格遵守法定诉讼程序。“重实体、轻程序”是我国司法实践中较为突出的一种错误倾向。否定非依法定程序取得的诉讼证据的证据能力，有利于彻底改变这种错误观念。

其次，它有利于保护当事人的合法权益。用非法方法收集证据，并以之作为定案根据，往往导致当事人受到不公正的待遇，甚至侵犯当事人的合法权益。特别是在刑事诉讼中，以刑讯逼供或以威胁、引诱、欺骗或者其他非法方法收集的诉讼证据，其真实性难以得到保证，而虚假的可能性却很大。因此，

如果据以定案，必然导致错案的概率被增大，从而侵犯当事人的合法权益。

再次，它有利于彻底实现司法的公正。司法公正，是我国社会主义诉讼制度追求的最高目标。而司法公正，必须以真实、合法的诉讼证据为基础。使用非法手段收集证据，其实质是司法不公的表现之一。如果承认这种证据具有诉讼证据能力，在客观上就等于是对司法不公的认可。因此，非法取得的证据自然不应具有证据能力。

最后，它有利于最大限度地防止司法人员或其他人员非法收集证据。

由于非法证据的取得不具有法定的效力，因此，非法取得的证据是不符合我国法律的规定的。非法证据不具有证据能力，就能够杜绝司法工作人员等采用刑讯逼供等非法手段获取证据。

第二节　证据资料

一、两种证据的质疑

我国法律上规定的证据共有 9 种（综合《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》的规定）。通过对 9 种证据的研究，发现一个重大问题，即：有些“证据”是由另一些证据派生出来的。最明显的例子是勘验、检查笔录和鉴定结论，它们都是由物证派生出来的，只是反映了物证，能否同物证并列构成两种独立的证据呢？早在 1984 年，我在“为建立科学的证据学而奋斗”一文中，即对这一问题提出了质疑。我认为，勘验、检查笔录和鉴定结论都不是独立的证据，因为它们并不是证据本身。

把勘验、检查笔录和鉴定结论看作独立的证据，存在一系列重大的理论问题：

第一，模糊了勘验、检查和鉴定的性质，也模糊了勘验、检查人和鉴定人的性质。勘验、检查笔录是由勘验、检查人通过勘验、检查活动制作出来的；鉴定结论也是由鉴定人通过鉴定活动制作出来的。如果把勘检、检查笔录和鉴定结论看作独立的证据，就意味着勘验、检查和鉴定都是制造证据的工作，也意味着勘验、检查人和鉴定人是制造证据的人。证据可以由勘验、检查人和鉴定人通过勘验、检查活动和鉴定活动制造出来，这是不可思议的。

第二，无法解释“毁灭证据”的概念。毁灭证据是指毁灭物证和书证。与毁灭证据并存的还有一个概念叫做“杀人灭口”。杀人灭口是采用杀人的手段

使证人等知情人不能对他们所感知的事实作出证明。无论是毁灭证据还是杀人灭口，都只及于物证、书证和人证，并不及于勘验、检查笔录和鉴定结论。勘验、检查笔录和鉴定结论是犯罪分子毁灭不了的，因为办案人员或专业人员还可以依原样重新制作出来，且与被毁灭了的材料具有同等法律效力。从司法实践看，勘验、检查笔录和鉴定结论均可以产生多次。比如，司法实践中常有现场复验、尸体复检的情况。现场勘验几次，就形成几份勘验笔录；尸体检验几次，也会形成几份检验笔录。同样，同一个物有时也会鉴定数次，形成数份鉴定结论。而真正的证据只形成一次。比如，一件血衣（物证）一旦被犯罪分子毁灭，这件血衣就不存在了，另拿一件来代替就不行，就不能起到原血衣的作用。

第三，抹杀了勘验、检查笔录和鉴定结论对客体的依赖关系。勘验、检查笔录来源于勘验、检查的客体；鉴定结论来源于鉴定的客体。它们对客体（物证）存在着依赖关系。如果把勘验、检查笔录和鉴定结论都看作独立的证据，那就意味着它们同客体中的证据都是各自独立的。既然各自独立，谁还依赖谁呢？我们说，物证、书证都是独立的证据，它们之间谁也不依赖谁。因此，把勘验、检查笔录和鉴定结论看作独立的证据，就把它们对客体（物证）的依赖关系一笔抹杀了。

第四，造成了证据力的混乱。任何一个证据都有证据力。证据力是难以用数学的方式计算的，为说明问题起见，我们姑且假定某一物证的证据力为1，也假定某一书证的证据力为1。在这种情况下，这两项证据的证据力就是：1＋1＝2。但是，勘验、检查笔录和鉴定结论就不同了。侦查人员收集到一件与案件有联系的血衣，这是一件物证。我们假定这件物证的证据力也为1。对这件血衣进行勘验就形成勘验笔录；对这件血衣进行鉴定又形成鉴定结论。这里的血衣和勘验笔录、鉴定结论三者的证据力是多少呢？这三者的证据力仍然等于1，并不等于3。因为，这三者中只有血衣（即物证）具有证据力，而勘验笔录和鉴定结论并不具有证据力。

勘验笔录和鉴定结论不具有证据力，但都具有证明力。前例中，物证的证据力同书证的证据力可以相加，因为二者同为证据力。本例中，物证的证据力同勘验笔录和鉴定结论的证明力不能相加，因为证明力同证据力在性质上是不同的。勘验笔录和鉴定结论的证明力只是物证证据力的反映。反映有准确与不准确、全面与不全面之分。即使反映是准确的、全面的，也不能把它同被反映者相加起来。犹如一个人的录像、照片不能同这个人相加一样，一项物证的勘验笔录、鉴定结论也不能同这项物证相加成为三种证据。因为勘验、检查笔录

和鉴定结论并不是独立的证据，并不是证据本身。

勘验、检查笔录和鉴定结论的证明力是物证证据力的反映。反映要受被反映者的制约。如果我们把物证的证据力假设为1，那么，通过勘验、检查笔录和鉴定结论所反映出来的证明力也应该等于1。科学的、完全正确的勘验、检查笔录和鉴定结论的证明力同物证的证据力相比，应该是恰恰不多也不少。少了，就说明物证中还有某些证据意义未被人认识；多了，就无法解释了。

由上可以看出，勘验检查笔录和鉴定结论的产生既不会增加证据，也不会增加证据力更不会增加证据的种类。因为它们并不是证据本身，而是反映证据的证据资料。

二、证据资料的概念

我国法学界给"证据资料"所下的定义是："指可用以证明案件情况的事实材料，也就是证据事实，如证人的证言、被告人的口供、鉴定人的鉴定结论、物证的外部形态或其存在情形、书面证据记载的内容、勘验的结果等。人们通常所说的证据，就是指这些能够据以证明案件情况的证据资料。"这个定义中存在的突出问题就是证据资料同证据不分，并由此导致了错把证据资料当证据的结局。台湾学者对"证据资料"是这样解释的："证据资料或证据材料，系指自证据方法所得之资料，亦即调查证据所得之资料。如证言、鉴定书、书证之内容、勘验之笔录图画照片等，自其中可以发现证据者而言。凡得利用其中已知事实，而推论待证事实真伪存否之资料，亦即得为证据之资料。故普通所称证据，亦常指证据资料而言。"这个解释中的第一句话是正确的，后面部分同样混淆了证据资料同证据的界限，最终也同样是把证据资料看成了证据。国外法学中也有"证据资料"这个概念。比如，日本《世界大百科事典》就有这样的理解证据资料"指根据具体调查而获得的内容。证词、鉴定意见、文书记载的内容、验证结果等等就是证据资料。证据资料对判定案件起作用的影响力，叫做'证据力'。"这个解释也把证据资料同证据混为一谈了。因为，只有证据才有证据力，而证据资料只具有证明力。

以上观点都不够准确。那末，怎样理解："证据资料"呢？我认为：证据资料是指司法机关调查证据所形成的文字材料或其他材料。调查证据是在程序过程进行的，因此，证据资料均产生在程序过程，是在司法程序和诉讼程序上用来反映证据的文字等材料。

证据资料都是在程序过程产生的，这是证据资料的一大特点。程序过程就是司法机关办理民事案件和刑事案件的过程，证据资料就是在这个过程中产生

的，不是在这个过程中产生的文字等材料，就不是证据资料。西方国家的学者把程序过程中产生的文字等材料称为“诉讼文件”，并把它归并到书证中，即所谓“文件证据”。这是不适合的。台湾学者把这样的材料称为“诉讼书类”，并把它视为狭义上的书证，也是不适合的。书证是在实体过程中产生的，“诉讼文件”和“诉讼书类”都是在程序过程中产生的。两者产生的过程不同，这就决定了两者的性质、作用也不一样。其实，西方学者所说的“诉讼文件”和台湾学者所说的“诉讼书类”大多都是证据资料。证据资料是司法机关调查证据的产物。证据是调查的对象，证据资料则是调查中用来反映证据的文字等材料。这是证据资料的又一大特点。证据资料都产生在程序过程，但是，程序过程所产生的文字等材料并不都是证据资料。证据资料仅指程序过程产生的、反映了证据的文字等材料。具体来说，证据资料包括勘验、检查笔录、鉴定结论、讯问笔录、询问笔录（各种陈述笔录也可称为证明材料）和为调查证据而摄制的视听资料等。此外，司法实践中形成的搜查笔录、扣押笔录等，有些也具有证据资料的性质。

三、证据资料与证据的区别

证据资料同证据有着密切的联系，但也有本质上的区别：

第一，证据存在于调查之前，证据资料则是在调查过程中才产生出来的。不是在证据调查前就存在的事实，不能成为证据；同样，不是在证据调查中产生的文字等材料，也不能成为证据资料。比如。物证、书证都在调查前就存在了。就是在人证中，包括提供证据的人和他们提供的事实，也都在调查前就存在了。一个案件发生后，司法机关要取得证据，一是查找证物，二是查找证书，三是查找证人。离开了证物、证书和证人（包括亲证人），就不可能取得任何证据。但是，证据资料却不同，它们不是在证据调查前就存在的，而是证据调查的过程中才产生出来的。比如，勘验检查笔录、鉴定结论、讯问笔录、询问笔录等，都是伴随证据调查活动才产生出来的。证据资料体现着办案人员对证据的认识。证据资料产生得越多，可能意味着办案人员对证据的认识越广、越深入，并不意味着办案人员取得的证据越广，取得的证据种类越多。因为，人的认识既不能创造出证据，更不能创造出证据的种类。明确这一点十分重要。

第二，证据产生于实体过程，证据资料产生于程序过程。实体过程主要是指案件发生的过程，有时也指司法中需要证明的其他事实发生的过程。证据都处在这个过程。比如，证物、证书以及证人（包括亲证人）所提供的事实，都

是在这一过程产生或发生的。证据资料则处在程序过程。如前所述，勘验检查笔录、鉴定结论、讯问笔录、询问笔录等，都是在程序过程产生的。

证据为什么都产生于实体过程呢？因为，司法中需要查明的事实都是实体事实，这些事实发生的过程就是实体过程。作为证据必须是在这个过程形成的事实，不是在这个过程形成的事实就不可能同司法中需要查明的实体事实之间存在客观上的联系，也就不可能构成证据。这就是证据都产生在实体过程的根源。有些学者认为："诉讼过程可以形成证据。"他们说：诉讼中"所进行的'证明过程'……形成的'一切事实'也是证据。"这种看法是不可取的。所谓诉讼中形成的事实就是勘验、检查的事实，鉴定的事实，讯问和询问的事实等等。这样的事实同诉讼中需要查明的实体事实分处在两个不同性质的过程中，怎么能形成证据呢？有些学者还说："（证据）收集过程既反映了诉讼参与人和办案人员的认识思维过程，带有主观性，同时也是一个加工制作的实践过程。"他们认为，办案人员"制造的'成品'"也是证据。这种看法就更不可取了。如果证据可以由办案人员"加工制作"出来，这样的"证据"不就成了可以任随办案人员的主观意志而转移的东西了吗？把办案人员制造的"成品"看作证据，怎样克服办案人员的主观随意性呢？其实，他们所说的"证据"正是指程序过程产生出来的证据资料。办案人员可以"制作"证据资料，但不可以"制作"证据，证据是不可能由办案人员制作出来的。从这个分析可以看出，上述观点正好反证了区分证据和证据资料的必要性。

第三，证据独立于人的意识之外，证据资料的产生却离不开办案人员的思维活动。证据是客观事实，属于"存在"这一范畴。它独立于办案人员的意识之外，独立于人证主体的意识之外，独立于一切人的意识之外。但是，证据资料则不同，它是在证据调查过程，随着办案人员、专业人员和人证主体对证据的认识和反映而产生的。认识和反映都是人脑的功能，都是人的意识活动。由此来看，证据资料的产生离不开人的思维活动。

第四，证据是人认识的对象，证据资料则是人认识的结果。认识的对象是事先存在的，认识的结果只能产生并存在于认识过程或认识以后，认识的对象属于"客观"范畴，认识的结果则属于"精神"范畴。

四、证据资料的基本属性

证据资料同证据的区别更集中地表现在二者的基本属性上。证据的基本属性有两条：一是客观性；二是关联性。不具备这两条就不能构成证据。证据资料的基本属性也有两条：一是主观性；二是派生性。不具备这两条也不能构成

证据资料。主观性是指证据资料是人的主观认识的产物，它同人的思维有着密切的联系。“主观”一词在《辞海》里有两种解释：一是“指人的意识、精神”；二是指“人的认识不从实际出发”。这里所讲的主观性仅指前一种含义，它只是被用来标志某些事物的性质。标志事物性质的主观性同标志人的认识“不从实际出发”的主观片面性还是截然两事，不可混为一谈。证据资料并不等同于精神、意识，因为它有外在的形体。但它是证据的反映，反映都要通过人们大脑的思维，这就是证据资料具有主观性的根源。证据资料除具有主观性以外，还具有派生性。所谓派生性是指证据资料是由证据派生出来的，没有证据就没有证据资料。“派生”是与“原生”相对应的一个概念。原生是原来形成的；派生是以“原生”为根据而产生出来的。这种原生、派生关系决定：证据资料只能由证据产生，受证据制约、被证据检验。这就是证据资料派生性的基本含义。

五、区分证据和证据资料的意义

区分证据和证据资料同区分实体事实和程序事实、实体过程和程序过程这样两种事实和两个过程的界限一样，均具有重大的理论意义和实践意义。首先，有利于解决法学界的争论。法学界一直存在“证据有没有主观性”的争论，把证据和证据资料的界限划清以后，这个问题就会迎刃而解。证据并没有主观性，有主观性的只是证据资料。由于法学中长期以来，把证据和证据资料均看作证据，致使许多学者作出了证据有主观性的结论。其实，他们所看到的正是证据资料的主观性。把证据同证据资料的界限划清以后，“证据有主观性”的观点就无立足之地了。其次，可为证据法学中划清证明和证据、主观和客观的界限奠定理论基础。证据资料体现着人们对证据的反映和认识，它在本质上属于证明的范畴、主观意识的范畴。把证据资料同证据混淆在一起，实质上就是证明同证据不分、主观和客观不分。这是证据法学中存在的最大的问题之一。而要彻底解决这些问题，区分证据和证据资料就是必不可少的。再次，可为司法实践中正确收集、调查证据和正确审查、判断、使用证据、证据资料提供理论根据。侦查人员、检察人员、审判人员如果划不清证据和证据资料的界限，工作中就会产生或多或少的盲目性。只有严格划清这一界限，司法人员才能始终抓住证据的本质，而不为反映证据的各种形式所迷惑。

第三节　证据效力

证据效力是指证据在证明中所起的和可能起到的作用。证据效力的研究主要涉及证据力和与之有关的问题。证据力和与之有关的问题是证据法学的核心，是最重要的理论问题。下面就这个问题略陈管见，以期能收到抛砖引玉之效。

一、证据的自然效力和法律效力

证据的自然效力就是自然形成的效力，也就是证据本身的效力。证据本身的效力是指证据所含有的一种作证意义，也就是通常所说的证据力。因此，一个证据自然产生的证据力就是证据的自然效力。

证据力表现为证据的关联性。证据的关联性随证据的产生而产生，随证据的存在而存在，因此，证据力也是伴随证据的产生而产生并客观地存在着。

证据的法律效力是法律上对证据的规定所产生的效力。一个证据能得到法律上的承认，它就具有了法律效力，得不到法律上的承认，它就不具有法律效力。由此来看，证据的法律效力产生于法律上的规定，它是外加于证据的，并不是证据本身的效力。它属于证据制度的范畴，并不属于证据范围。法学界主张证据有合法性的同志正是把证据的法律效力看成了证据本身的效力。

证据的法律效力在西方国家称为证据能力。所谓证据能力就是依法可被容许和可被采作证据的资格。因此，证据能力也称之谓证据资格或称之谓证据适格性。这里的“适格”也就是符合法律上的规定。因此，一个证据具有证据能力也就是具有法律效力，没有证据能力也就是没有法律效力。

证据的自然效力和法律效力是什么关系？这是证据法学中一个十分重要的问题。前面已经讲过，自然效力就是证据力，法律效力就是证据能力，因此，自然效力和法律效力的关系就是证据力和证据能力的关系。对于这两者的关系，台湾学者作过这样的论述：“证据必须先有证据能力，即须先为适格之证据，或可受容许之证据，而后始生证据力之问题，因此学者有谓证据能力，系自形式方面观察其资格；证据力，系自实质方面观察其价值。”这个论述包括三点内容：第一，证据能力先于证据而产生；第二，证据能力决定证据力；第三，证据能力是从形式上观察证据，证据力是从实质上观察证据。这三点内容中，除第三点包含一定的道理外，其余两点均不符合实际。

为什么其余两点内容均不符合实际呢？因为实际情况根本不是证据能力先于证据力而产生，而是证据力先于证据能力而产生。一个事实如果不事先具有证据力，如何能取得证据资格？如何能得到法律上的承认？同样，也根本不是证据能力决定证据力，而是证据力决定证据能力。证据能力的产生必以证据力的存在为前提，为先决条件，没有证据力存在这个先决条件，证据能力就失去了存在的基础，就变成了无源之水、无本之木，变成空中楼阁。而证据力的产生却丝毫不依赖于证据能力。所谓证据力实质上就是事实之间的关联性，这种关联性随事实而产生，随事实而存在，不以人的意志为转移。因此可以这样讲，证据力的产生与办案人员无关、与人的认识无关、与法律制度无关、与法条上的规定无关，当然也就与证据能力无关。

从上面的分析可以看出，上述论点正好颠倒了证据力和证据能力的关系。这是历史的颠倒，我们要把它再颠倒过来，把这个关系摆正。现在可以说：证据力先于证据能力而产生，证据能力为证据力所决定；同样可以说：证据的自然效力先于法律效力而产生，法律效力为自然效力所决定。这就是证据的自然效力和法律效力的关系。

证据的自然效力是客观的东西，属于“存在”这一范围；证据的法律效力是办案人员对证据资格的认定，属于主观范围。根据自然效力决定法律效力的原理，这两种效力应该是统一的，就是说，一个证据既有自然效力就应当得到法律上的承认、取得法律上的效力。但因证据制度的不同，证据的自然效力和法律效力也呈现不同的情况。因为，证据的法律效力是由法律上的规定所产生的，它体现着统治阶级的意志对证据的干预，这种干预如果是科学的、合理的，就可以达到证据的法律效力和自然效力的统一，如果不科学、不合理，就可能造成证据的法律效力和自然效力相分离的情况，即：一个证据虽有自然效力但无法律效力，或者一个事实虽无证据的自然效力，但它却取得了法律上的证据资格，也就是取得了法律效力。出现证据的自然效力和法律效力不统一的情况，应该说是证据制度不合理的突出表现。

证据的自然效力和法律效力不统一是中世纪法定证据制度下经常出现的最突出、最严重的证据问题。法定证据制度的最大弊端就在于，统治阶级的意志不适当地、不合理地干预了证据，在许多情况下造成了证据的法律效力和自然效力相分离的情况。比如，在法定证据制度下采用这样的采证规则：男子的证言优于妇女；学者的证言优于非学者；显贵人的证言优于普通人；僧侣的证言优于世俗人。执行这样的规则必然会造成证据的自然效力和法律效力相分离的情况。因为男子、学者、显贵人、僧侣提供的证言未必都是真实的；妇女、非

学者、普通人、世俗人提供的证言未必都是虚假的。

在现代西方国家，由于对证据能力有不少限制，这就形成了许多证据规则，诸如传闻规则、证据排除规则、证据优先规则等。这些规则包含有合理的因素，但也可能造成证据的法律效力和自然效力相脱离的情况。

我国法律上没有关于证据能力的规定，也没有证据排除规则的规定。我国只在刑事诉讼法第35条规定："只有被告人的供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚"。这一条规定一般不会造成证据的法律效力和自然效力脱节的情况，因为任何真实的口供总会找到一些客观的情况相验证，如果任何客观的情况也找不到，这样的口供一般都是虚假的。由于我国没有限制证据能力的规定，这就为实现证据的法律效力和自然效力的统一创造了条件。

二、证据的实质效力和形式效力

证据的实质效力是指事实本身所具有的效力，也就是证据的自然效力。之所以产生这样两个概念是因为提出概念的角度不同。提出自然效力的概念是针对法律效力讲的；提出实质效力的概念是针对形式效力讲的。而实质效力和自然效力所指的是同一种事物，是没有区别的。

按照实质证据观来理解，证据就是与待证事实相关联的客观事实。证据的实质效力就是这种事实所具有的证据力。证据力包含在事实的关联性之中，因此，研究事实之间的关联作用就是认识和掌握证据实质效力的基本途径。

证据的形式效力是指事实的各种反映形式所具有的效力。事实的反映形式有五种：思维形式、言词形式、文字形式、图画形式、音像形式等。其中思维形式本身在诉讼中不产生效力，其余四种形式均能在诉讼中发挥证明作用。因而，证据的形式效力就是通常所说的证明力，

国外学者对证据力和证明力这两个概念一般不加区分。在他们看来，证据力也即证明力，证明力也即证据力，二者并没有区别。例如，日本《世界大百科事典》中对证据力一词所作的解释是："指证据对需要证明的事实所具有的作证价值，即把证据的可靠程度叫做'证据力'。也有把它叫做证据价值或'证明力'的。台湾学者也持这种观点。他们在解释"证据力"这个概念时这样讲："所谓证据力亦称证据之证明力。系证据资料得为证明之价值。"短短一句话，存在两个问题：一是证据力和证明力不分；二是证据和证据资料不分。实质上证据和证据资料不分正是证据力和证明力不分的理论根源。大陆学者也有类似的看法。比如，有的同志讲："证据的关联性又称证明性……证据的关联性实际上就是证据的证明力或证据力。"以上看法的共同点是对证据力和证

明力不加区分，这也是不符合实际的。

什么是证据力？什么是证明力？再者是什么关系？这些都是证据法学中的重大问题，必须搞清。

所谓证据力是指事实之间的客观联系可能产生的作用，也即通常所说的关联作用。办案人员为什么能够依据证据查明待证事实？就因为证据同待证事实相关联，这种关联所包含的潜在的力量就是证据力。事实之间相关联有多种情况，但其主要内容包括有无关联，有怎样的关联：是同人关联、同事关联还是同物关联。总之，事实之间有关联就是有证据力，有怎样的关联就是有怎样的证据力。

所谓证明力是指事实的反映所含有的证明价值。作为证据的事实被反映出来以后就能在诉讼中发挥证明作用，这种作用就是证明力。日本《世界大百科事典》中曾讲："证据资料对判定案件起作用的影响力叫做'证据力'"。其实，日本学者所讲的这种影响正是证明力。

从上面的论述可以看出，证明力来源于证据，它同证据力虽有密切的联系，但还是有区别的。这个区别在于：证据力是事实本身所具有的能力，它随事实而产生，随事实而存在，这是一种潜在的能力，这种能力是客观的、外在的、不以人的意志为转移的；证明力则是人们对事实所作的认识所具有的能力，它随人的认识而产生，在人的认识领域里发挥作用，因而属于主观范围。一个是客观存在，一个属于主观范围，这就是证据力和证明力的基本区别。举例来说：一具尸体同案件事实之间的客观联系所产生的作用就是证据力，不能把它叫做证明力，因为证明是人的认识活动，是人在证明，并不是尸体在证明；而尸体的检验笔录在诉讼证明中可能发挥的作用就是证明力，也不能把它称为证据力，因为检验笔录并不是证据本身，而是证据的反映。

证明力和证据力的关系也就是证据的形式效力和实质效力的关系。区分证据的形式效力和实质效力具有十分重大的意义。从古到今，从中国到外国，一直存在着证明同证据不分的现象。这种现象严重影响了证据法学的发展，给证据理论造成了极大的混乱。为改变现状，开拓未来，进而建立起真正科学的证据法学，就必须把证明同证据的界限划清。而区分证据的形式效力和实质效力就是划清证明同证据界限的一个重要方面。

区分证据的形式效力和实质效力还具有一项特别的意义。在证据制度发展史上，人们都在竭力探求真实。在这个过程中产生了"形式真实"和"实质真实"这样两个概念。可以说，这是人类认识证据的重大成果。但是，什么是形式真实？什么是实质真实？这些问题并没有人作出过精确的解释。区分这两种

效力就为正确理解形式真实和实质真实奠定了理论基础。

三、证据的确然效力和盖然效力

确然效力和盖然效力是从人们认识证据力的角度划分出来的。证据力是基于事实之间的关联作用而产生的一种潜在的能力，这种能力是客观的，但它只有借助人的认识才能在诉讼中发挥作用，而在人们认识证据力的过程中就出现确然和盖然这样两种效力。

人们认识证据力的基本途径就是研究证据的关联性。证据的关联性呈现着极其复杂的情况。通过对关联性的初步研究，我们发现有些证据同待证事实之间的联系是明显的，是确定无疑的。所谓确定无疑就是只有一种可能性。而另一些证据同待证事实之间的联系则具有二向性，即这种联系不是确定无疑的，而是盖然的。所谓盖然就是既可能又非必然。既非必然就是有两个或两个以上的可能性。因此，我们把只具有一种可能性的证据效力称为确然效力，把具有两种或两种以上可能性的证据效力称为盖然效力。

西方学者认为：证据只能给人们提供某种盖然性。我国学者则相反，大多不承认这种盖然性。这两种看法都不符合实际。

应该承认，证据力作为一种客观存在，它的效力是一向性的。但从人们认识的角度讲，情况就不同了：有一向性的，也有二向性的；有提供确然效力的，也有提供盖然效力的。这要作具体分析，不能一概而论。比如，尸体上背部的砍伤提供给人们的就是确然效力，因为在这种情况下只存在“他杀”的一种可能；而胸部刺伤提供给人们的却是盖然效力，因为这种伤痕的造成有两种可能：一种是他杀，另一种是自杀。再如，溺水的尸体无生前下水的特征，所提供的证据效力是确然的，说明死者是被人致死后扔到水中的；有生前下水的特征，所提供的证据效力是盖然的，因为这有两种可能：或者是死者投水自杀，或者是被别人推下水而淹死。

有些证据提供的效力是确然的，有些证据提供的效力则是盖然的，还有些证据提供的效力既具有确然性的一面，也具有盖然性的一面。比如，犯罪现场发现某人的指印，对于认定某人曾到过现场的事实所提供的效力是确然的，但对认定某人就是本案的犯罪分子来说，所提供的效力又是盖然的。曾有过这样一个案件：某单位财务科被盗，在现场办公桌上发现了一枚清楚的指印，经鉴定确认是本单位职工某甲留下的，即将某甲列为重大嫌疑人。后经继续侦查，查获了真正的犯罪分子，这才排除了对某甲的嫌疑。经查，某甲在发案当天白天（晚上发案）曾去财务科打过电话，因而留下了他的指印。从这个案例可以

看出，现场指印所提供的效力就具有确然和盖然这样两个方面。

划分确然效力和盖然效力既具有理论意义，更具有实践意义。这种意义表现在以下几个方面：

第一，有利于准确判定证据效力。明确证据效力有属于确然性者，有属于盖然性者，还有的既具确然性的一面，又具盖然性的一面，这就促使办案人员对收集和获取的证据作细致的研究，首先要分清哪些是确然性的，哪些是盖然性的。办案中既不能把确然效力的证据当作盖然效力的证据使用，也不能把仅具盖然性的证据当确然性的证据使用，否则就会把案件办错。

第二，可以促使办案人员自觉收取确然效力的证据。特别对案件中关键环节的认定，一定要有确然性的证据。比如，确认杀人要见尸体，确认枪杀要见枪支，确认盗窃要见赃物。即使尸体、枪支、赃物被毁，也要把被毁的情况查实，切不可不见尸体、不见枪支、不见赃物就草率下判。否则就可能判错案件，冤枉好人。某县所判崔某某杀人一案就是在未见被害人尸体的情况下所判的。被告人被判处无期徒刑，投入劳改两年后，其妻去探亲，路过某市遇见乡里熟人，方知所谓被害人还在该市内卖菜，并未被害。这是一起冤案。造成这一冤案的原因是多方面的，其中最重要的原因就在于未取得可用来认定杀人事实的确然性证据。

第三，可以促使人们研究仅具盖然效力证据的使用规律。如果全案只有盖然效力的证据，定案一定要特别慎重。一定要使众多盖然效力的证据互相结合，能把各个证据盖然性的一面排除在外，使众多盖然效力证据的证据力完全一致，即只能据以作出一个结论，不能作出第二个结论。如果不能把证据盖然性的一面彻底排除，那就不能定案，否则就会出现错判。

第八章 诉讼证据的分类

第一节 诉讼证据分类的概念和意义

一、诉讼证据分类的概念

我国诉讼证据的种类，是由诉讼法律明确作出规定的。诉讼证据的种类，是以各个证据的体现对象来划分，如通过物品、痕迹体现的，称为物证；通过证人的陈述体现的，称为证人证言，等等。这种划分，也是一种分类。法律上规定的分类与理论上的分类，在法律效力上是不同的。为了把两者区别开来，我们通常把前者称为证据种类，后者称证据分类。所谓诉讼证据分类，是指对刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法中规定的各种证据，根据其自身的不同特点，从不同的角度，按照不同的标准，从理论上将其划分为若干不同的类别。比如，按照诉讼证据的不同来源方式；按照诉讼证据与被告人的利害关系；按照诉讼证据对案件主要事实的证明程度；按照诉讼证据的表现形式；等等，都可以反映诉讼证据的不同特点，将它们划分为不同类别。虽然诉讼证据理论上对诉讼证据的分类存在着各种不同的划分方法和类型，没有形成一个统一的格式，但是其最终目的都是一致的，都是为了便于当事人和司法机关在司法实践中有效地提供、收集、审查和运用各种诉讼证据，准确地查明案件事实，正确地处理案件，从而真正实现各项诉讼任务。

任何一种具体的诉讼证据，都可以根据不同的标准划分为不同类别。例如，某刑事案件被害人对其所遭受被告人伤害的事实和情节，向司法机关进行陈述。其陈述属于法律所规定的证据种类之一，即被害人陈述。在理论上，根据它的来源的方式，它是被害人对自己亲身经历的事实所作的陈述，属于原始证据；根据它的表现形式，它是以言词的形式表现出来的，属于言词证据；根

据它与被告人的利害关系，被害人陈述的内容，是指控被告人的有关事实，是不利于被告人的证据，属于控诉证据；根据它对案件主要事实的证明程度，它可能是直接证据，也可能只是间接证据。又如，民事案件的借贷合同，按照诉讼证据分类的不同标准对其进行考察，它既是直接证据、本证，又属于原始证据、实物证据等。由此可见，同一证据种类从不同的角度，可划分为不同性质的证据类别。

二、诉讼证据分类的意义

第一，通过对诉讼证据进行科学的分类，便于对各类证据进行研究，揭示出各类证据的不同特点和表现形式。这可以帮助司法人员正确认识各类证据的特点和表现形式，使司法人员能有效地收集各类证据，有助于保证司法机关认定的案件事实，建立在充分、确实的证据基础上。

第二，对诉讼证据从理论上进行科学的分类，并以此来指导司法实践，有利于保证办案质量。因为司法实践中，司法人员面对着与案件事实具有联系的大量、零乱的各种各样的证据材料，如果不会对此加以分类并进行分析，就犹如乱麻一样理不出头绪来。因而就不可能对某种证据证明力的强弱作出科学的评析。司法实践中，有不少冤错案件的酿成，往往是违背了定案的证据必须充分、确实的原则。如果司法人员掌握了有关诉讼证据分类的知识，那么在办案过程中，他就会自觉地对各种证据进行多角度、多方位的分析，把握各类证据的特点以及运用规则，避免把间接证据当做直接证据运用，能够恰当地运用证据证明案件事实，从而保证办案质量，防止冤、假、错案的发生。

第三，对诉讼证据进行科学分类，有利于从理论上研究分析各类诉讼证据的特点、作用和规律。无论是在刑事诉讼、民事诉讼还是在行政诉讼中，各种证据材料纷繁复杂、千姿百态。它们的来源、表现形式、证明作用和诉讼意义等各不相同。对这些证据从理论上进行分类，有助于分门别类，逐一对各种诉讼证据进行深入探讨，揭示其内在的本质属性和规律，并以此来指导司法实践工作，从而保障各项诉讼任务的顺利完成。

第二节 原始证据与传来证据

以诉讼证据的来源方式为标准，可将诉讼证据划分为原始证据和传来证据。在诉讼证据理论界，对这种分类的观点基本上是一致的。无论是刑事诉讼

还是民事诉讼、行政诉讼中的证据都可以适用这种分类。凡是直接来源于案件事实或案件有关事实，没有经过中间环节传替的第一手材料，就是原始证据；凡是经过转述或传抄，从原始证据中再生出来的证据，也即是第二手以上的材料，就是传来证据。例如，某甲和某乙是邻居，两人因小事而发生口角最后扭打起来，某甲用拳头猛击某乙头部，致使某乙当场昏倒在地。这一切均被前来劝阻的邻居某丙看见。在本案的诉讼过程中，某丙将自己亲自耳闻目睹的事实，向司法机关作了陈述，这种证据就是原始证据。某丙曾经把自己对本案所见所闻的事实告诉过某丁。后来某丁也向司法机关陈述了自己所知道的案件有关事实，某丁的证言则属于传来证据。

一、原始证据的表现形式

原始证据是传来证据的对称。其表现形式主要有：物证的原物，如在犯罪现场查获的犯罪工具，留有犯罪痕迹的物品和各种赃款、赃物等；各种书证的原本，例如与案情有关的各种账册、单据、信函、合同、文件等的原件，以及能够证明当事人身份情况的身份证、工作证、户口簿、档案材料的原件；亲自耳闻目睹案件发生经过的证人所提出的能够指认行为人的证言；被告人供述和辩解；被害人陈述等。此外，司法人员采用科学方法直接从现场提取的证据，如采用细目摄影等方法固定收集下来的指纹、脚印等，都属于原始证据。总之，无论是由当事人及其诉讼代理人收集提供的，还是由司法机关侦查或调查获取的证据材料，只要是该证据事实进入诉讼时其本身直接来源于案件事实的原始出处，无论是谁，通过什么方法获得的（但须是合法的），都是原始证据。

二、原始证据的特点及诉讼意义

原始证据最显著的特点是原始证据一般具有较强的客观性。由于原始证据是从第一来源获取的证据。它同案件事实距离最近，没有经过其他中间环节的转述、传抄或复制，不存在因为转述、传抄或复制而造成差错的可能性，能够比较客观、真实地反映案件的本来面貌。这是原始证据相对于传来证据来说所具有的显著特点，同时也是它所具备的一大优点。

了解原始证据的特点，对于司法机关收集、审查、判断证据以及当事人提供证据具有重要的指导意义。在民事诉讼和行政诉讼中，如果当事人能够举出确实充分的原始证据，那么其胜诉的可能性就很大。无论是在刑事诉讼、民事诉讼还是在行政诉讼中，如果拥有确实充分的原始证据，可以使司法机关据以正确定案裁决，从而保证办案质量，防止冤、假、错案的发生。司法机关和诉讼当事人在司法实践中应注意以下几点：1. 司法人员在办案时，应尽可能收

集和使用原始证据。只有在无法收集到原始证据的情况下，才能用传来证据代替原始证据；2. 凡是能够将原始证据附卷的，都应当附卷作为定案的根据；3. 法庭调查时，书证有原件、物证有原物的，应尽量提供原件、原物，并应按法律规定出示，经当事人辨认核实后，才能用作定案的依据；4. 被告人必须亲自到庭陈述，证人也必须接受传唤，到庭作口头陈述。只有在确有困难的条件下，才可以用宣读证人证言的书面材料代替。

三、传来证据及其表现形式

传来证据，是原始证据的对称，俗称“第二手材料”，是指间接来源于案件事实，经过转述、传抄或复制而获取的诉讼证据。传来证据是从原始证据中派生出来的，非最初直接来源于案件事实的证据。在诉讼中主要表现为：刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼中物证的复制品；书证的副本、抄件、影印件、复印件等；证人转述他人耳闻目睹有关案件事实的证言；当事人对非亲身经历的案件事实的陈述等。此外，在刑事诉讼中，传来证据还表现为根据证人和被害人所描述的体貌特征而绘制犯罪分子的画像，犯罪现场的照片、模型，等等。从传来证据的各种表现形式可以看出传来证据不仅包括言词证据，同时也包括实物证据。它与西方国家证据法中的传闻证据不是同一个概念。西方国家证据法中的传闻证据仅限于言词证据，而不包括实物证据。因此，不能将二者等同起来，把我国诉讼证据分类中的传来证据表述为传闻证据。

四、传来证据的特点及其作用

与原始证据相比较而言，传来证据具有其自身的一些特点：

第一，传来证据具有来源的间接性。由于传来证据不是直接来源于案件事实，而是从原始证据中派生出来的。通常情况下，传来证据经过传递的次数越多，它同案件事实的距离就越远，其可靠程度就会因传递的方式、目的等因素影响而受到不同程度的影响。因此，它与案件事实之间只是一种间接关系，具有间接性。

第二，传来证据具有众多性。一个原始证据在经过一次又一次的转述、传抄或复制后，往往会繁衍出许许多多的传来证据，也即是通常所说的“一传十、十传百”。因此，在司法实践中，许多案件都是传来证据多于原始证据。

第三，传来证据之间可能会相互产生矛盾。传来证据在转述、传抄过程中，因传递错误很容易造成失实甚至相互之间产生矛盾。如文件在传抄过程中，抄错或漏掉一个关键性的字，将“不是”写成了“是”；或者证人在转述他所听到的情况时将事情经过弄颠倒了等，这些情况都会造成传来证据之间相

互不一致，产生矛盾，从而影响其客观真实性。因此，对传来证据进行审查判断的过程也往往较为复杂，这是传来证据一个弱点。

虽然传来证据与原始证据相比有相应的弱点，但它在诉讼中仍具有不可忽视的重要作用。

第一，通过传来证据，可以审查和验证原始证据的可靠程度。司法实践中，由于种种原因使原始证据的真伪难以分辨时，可以通过传来证据验证原始证据的真伪。

第二，通过传来证据可以追溯原始证据。司法实践中，司法人员在调查案件之初常常是先接触到一些传来证据，然后顺藤摸瓜，最后才找到原始证据。如某甲是某一案件的目击者，他把亲眼见到的有关该案的情况告诉过许多人。当司法机关调查此案时，开始不一定就接触到某甲。但可以通过已听过某甲转述案情的那些人提供的传来证据，找到案件的目击证人某甲，从而获取原始证据。

第三，某些原始语证据在不便于提取或无法长期保存时，可以用传来证据加以固定或保全。例如，尸体、伤者的伤情部位，易于腐烂变质的物品，不能移动的物品等，可用照相、模型、录音、录像等方式加以固定后，用以代替原物、原件。在司法实践中，许多书证可以由副本代替。如公文、判决书、户籍本、房屋产权证等，都可用其复印件作为证据使用。只有在认为复制品、副本可能有差错或伪造时，才能找原件、原物进行核对。

第四，传来证据经查证属实，可以用来认定案件事实。司法实践中，有的原始证据因时过境迁，原始物品毁损灭失，已无法辨认、提取；有的证人、被害人在提供证词时死亡，其证言、陈述已不能取得；等等。在这种情况下，可以用传来证据，用复制品、第三者的证言等证明案件事实。例如：被害人临死时曾告诉某甲，凶手是谁、杀害他的原因以及作案的时间、地点、手段等情况。事后某甲向司法机关提供的证言虽然是传来证据，但它对侦破案件，证实犯罪的主要事实，具有非常重要的作用。

根据传来证据的以上特点和作用，司法实践中，在收集、审查和运用传来证据时，应当遵守下列原则：(1) 不能收集使用没有正确来源或来源不明的传言、文字材料等；(2) 只有在原始证据的收集和提取确有困难的情况下，才能使用传来证据作为定案的依据；(3) 应尽可能收集和提取最接近原始证据，转述或传抄次数最少的传来证据，并且要经查证属实后才能使用。

第三节　控诉证据与辩护证据

一、划分控诉证据与辩护证据的依据

将诉讼证据划分为控诉证据和辩护证据，是依据诉讼证据对于刑事被告人的利害关系不同为标准划分的。这种分类是基于刑事诉讼中存在着控诉和辩护两个相互对立的诉讼职能而自然形成的。因为，在整个诉讼过程中，控、辩双方之间的对抗始终是围绕着被告人的刑事责任问题进行的。任何一个证据在诉讼中的作用必然是服务于控、辩这两种诉讼职能中的一种。任何一个证据，它或者有利于控诉方、或者有利于辩护方，二者必居其一，不可同时并存。就侦查机关、公诉机关和被害人一方来说，为了揭露和证实犯罪，自然会收集和使用能够证明被告人有罪或罪重的证据，以支持起诉方行使控诉职能，从而形成控诉证据。而从刑事被告人及其辩护人一方来说，则会竭力提供能够证明被告人无罪或罪轻的事实和证据材料，以避免或阻止被告人遭受不公正裁判，维护刑事被告人的合法权益。此时，刑事被告人和辩护人所提供的事实和证据材料就形成了与控诉证据相抗衡的辩护证据。将刑事诉讼证据划分为控诉证据和辩护证据，有利于控、辩双方收集和运用证据，同时也有利于侦查人员、检察人员和审判人员客观、全面地分析、研究案情，从而防止先入为主、偏听偏信和主观臆断，保证案件的裁判建立在客观、公正的基础之上。

二、控诉证据的概念

所谓控诉证据，是指能够证明刑事被告人有罪、罪重或应当从重、加重被告人罪责的诉讼证据，由于这类证据倾向于证明犯罪事实或加重被告人刑罚的情节，是一种对被告人不利的证据，因此，又称之为“攻击证据”。它是起诉方对被告人进行控诉和人民法院依法作出有罪、从重、加重刑罚判决的根据。

控诉证据根据其所证明的犯罪事实和情节等有关案件事实的不同，主要有以下两种表现形式：

第一，证明犯罪事实存在的控诉证据，这类证据主要有：(1) 犯罪分子遗留在现场的各种物品、痕迹。如凶器、指纹、脚印以及查获的赃款、赃物等；(2) 证人关于犯罪分子进行犯罪活动的有关事实和情节的证言；(3) 犯罪分子用来进行犯罪活动的各种书证。如伪造的单据、账册、工作证等；(4) 被害人对其受害事实和情节所作的陈述；(5) 能够证明被告人有关犯罪事实存在的鉴

定结论。如贪污案件中的笔迹鉴定等；(6) 对犯罪现场和物品等的勘验、检查笔录。如确认被害人是他杀而非自杀的勘验笔录等。

第二，证明有从重、加重处罚情节的证据。这类证据不仅能证明有关犯罪事实的存在，而且能对被告人具有刑法所规定的从重、加重处罚情节予以证明。例如被告人所侵吞的救灾款物，被司法机关查获后，作为指控被告人犯罪的物证，既证明了被告人犯有贪污罪的事实，同时又证明了其贪污的是救灾款物，属于依法应当从重处罚的情节。

三、控诉证据的特点

（一）控诉证据是专门支持控诉职能的，没有控诉证据，控诉方就不能履行控诉职能

在刑事诉讼的三大职能，即控诉职能、审判职能和辩护职能中，控诉职能是首要职能。没有控诉，也就没有审判和辩护。公诉案件中的检察机关和自诉案件中的被害人作为行使控诉职能的主体，在刑事诉讼中，要指控被告人犯有刑法所规定的某一罪行，并使其依法受到审判和制裁，就必须要掌握一定数量的证据，用以证明确有犯罪行为发生；犯罪行为确是被告人所为；以及被告人具有行为能力等一系列事实。只有依靠控诉证据，控诉方才能有效地行使控诉职能，最终实现控诉目的。而对于没有依据的诬告和“莫须有”的控告，在法制社会里不仅难以得逞，而且还会受到法律的制裁。因此，不具备一定的控诉证据，是不能行使控诉职能的。

（二）控诉证据要求具有充分性

控诉证据是肯定某种犯罪事实的存在，排除不存在的任何可能，因而必须充分。仅有一两个控诉证据是难以实现控诉职能的。控诉方收集和使用控诉证据，其目的是为了指控被告人的犯罪行为，使其受到应有的法律制裁。而要揭露和证实犯罪，仅凭一两个证据是难以实现的。例如，控诉方只收集到某甲在杀人现场的脚印，而未收集到其他可以证明某甲犯罪的证据。那么单靠这一证据是不足以指控某甲犯有杀人罪的。因此，起诉方在指控犯罪时，不仅要求其所提供的每一个控诉证据是确实无误的，而且必须具备足够的数量，能够形成一个紧密联系的证明体系。在这个证明体系中，各个控诉证据都能对案件有关事实和情节进行证明。而把它们联系起来，则能对涉及犯罪构成诸要件的所有案件事实予以证实。如果其中任何一个证据不确实或者有遗漏、或者相互之间存在矛盾，那么对被告人的指控就难以成立。总之，只有控诉证据达到充分性，才能据以指控犯罪，认定案情。

四、辩护证据的概念

所谓辩护证据，是指能够用来证明被告人无罪、罪轻或从轻、减轻处罚、免除刑事责任的诉讼证据。它是被告人及其辩护人反驳控诉，进行辩护以及人民法院制作无罪判决，或从轻、减轻、免除对被告人处罚的根据。因此，又有人称之为“有利于被告人的证据”或“防御证据”。

辩护证据是在刑事诉讼中，被告人及其辩护人用以对抗控诉的依据。由于辩护的目的和方式不同，据以进行辩护的辩护证据也不尽相同。司法实践中，主要有以下两种类型的辩护证据。

（一）能够证明被告人无罪或罪轻的辩护证据

这类辩护证据通过正面证明被告人并非实施被指控的某一犯罪行为，或者证明被告人所犯的仅是某种轻罪，而并非是被指控的重罪，从而直接否定控诉方所指控的罪行，发挥其有力的辩护作用。例如，被告人王某，于傍晚在某商店门口倒卖购物优惠券。李某去向其购买，当李某付款时，王某见钱顿生歹意，突然将李某手中的钱夺走逃跑。案发后，控诉机关以被告人王某犯抢劫罪，提起公诉。辩护人认为，被告人王某在抢夺李某的钱时，只是乘李某不备而将钱夺走。他并未对李某实施暴力或以暴力相威胁，因此，被告人王某的行为不构成抢劫罪，应属抢夺罪。在这个案件中，辩护人提出的证据材料一经查证属实后，就可以否定被告人被指控犯有抢劫罪的罪行，从而使被告人免遭重罪处罚。

司法实践中，能直接否定被指控罪行的辩护证据，其形式是多种多样的。如有确凿证据证明被告人没有到过犯罪现场，或不具备作案时间，没有作案条件；证明起诉方认定为贪污或受贿的款物是被告人正当的劳动报酬而不是非法所得；证明被告人只是打伤被害人的四肢等非要害部位，而并未打击其要害部位；等等。通过这类辩护证据，可以直接证明被告人无罪或不应承担重罪责任。辩护人通常会运用这类证据，为被告人作无罪或罪轻的辩护，以维护被告人的合法权益。

（二）能够证明有减免情节的辩护证据

这类辩护证据通过证明被告人具有依法应当从轻、减轻或免除刑事责任的情节，使被告人对被指控的罪行承担较轻的刑事责任，或其刑事责任得以免除。例如，被告人犯罪以后自首的；被告人未达到法定责任年龄的；正当防卫或紧急避险超过必要限度的；等等。凡是能够证明刑法中所规定的一系列从轻、减轻或免除处罚情节的证据，都属于这一类型的辩护证据。这类证据虽然

不直接否定控诉方对被告人所指控的犯罪事实。但是由于它所证实的事实情节，属于依法应当从轻、减轻或免除处罚的具体情节，因而在诉讼中能发挥其有效的辩护作用。

五、辩护证据的特点

辩护证据是控诉证据的对称，在诉讼中具有不同于控诉证据的一些特点。

第一，辩护证据具有广泛性。主要体现在两个方面：一方面，辩护证据的表现形式具有多样性和广泛性。既有证明被告人无罪、罪轻的辩护证据，也有证明对被告人从轻、减轻或免除处罚的辩护证据。在法律所规定的各个证据种类中，但凡能够证明对被告人有利的事实或情节的，都可以用作辩护证据。如被告人辩解；目击证人对被告人防卫过当的事实和情节所作证言；鉴定被告人患有精神病的鉴定结论；等等。另一方面，辩护证据的证明对象范围也具有广泛性。既有证明被指控的犯罪事实不存在或不真实的辩护证据；也有证明被告人具有各种法定减免情节的辩护证据；还有通过证实其他事实的存在，从而推翻被指控罪行的辩护证据；等等。

第二，辩护证据本身具有不真实性。由于辩护证据是能够使被告人不受刑罚处罚或仅受较轻刑罚处罚的根据。同时它既可为言词证据，也可为实物证据。司法实践中，辩护证据表现为言词证据的情况较多。例如，被告人辩解、证人证言，鉴定结论等。有时在被害人陈述中存在一些有利于被告人的情节，也可成为辩护证据，这些辩护证据在提取时，由于受各种主、客观因素的影响，往往会使其具有某些不真实性。被告人在辩解中为了能减轻或开脱罪责，有可能故意隐瞒或歪曲事实真相，而提供不真实确切的证据；证人因受利诱、胁迫或故意包庇被告人，有可能会提供一些与事实不相符的证言；鉴定人因受收买或其他利害关系影响，也有可能作出虚假的鉴定结论。此外，辩护证据中的一些书证、物证也因被伪造或涂改而丧失其真实性。有这样一个案例，王某和张某是同厂职工，因私怨王某蓄意要干掉张某。某日晚上该厂放映电影，王某买了电影票去看电影，并在电影放映中途悄悄溜出去将张某杀害，然后又溜回电影院，电影散场后又跟几个职工玩扑克直到深夜。案发后，王某因其他证据而被指控犯有杀人罪。而王某则以电影票等为证为其辩解，且该厂许多职工也都提供了王某不在案发现场，不具备作案时间等证言。由此可见辩护证据由于种种原因，会使其自身的真实可靠程度大受影响。

第三，诉讼实践中，对辩护证据的收集使用只需确实，而不需充分。也就是说，在收集、使用辩护证据时，只要求其所证明的证据事实必须真实准确，

而对其没有数量上的限制。这是辩护证据不同于控诉证据的一个显著特点。因为，一个案件即使有众多的控诉证据，如果不能形成一个完整的证明体系，那么它们是不足以证实犯罪的。但是只要有一两个确实无疑的辩护证据，就可能足以推翻对被告人的全部指控，而无需其他更多的证据。例如，某一证据只要能证明被告人不具备完全行为能力或尚未达到法定责任年龄，就可以从轻、减轻或免除其刑罚。因此，对于辩护证据，只要与案件事实相关联并且确实可靠，司法机关就应予采信，据以确认被告人无罪或从轻、减轻、免除其刑事责任。

六、控诉证据与辩护证据的相对性

控诉证据和辩护证据的相对性是指控诉证据和辩护证据的划分在具体诉讼中并不是绝对的，而是有条件的，相对的。这种相对性主要表现在以下几个方面：

第一，控诉证据和辩护证据双方是对立统一、相辅相成的，没有控诉证据也就无所谓辩护证据，二者是相对立而存在的，是矛盾的两个方面。由于刑事诉讼中存在控诉和辩护两个相对立的诉讼职能，只有控诉方对被告人提起控诉后，才能引起被告人及其辩护人的辩护行为，因而才产生控、辩双方所依据的、对被告人有不同利害关系的诉讼证据的分类，也即是控诉证据和辩护证据。这种分类是相对的。

第二，某一证据事实常常同时包含控、辩两方面的内容，具有控诉和辩护的双重属性，不宜把它单纯地看作是控诉证据或辩护证据。例如，某交通肇事案件的被害人指控某汽车驾驶员违反交通规则，将被害人撞成重伤。但事后又开车将被害人送往医院抢救，并积极参加了护理，要求对被告人减轻处罚。在这个证据中，就同时具有控诉和辩护的双重属性。因而不宜把它单纯地视为控诉证据，也不宜把它单纯地看作是辩护证据。

第三，控诉证据和辩护证据在一定条件下可以互相转化。一个证据究竟是控诉证据还是辩护证据，往往不是一开始就能辨明的。需要经过反复的调查研究，审查验证，才能最后确定下来。有的诉讼证据，最初可能被看作是控诉证据，但是随着案件的不断深入，原来的控诉证据就会转化为辩护证据。这里应注意，控诉证据和辩护证据之间的相互转化，并非是它们固有属性的转化，而是司法人员主观上对其证明作用认识的转化，是属于办案人员对证据证明作用的一种判断。随着侦查工作的逐步深入，原来的判断有可能得到进一步加强和证实，也可能被否定或推翻。于是就有了对某种证据控、辩性质的认识的转

化。例如，司法人员在现场收集到一对鞋印，经过对比分析初步认定是某甲的鞋印，而不是某乙的鞋印。这里鞋印是证明某甲犯罪的控诉证据。经过继续侦查和综合分析，司法人员最后认定此鞋印是某乙企图转移视线，嫁祸他人而穿着某甲的鞋进行作案的，这时，鞋印就由证明某甲犯罪的控诉证据转变为证明某乙犯罪的控诉证据。同时，是证明某甲无罪的辩护证据。

明确控诉证据和辩护证据的相对性，要求在司法实践中，司法人员对证据的证明作用的认识不能一成不变，应使自己的认识随着案情的客观发展不断得以正确调整，尽力做到主、客观的统一，保证办案质量。

七、划分控诉证据和辩护证据的必要性

前苏联法学家维辛斯基在其诉讼证据理论中不同意控诉（有罪）证据和辩护（无罪）证据这种划分。他认为："审判实践中常有这种情况，在侦查中作为有罪的情况，而在审判分析的过程中却失掉了这种本来的意义，可以说是这种情况中和起来了，而且甚至在一定条件下变成无罪了"。因此，他认为把证据分为有罪和无罪的"是极端假定的"、"不能认为是正确的和适量的"。他从根本上反对了这种划分。受维辛斯基的影响，我国也曾有人提出这种划分是没有实践意义的。我们认为这种观点是错误的。将诉讼证据划分为控诉证据和辩护证据，有其重要的现实意义和必要性。

首先，将诉讼证据划分为控诉证据和辩护证据是符合客观实际的。因为被告人是否实施了犯罪行为是客观存在的。案件是否发生，它必然在客观外界遗留下这样那样的痕迹，在人们头脑中留下印象。表明有罪、罪重或无罪、罪轻的客观事实材料，是在客观外界存在的。某个证据，是否对被告人有利，也即是，证据的控诉与辩护性质是固有的、客观存在的。它不以任何人的意志为转移。这是将诉讼证据划分为控诉证据和辩护证据的客观基础。它决定了这种划分是符合现实需要的，具有现实必要性。

其次，将诉讼证据划分为控诉证据与辩护证据，这有利于司法人员正确认识控诉证据与辩护证据的特点。明确在刑事案件中不仅有对被告人不利的证据，同时，也存在着对被告人有利的证据。使侦查人员、检察人员和审判人员清醒地认识到，在办案过程中只有客观地、全面地收集证据。既收集肯定案件事实存在的证据，又收集否定案件事实存在的证据；既收集证明被告人有罪、罪重或者应从重、加重处罚的证据，又收集证明被告人无罪、罪轻或者应从轻、减轻、免除处罚的证据，并全面深入地分析、判断、运用所收集到的各种证据，认真地研究案情，才能对案件作出正确结论，才能避免司法人员先入为

主、偏听偏信等主观片面性。

最后，将诉讼证据划分为控诉证据和辩护证据，有助于被告人及其辩护人有理有据地依法行使辩护权，维护被告人的合法权益。因为这种诉讼证据分类的依据是该证据是否对被告人有利。对被告人有利的证据，即辩护证据是被告人用来维护自己合法权益的重要依据。因此，被告人及其辩护人必然尽力收集运用这类证据去对抗起诉方的控诉，以证明被告人无罪、罪轻或从轻、减轻、免除其处罚。从而，阻止和避免使被告人受到夸大事实和违背法律法规的不公正裁决。

总之，无论是从理论上还是在实践中，无论是对司法人员还是当事人来说，将诉讼证据划分为控诉证据和辩护证据，都是十分必要的。

第四节　本证与反证

一、划分本证与反证的根据和意义

将诉讼证据划分为本证和反证，是民事诉讼和行政诉讼中的一种证据分类。其划分的根据是按诉讼证据是否由负有举证责任的当事人提出，且该诉讼证据所能证明的事实是否为当事人所主张的事实为标准进行划分的。

把民事诉讼和行政诉讼中的证据划分为本证和反证，同刑事诉讼中的证据划分为控诉证据和辩护证据一样。都是为了明确两类不同证据的证明作用。由于其划分的根据是按诉讼证据与当事人主张事实的关系不同为标准的，这就要求在诉讼中，审判机关在收集、运用诉讼证据中，既要收集支持当事人主张事实的证据，又要收集反对当事人主张事实的证据，进行综合全面的审查判断，防止主观片面性，以保证准确合理地处理案件，解决纠纷。此外，这种分类对于促使提出诉讼主张的当事人履行举证责任，保障诉讼活动的顺利进行，便于查明案件客观真实情况等都具有十分重要的意义。

二、本证的概念

所谓本证，是指在民事诉讼或行政诉讼中，由负有举证责任的当事人提出的，用以证明其主张的事实存在的诉讼证据。它是与反证相对称的诉讼证据。

根据我国民事诉讼法规定，原告提起诉讼，应对自己的诉讼请求负有举证责任，通过各种证据材料说明自己的起诉是合理合法的。由此可见，本证可以由原告提出。此外，在诉讼中，被告为了证明答辩所根据的事实而提出的证

据，也属于本证。例如，在某民事诉讼案件中，某甲因某乙借款未还而向人民法院起诉，要求乙偿还借款 2000 元。基于“谁主张谁举证”的原则，甲提出了乙借款时出具的借据可证明借款之事存在。对此，乙答辩称这 2000 元借款已经偿还，为证明其答辩所主张的事实，乙提出了甲写的收据为证。在这个案件中，甲提出的借据和乙提出的收据都属于本证。又如在行政诉讼中，某公民控告某工商行政管理部门对他的罚款决定是违法的，该公民举出证据证明其行为是属于合法经营，这个证据就是本证；而被告某工商行政管理部门提供据以作出罚款决定的现场笔录等证据材料，也是本证。因此，本证就其表现形式来说，既有原告提出的本证，也有被告提出的本证，如果这种证据属于书证和物证，应尽可能提出原件和原物；只有在原件和原物不便于移动或无法带进法庭时，可以提交照片、复制品或其他影印件。

三、本证的特点及诉讼意义

本证是反证的对称，它具有相对性，是相对于反证而言的一种诉讼证据。例如，某甲与某乙签订了一项合同，乙方以合同为根据，起诉甲方因不履行合同而给乙方造成了经济损失，要求予以赔偿；甲方则称该合同并非双方共同签订，而是乙方骗取了甲方的单据后，单方订立的合同，因此该合同是无效的。此时，同样是合同这一证据，既是乙方据以起诉的本证，又是甲方用于反驳起诉的反证。因此，某一诉讼证据是本证还是反证，并非是绝对的。只有由负有举证责任的当事人提出并证明自己主张的事实的证据，才是本证。这是本证的最主要的特点。掌握本证的这一特点，有利于促使当事人履行举证责任，积极举证，支持自己的主张，以保证诉讼顺利进行。

四、反证的概念

所谓反证，是指一方当事人否定另一方当事人所主张的事实而提出的诉讼证据。反证是针对本证而提出的，足以否定、推翻本证的新的证据。例如，在前面所举的甲起诉要求乙偿还借款 2000 元一案中，乙表示确实从甲处取得 2000 元钱，但这并不是借款，而是甲自愿赠予的。并提出甲书写的将 2000 元作为赠款赠予乙的书面材料为证。此时，乙提出的这个书证就是反证。因为它所证明的事实，说明了对方当事人所主张的事实不存在。如果这个反证是真实可靠的，就可以推翻对方所主张的事实。反证的表现形式与本证相似，既有由被告提出的反证，也有由原告提出的反证。

五、反证的特点及诉讼意义

反证是相对于本证而言的，它是以对方当事人所主张的事实为前提的。如

果没有对方当事人所主张的事实，反证也就不存在。在只有一方当事人负举证责任，而对方当事人不负举证责任，而只有举证权利的情况下，对方当事人反驳举证责任一方当事人主张事实所提出的证据通常是反证。了解反证的这一特点，可以促使审判人员在审理案件时，全面客观地调查、审核证据，实事求是地查明案情，客观公正地作出判决。例如，被告通过反证，否定原告提出的事实和理由，达到部分抵销或全部抵销原告请求的诉讼权利，甚至还可能使被告获得超出原告请求的全部权益，使被告成为胜诉的一方。如房主向人民法院起诉，要求住户交纳拖欠的房租，而住户通过反证提出充分的事实和理由，证明因房主多年不修房屋而给住户造成了严重损失，要求房主修缮房屋，并赔偿所造成的严重损失。在这种情况下，被告胜诉后，不仅可以全部抵销交纳房租的费用，而且还可以得到一定金额的赔偿。

六、反证与答辩的区别

答辩是被告所享有的一项诉讼权利，是针对原告的诉讼请求、事实和理由所进行的辩驳。而反证是相对于本证而言的一种诉讼证据。二者是性质不同的两个概念。

首先，二者的性质不同，反证是一种诉讼证据，是一种推翻本证及对方当事人主张事实的证据。而答辩则是一项诉讼活动，是针对原告的诉讼请求、事实和理由进行辩解和反驳的活动。

其次，提起的主体不同。反证既可以由原告提出，也可以由被告提出；而答辩则仅仅只能由被告提出，它是法律赋予被告的一项权利。

第三，所起的作用不同。答辩是针对原告提出的诉讼请求、事实和理由，指出其不合理、不真实，从而不能据以作为审判机关裁判案件的基础。由于它并没有证明别的事实存在，因此不一定能推翻对方当事人所主张的事实。而反证则是一方当事人另行提出的证据，用以证明相反的事实存在，从而否定、推翻对方当事人的主张。例如，甲起诉乙要求偿还到期借款2000元，并提出借据为证。乙答辩称，他没有写过借据，甲提出的借据是假的。这就是答辩，如果甲提出的诉讼请求还有其他证据能够证明其作为根据的事实，即使上述答辩属实，也不能据以否定甲的诉讼请求。而反证一经查证属实后，往往可以推翻对方所主张的事实和证据，上述案例中，如果乙称这2000元不是借款，而是甲赠予乙的，并提出赠予2000元的书证为据，该书证经查证属实后，就可以推翻甲的诉讼请求。

综上所述，反证和答辩是不同的，不能将二者混为一谈。审判机关在审理

案件过程中要特别注意二者的区别，不能把被告的答辩当作是反证加以运用，导致草率认定案情。同样，也不能把被告提出的反证看成仅是一种答辩，而忽视其应有的证明作用。因此，严格区分反证和答辩，是正确处理案件的一个重要保障。

第五节　直接证据与间接证据

一、划分直接证据和间接证据的根据及意义

将诉讼证据划分为直接证据和间接证据，是诉讼证据理论上一种十分重要的证据分类、同时也是一个比较复杂的问题。在刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼证据理论中都存在这种证据分类，对于这种分类，理论界的观点基本上是一致的。但是在划分的根据问题上，存在许多分歧。主要有以下几种观点：

第一，根据诉讼证据与犯罪事实的关系进行划分。凡是能单独直接证明犯罪事实发生的证据就是直接证据。例如，证人证明，他看见被告人用刀杀死了被害人，如果证人的证言属实，就可以肯定被告人是杀人凶手。这里的证人证言就是直接证据。凡是不能单独直接证明而需要与其他证据一起证明犯罪事实发生的证据，就是间接证据。例如，证人只能证明杀人现场留下的刀是被告人的，而不能直接证明被告人用刀杀死被害人。那么该证人证言则是间接证据。

第二，根据诉讼证据与待证事实的不同关系进行划分。凡是直接证明待证事实的，就是直接证据。凡是间接证明待证事实的，也即是先证明某事实，再由此事实推论应证事实。这种证据就是间接证据。这种观点在实际部门中比较流行。例如，当案件事实作为待证事实时，凡是能单独直接证明它的，就是直接证据，否则即是间接证据。当证据事实作为待证事实时，凡能单独直接证明它的，为直接证据，否则就是间接证据。

第三，根据诉讼证据与案件主要事实的关系进行划分。能够单独和直接地对案件主要事实作出肯定或否定结论的证据，就是直接证据；那些必须与其他证据联系起来，才能对案件主要事实作出肯定或否定结论的证据，即为间接证据。

对以上三种不同的观点，我们认为第三种观点较正确，有较大的实践意义。因为，第一种观点仅适用于刑事证据分类，而未涉及民事诉讼和行政诉讼中的证据分类，不具有普遍适用的意义；第二种观点是按诉讼证据与待证事实

的关系进行划分的，虽然适用于所有诉讼。但却没有抓住问题的关键。因为诉讼中的待证事实是很多的，有案件事实、程序事实、待证事实等。如果笼统地划分，对直接证据不规定一个特定的对象，那么每个证据都能直接证明一定的待证事实，都是直接证据；每个证据对另外的一定的待证事实，都可以起到间接证明的作用，又都是间接证据。而每一个证据都可以既是直接证据，又是间接证据，那么这种分类也就没有任何实际意义。而第三种观点之所以可取，是由于它不仅适用于刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼中对证据的划分，而且，它将划分标准限制在诉讼证据与案件主要事实的关系上，从而避免了第一、二种观点的不足。

因此，划分直接证据和间接证据的根据是按照诉讼证据与案件主要事实的关系及其证明作用的不同来进行的。根据诉讼证据与案件主要事实的关系将其划分为直接证据和间接证据，在理论上，便于对其进行深入的分析研究，充分揭示直接证据和间接证据的特点、范围、作用及运用规则；可以使司法人员集中主要精力研究和解决案件中首先应当查明的主要问题，同时也有利于促使当事人积极举证，使案件能够准确、及时得以解决。因此，这种诉讼证据的分类对于理论研究及司法实践工作都具有较为重要的理论和现实意义。

二、直接证据的概念

所谓直接证据是指能够单独直接证明案件主要事实的诉讼证据。它既可以是原始证据，也可以是传来证据；既可以是控诉证据，又可以是辩护证据；既可以是本证，又可以是反证。凡是能够单独直接地肯定或否定案件主要事实的诉讼证据，都是直接证据。这一概念包含两方面的含义：一方面，作为直接证据，必须能够单独地、直接地证明案件主要事实。也即是仅凭一个查证属实的证据，无须其他证据配合，也无须中间论证环节和逻辑推理，就能够肯定或否定案件主要事实；另一方面，直接证据所证明的对象，是案件的主要事实，而并非是案件的所有事实。这里所讲的案件主要事实，在刑事诉讼中，包括实施犯罪行为的人和主要行为，也就是，犯罪行为是何人所为两方面内容，例如刑事被告人对自己是否实施犯罪行为的供述或辩解；在民事诉讼中，是指当事人之间发生争议的法律关系借以发生、变更和消灭的事实，例如当事人对争议事实的陈述；在行政诉讼中，则是指行政机关作出具体行政行为所根据的事实，例如行政机关所作的行政行为的决定书。

直接证据有各种各样的表现形式，主要有以下几种：

第一，刑事诉讼中被告人供述和辩解。其中被告人坦白供认犯罪事实的供

述是有罪的直接证据，被告人否认犯罪的辩解，是无罪的直接证据；民事诉讼中当事人的陈述，也即是当事人承认或否认发生争议的法律关系借以发生、变更和消灭的事实所作的陈述；行政诉讼中，当事人承认或否认被告具体行政行为合法所作的陈述。

第二，刑事诉讼中，证人或被害人指认被告人实施犯罪行为的证言或陈述；民事诉讼中，证人对亲眼所见的引起争议的法律关系发生、变更和消灭的事实所作的证言；行政诉讼中，证人对其亲眼目睹的据以作出具体行政行为的事实所作的如实陈述。

第三，书证中的一部分。例如，刑事案件中，诬告他人的诉状；民事诉讼中的合同、契约、遗嘱、房屋产权证等；行政诉讼中有关具体行政行为的决定书等。

此外，记录案件主要事实的视听资料。如刑事案件中，能够再现作案经过的影像，视听资料等，民事诉讼和行政诉讼中有关案件主要事实的视听资料，也可以成为直接证据，单独直接证明案件主要事实。

三、直接证据的特点

第一，直接证据事实与案件主要事实之间在内容上具有重合性。直接证据能够单独、直接证明案件主要事实。在诉讼中，司法机关一旦获取了直接证据，并查证属实后，就可使案件主要事实得以证实，并以此作为定案根据，迅速及时处理案件。例如，在一起伤害案件中，被害人对其遭受被告人侵害的事实和情节所作的陈述，经查证属实后，就可以据以认定被告人犯有伤害罪的犯罪事实。

第二，直接证据对案件主要事实的证明过程较为简单。直接证据能够直接确认案件主要事实，而无须借助其他证据，也无须经过复杂的推理过程。只要经查证属实，就能对案件主要事实起直接证明作用。而不像间接证据那样，要采用各种推理方法才能发挥其证明作用。

第三，直接证据在刑事诉讼中收集较困难。由于直接证据大多表现为言词证据。其提供者受各种主、客观因素的影响，不敢或不愿提供直接证据。被告人所进行的盗窃、强奸、贪污、贿赂等犯罪活动，往往都是采用秘密的、隐蔽的方式来进行。在这类案件中，如果被告人对其犯罪事实不予供认，而受害者或其他目击证人又不愿检举、揭发，这就很难收集到直接证据。

第四，对直接证据的审查判断也较困难。虽然运用直接证据证明案件主要事实的过程比运用间接证据简单，只须查证属实就能直接发挥其证明作用，但

是对它的审查判断却较为复杂和困难。因为直接证据大都是亲自耳闻目睹案件发生的人所作的陈述。目前世界上还没有生产出能够准确检验人陈述的真伪的机器。对言词证据的审查，只能依靠调查研究、对比的方法，于是造成对直接证据审查判断其真伪的困难性。

四、运用直接证据的原则

由于直接证据具有能直接、有力地证明案件主要事实的优点，同时，又由于其主要是言词证据，较容易出现虚假不实的情况。一旦使用不当，往往会造成冤、假、错案。因此，要求司法人员在收集、审查和运用这类证据时，必须严格遵守一定的原则：

第一，坚持重证据、重调查研究，不轻信口供。我国刑事诉讼法明确规定，对一切案件的判决都要重证据，重调查研究，不轻信口供。这是刑事诉讼中的一个重要的证据运用原则。对直接证据的运用同样应遵守这一原则。刑事诉讼中，被告人的口供如果经查证属实，可以作为直接证据使用。但是，司法实践中，由于被告人与案件审理结果有着直接的利害关系，因此，他在供述时，往往难以实事求是地陈述案情。为了逃避法律制裁而故意隐瞒事实真相，甚至歪曲事实真相，避重就轻，嫁祸于人。在此情况下，被告人所作的口供是不可轻易采信的。

第二，严禁刑讯逼供，严禁非法取证。要求收集直接证据时，必须严格依照法定程序进行。对被告人、嫌疑人、证人都不允许采用刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等手段非法收集证据。对于采用非法手段收集的直接证据，不能用来作为定案根据。

第三，作为直接证据的书证要经过笔迹鉴定，或经当事人、被告人、证人辨别，确认无疑后，才能作为定案的依据。因为作为直接证据的书证，往往是由当事人或被告人亲手制作的，其内容能够对案件主要事实进行证实，它对当事人或被告人有着直接的利害关系。例如贪污犯罪分子所伪造的账册、发票等书证；民事借贷纠纷中，当事人之间所立的借据等。当事人或被告人往往会对这些书证不予承认。在这种情况下。只有通过对这些书证进行专门的笔迹鉴定，辨明其真伪，才能作为直接证据据以定案。

第四，作为证人证言的直接证据要经过法庭讯问、质证。我国刑事诉讼法明确规定了证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言，并经过查实以后，才能作为定案的根据。

五、间接证据的概念

所谓间接证据，是指不能单独直接地证明案件的主要事实，而必须与其他证据结合起来，才能证明案件主要事实的诉讼证据。间接证据的证明作用，是从事实与事实联系的关系中确认的，只有与其他证据联系起来，通过推理，才能证明案件的主要事实。它对案件主要事实起到间接证明作用，因此称之为间接证据。

间接证据在司法实践中，表现形式是多种多样的。刑事诉讼中常见的间接证据有：1. 反映犯罪原因和犯罪前表现的证据。如同犯罪动机、目的有关的被告人的言行；2. 因犯罪行为所形成的证据。如犯罪现场留下的物品、痕迹；证人，被害人关于犯罪事实确已发生，但又不能指明犯罪分子是谁的陈述等；3. 犯罪条件方面的证据。如被告人选定的作案时间、地点、天气、地形等方面的证据，作案工具等；4. 犯罪手段方面的证据。如被告人用以作案的伪装身份；用以作案的欺骗手段和语言等；5. 犯罪行为造成的危害后果方面的证据。主要有：犯罪行为侵犯的客体；犯罪行为造成的恶劣社会影响；犯罪行为造成的物质损失等等；6. 犯罪后掩盖罪行方面的证据。例如，作案后的销赃灭迹行为；转移、隐蔽物证、书证的行为；用写匿名信等方法企图转移司法人员视线或故意制造混乱的行为；作案后畏罪潜逃的行为；犯罪后共犯之间订立攻守同盟、拒不交待的言行；因犯罪行为引起经济上、生活上突然暴富的情况，等等。

民事诉讼和行政诉讼中，间接证据的表现形式同样也是多种多样的。在此就不一一列举。

六、间接证据的特点及作用

间接证据主要有四个显著特点：

第一，间接证据对案件主要事实的证明关系是间接的。任何一个单独的间接证据都不能直接证明案件的主要事实。而只能对案件的某一局部事实或个别情节从某一侧面进行证明。间接证据只有通过与其他证据事实结合起来，一环紧扣一环，形成一个完整的证明体系（亦称“证据锁链”），才能对案件的主要事实作出明确的结论。

第二，间接证据对案件主要事实的证明方法是推断的。任何一个单独的间接证据都不具备正面肯定或否定案件主要事实是否存在的特性。只有当全案的所有间接证据相互衔接起来，采用逻辑推理的方法，在最终排除其他可能性之后，才能作为最后认定案件的事实。可见运用间接证据定案，证明过程较复

杂，应遵守一定规则。

第三，审查判断较容易。与直接证据不同，间接证据一般表现为实物证据，有较高的稳定性和较强的客观性。例如刑事诉讼中，犯罪现场的有关物品、痕迹、犯罪工具等间接证据，是具体的、客观存在的。即使被伪造、毁损，也比较容易查实。因此，审查判断其真假相对于直接证据来说，要较为容易些。

第四，间接证据较为广泛，比较容易收集。司法实践中，许多案件只有极少数几个甚至没有直接证据，但是却有许多间接证据。间接证据的这一特点是由其表现形式的多样性所决定的。在多数案件中能够从不同的角度和侧面证明案件有关事实和情节的证据往往是很多的。因此，要收集到这类证据也比较容易。

间接证据与直接证据的证明作用并无优劣之分。在诉讼中，间接证据对案件审理起着十分重要的作用。其作用主要有：

第一，在刑事诉讼中，间接证据往往是侦查破案的向导。在直接证据很难收集甚至根本收集不到时，侦破工作往往是从间接证据入手展开的。依靠间接证据确定侦查方向，缩小侦查范围，并通过间接证据获取直接证据，直至最后查明犯罪分子，侦破全案。司法实践表明，很多犯罪分子只有在大量间接证据面前，才被迫供认自己的罪行。例如一个故意杀人案，凶手把被害人杀死后逃离现场，而当时又没有任何人看见。这种情况下开始不可能找到直接证据。但是凶手在犯罪现场留下的种种痕迹和其他物证等间接证据，可以作为侦破案件的突破口。根据这些证据，找到犯罪嫌疑人。通过大量的间接证据，迫使其坦白交待作案的经过和情节，从而取得了直接证据。因此间接证据的收集和运用，对侦查工作的深入具有十分重要的作用。

第二，间接证据是鉴别直接证据真伪的有力手段。直接证据是否真实可靠。不仅要靠对其自身的真实性进行严格的审查判断，而且往往要通过与间接证据进行对照核实，才能最终确定其真假。只有直接证据与间接证据协调一致、相互印证时，才能证明全部案情。例如，被告人供认用菜刀砍死了被害人，并将菜刀扔进某地枯井中，如果从该枯井中取得了菜刀，又在菜刀柄上检获两枚血指纹，经鉴定为被告人所留。这样，就能有力地印证被告人的供述。

第三，在无法取得直接证据时，可依据间接证据定案。我国刑事诉讼法第35条明确规定："没有被告人供述，证据确实充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。"司法实践中，完全用间接证据定案的情况过去不多。现在随着侦查技术力量增强，水平提高，设备增多，提取和鉴别各种物证、痕迹的能力大

大提高。间接证据大量的增多，完全可以在没有直接证据的情况下，遵循运用间接证据的规则，运用间接证据定案。

第四，善于运用间接证据，不仅有利于查明案件事实，而且能使司法人员从中得到思维训练，培养灵活性和创造性。从某种意义上讲，审理案件中，是否善于利用间接证据，是衡量现代侦查人员、检察人员和审判人员素质优劣和办案能力大小的一个重要标准。掌握了间接证据的特点和作用，有助于司法人员获取充分的证据，及时查明案件真实情况，更好地完成各项诉讼任务。

七、运用间接证据的原则

运用间接证据查明案件事实的过程是比较复杂的。理论工作者和司法人员在总结实践经验的基础上，对运用间接证据的原则进行了归纳总结。主要有以下原则：

第一，所有间接证据都必须查证属实。如果间接证据本身不确实，据此得出的关于案件事实的结论，当然不可能符合案件的客观真实情况。因此，对每一个间接证据都应当认真审查，分清真伪。

第二，间接证据必须与案件事实有客观内在的联系，即关联性。同时，必须结合其他间接证据查明这种联系。间接证据与案件事实之间联系的形式是多种多样的。有些间接证据的事实反映了案件主要事实发生的原因或者它的结果。有些间接证据则反映了案件主要事实的条件，等等。单个的间接证据往往不能清楚地表明它与案件主要事实有无联系。只有将它与其他证据结合起来，才能看出这种联系。因此，这就要求司法人员必须客观地、细致地对全案间接证据进行综合分析，从而查明每个间接证据的关联性。

第三，间接证据之间，间接证据与案件事实之间必须协调一致，不能发生矛盾。如果发现矛盾，必须继续收集证据，深入调查研究，查清究竟是哪个证据没有反映案件的客观真实情况，并把它排除，弄清事实。在矛盾尚未合理排除前，不能勉强定案。直到全部间接证据能协调一致地证明案件主要事实之后，才能将它们作为定案的根据。

第四，必须有一系列间接证据，形成一个完整的、不间断的证据锁链。把握间接证据的连续性和完备性，这要求间接证据相互结合成一环扣一环的证明体系，每个环节都能证明相应的案件事实。同时，这些环节与环节之间必须互相衔接，不能有任何一环脱节，从而形成一个完整的证据锁链，使案件主要事实得以充分证明。

第五，运用间接证据证明案件事实的结论，必须是肯定的、惟一的，并且

足以排除其他可能性。这是运用间接证据中最重要的一个规则。如果运用间接证据证明案件事实还可能得出第二种结论，则意味着间接证据尚未形成一个完整的证据锁链，还需要进一步收集证据，只有当这个结论是惟一的，才能定案。

以上五项原则，无论是在刑事诉讼、民事诉讼还是在行政诉讼中都同样适用，必须严格遵守，以便充分、有效地发挥间接证据对案情的证明作用。

第六节 言词证据与实物证据

一、划分言词证据与实物证据的根据及意义

将诉讼证据划分为言词证据和实物证据，俗称人证和物证。这是对诉讼证据最基本的、也是人们最熟悉的一种证据分类。关于这种分类的划分根据，理论界存在着不同的观点。主要有三种观点：第一种观点是来源说。它是以获得事实情况的来源不同为划分标准的。凡是获得事实情况的来源是人的证据，叫人证；而来源于物的证据，则属于物证；第二种观点是形态与程序说。即是指人证和物证的划分，除了考虑到证据在形式上的区别外，还考虑到证据在取得和运用程序上的区别。是以这两个方面作为分类的标准的。凡是以人的陈述为证，并用予证明人的行为的证据，即为人证；凡是以物的形态表示出来，并用予证明物的存在及属性等的证据即为物证；第三种观点是表现形式说。也即是以诉讼证据的表现形式为标准进行划分。凡是以人的口头或书面陈述证明案情的，是言词证据或人证；凡是以物质存在形式和内容，或者以各种实物形式证明案情的，是实物证据或物证。

第一种观点以来源作为划分人证和物证的根据，容易导致与原始证据和传来证据的分类标准相混淆，不便于区分；而第二种观点将运用证据的程序作为划分标准也是不科学的。因为人证应该是以人的言词为证，而不是以其人为证。而且这两种分类中的“物证”与我国诉讼法所规定的证据种类中的物证容易等同起来，不够恰当。只有第三种观点将诉讼证据的表现形式作为划分标准，准确地揭示了言词证据和实物证据的不同属性，是一种科学的证据分类。因此，根据诉讼证据的表现形式，可以把证据划分为言词证据和实物证据。这种证据分类表明，诉讼证据根据其表现形式可以概括为两大类，并且各有其特点和不同的运用规则。它可以指导司法人员在办案过程中，根据诉讼证据的不

同特点和表现形式，全面收集各种证据，扬长避短，不断提高正确运用证据的能力。这种分类对于指导司法实践，改进和完善诉讼证据制度都具有重要意义。

二、言词证据的概念

所谓言词证据，是指以人的口头陈述或书面陈述形式表现案件真实情况的各种诉讼证据。它是与实物证据相对而言的一种诉讼证据，不以实物、形象、痕迹、符号等客观载体为表现形式，而是以人的言词为表现形式。

我国刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法都对证据种类作了明确的规定。其中属于言词证据的证据种类有：证人证言；刑事被害人陈述；刑事被告人供述和辩解；民事、行政诉讼当事人陈述；鉴定结论五种。前四种证据属于言词证据比较容易理解，因为它们都是以人的陈述为表现形式。而最后一种证据，即鉴定结论之所以划归为言词证据范畴，是由于它实质上是鉴定人的一种陈述，只不过不是口头陈述而是书面陈述而已。况且，在法庭审理阶段，当庭审查核实鉴定结论时，鉴定人对当事人、辩护人或代理人、审判长的提问，有义务作出口头回答。并可经人民法院同意，重新鉴定或补充鉴定。因此，鉴定结论实质上是鉴定人就案件中某些专门性问题所发表的一种意见，是以鉴定人的言词为其表现形式的，属于言词证据之一。

三、言词证据的特点

言词证据与实物证据相比较，有其自身的特点。

（一）言词证据具有形象性、生动性的特点

言词证据能够形象生动地把案件的来龙去脉，前因后果讲清楚。能够从动态上揭示案件发生的起因、经过和具体情节。使司法人员迅速地从总体上以及各个细节上把握案件的全貌，这是言词证据最大的优点。就这点而言，实物证据是无法与之相比拟的。

由于言词证据是人的一种口头或书面陈述，而人是一种有思维能力的高级动物，有自己的思想和认识，能够通过自己的口、舌、耳、鼻、身等感官感觉客观世界。了解案件情况的人，在一定条件下，可以用其思想和认识的外在表现——语言或书面形式，将亲眼看到、亲耳听到、亲身体验到的有关案件情况反映出来。例如，被害人在陈述其被犯罪分子伤害时，往往能够说出凶手是男的还是女的，年龄大概多少，体貌特征怎样，是用什么手段对其进行伤害的，他们之间是否搏斗过，犯罪分子行凶后往何方逃跑等等。这些情况，是实物证据所不能反映出来的。正是由于人具有这种记忆思维和语言功能。因而由人提

供的言词证据往往能直接表明对证明对象的证明意义。它有助于司法人员迅速查明案情。

（二）言词证据又具有易变性、容易失真的特点

由于言词证据是受人支配的，其提供者受主、客观方面原因的影响和限制，他所反映的情况往往会与客观事实有出入，容易失真。同时，言词证据在诉讼中又常常呈现出反复多变的易变性，有时真真假假，造成真假难辨。其客观性不如实物证据的客观性强。这是言词证据的一个缺陷。

造成言词证据失真的原因是多方面的。主要有以下几方面原因：第一，由于陈述者的感受能力、记忆能力、判断能力、表达能力受各种主、客观条件的限制，如视力差，记忆力不好等，其所提供的言词证据可能就会因受影响而不能全面地、准确地反映案件真实情况。有些侦查专家曾经做过无数次的实验，让目睹同一事件经过的众多证人，事后对该事件的经过进行描述。结果表明，其中大多数人的证言中常会出现大大小小的一些误差。而只有小部分人能够将事件经过准确地复述出来。这一实验同样也证明，虽然这些证词中会出现这样那样的误差，但大多数人对事件经过和主要情节的描述还是大体一致的。因此，并不妨碍在事后听证的人根据这些证词对该事件的实质性问题作出正确的判断和认定。侦察专家们多次重复这样的实验，其目的并不是为了否定言词证据的可靠性，而是为了分析和弄清言词证据之所以出现不确定的原因。这对于研究和把握言词证据的特点，避免由于过于轻信而造成认定案情的重大失误是很有益处的。第二，由于陈述者本人思想的变化或受外界干扰和影响，例如证人、被害人、当事人被威胁利诱；被告人被刑讯逼供等。其陈述时，有可能会缩小或夸大事实。被告人为了逃避罪责可能会歪曲或否认犯罪事实，或有可能先承认有某种事实后来又否认原先承认的事实。此外，个别鉴定人被收买而故意作虚假的鉴定结论的情况在司法实践中也时有发生。提供证据者基于以上原因所作出的陈述，往往容易失真。尤其在刑事诉讼中，需要证人对某一案件作证时，证人往往会先从自身利益出发来决定他的态度和作证的内容。如果证人与当事人有某种私人恩怨或与案件的审理结果有利害关系，他也许会在法律与人情之间反复权衡利弊，而引起证实内容的前后变化。大多数被害人在揭露犯罪时义无反顾，但如涉及个人隐私或其他原因，被害人陈述的内容也会反复多变。被告人的供述和辩解是最不稳定的证据。这主要是由于被告人是刑事罪责的承担者，案件的审理结果将直接关系到他的命运。因此，他总是想方设法地寻找各种遁词，企图为自己开脱罪责，导致供了翻、翻了又供甚至多次反复的现象。凡此种种，都是产生言词证据反复多变的原因。

（三）对言词证据的收集，主要是采用讯问、询问的方式进行

在言词证据的五种表现形式中，除了鉴定结论是以书面形式表现出来的以外，其余四种都是以口头的方式表现出来。因此，在收集这类证据时，应采取口头讯问、询问的方式进行。在刑事诉讼中，通过讯问被告人，询问证人、被害人，可以获取他们对案件事实和情节的有关陈述、辩解和证词。同样，在民事诉讼和行政诉讼中，通过对当事人和证人的询问，获取与案件事实有关的陈述，以查明案情。讯问和询问是专门用来收集言词证据的两种方法，对实物证据不适用，这是言词证据在收集方式上不同于实物证据的一个特点。

（四）对言词证据的判断方法，主要是对比法

与审查判断实物证据的方法相比，对言词证据的判断方法较为单一。对实物证据的判断可以采用甄别法、辨认法、鉴定法等多种方法。而对言词证据进行判断，则主要是采用对比法进行。把案件中有关同一事实和情节的各个言词证据进行比较、对照，从而发现它们之间的相同之处和不同之处。如果各个言词证据对同一事实的描述是一致的，不存在相互矛盾之处，那么这些言词证据往往是真实可靠的；反之，如果它们相互之间存在差异或互相矛盾，则需要采取其它措施进一步查证。如将刑事案件同案被告人口供之间，口供、证人证言、被害人陈述等之间进行比较。刑事被告人因其与案件审理结果有着直接的利害关系而可能故意歪曲事实，而被害人因痛恨被告人又有可能夸大事实，证人则因各种主客观条件限制而使其不能准确、切实地陈述事实。因此，要识别这些言词证据的真假，只有把它们相互进行比较，去伪存真，才能对其作出正确判断。掌握言词证据的这一特点，有助于司法机关更好地运用言词证据认定案情。

目前，学术界普遍认为，在我国刑事诉讼立法中应确立直接言词原则。所谓直接言词原则，包括两项紧密相关，互相联系的诉讼原则，即言词原则和直接原则。其中，言词原则是指在刑事诉讼过程中一切证人提供的证言以及被告人供述和辩解，都应当以言词形式作口头的陈述。尤其是在法庭调查阶段，对案件事实的查证和对全部证据的审查，都必须以言词方式，即口头询问、交叉询问和口头辩论的方式进行，不允许只用案卷中的书面材料来认定案情和作为判决的依据。所谓直接原则是由言词证据派生出来的又一诉讼原则，它要求在刑事诉讼的各个阶段，必须由办案人员直接了解案情，亲自进行调查和讯问。尤其是在开庭审理时，必须通知当事人和证人出庭应诉和作证，必须当庭对他们进行讯问和询问。法官只应根据当庭审问和辩论后得出的直接印象作出裁

判，而不能依据由间接得知的情况推断案情事实，更不允许在被告人不到庭的情况下进行缺席审判。言词原则和直接原则是互相依存、配套实施的两项诉讼原则。言词原则是基于对言词证据的审查必须是言词（口头）方式进行所引申出来的诉讼原则。直接原则则是贯彻言词原则的重要保证。如果办案人员对案件不直接审理，也就谈不上实行言词原则。因此，二者是紧密联系，不可分割的。故人们习惯称之为直接言词原则，在立法上确立此原则，是健全法制、完善刑事诉讼制度的一项重大改革措施。

四、实物证据的概念

实物证据是指以物质存在形式和内容说明案情的诉讼证据，是一种与言词证据相对称的诉讼证据。它不以人的言词、意见为表现形式，而是以各种实物、形象、痕迹、符号等客观载体和客观存在的自然状态为表现形式的一种证据。

在我国刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法所规定的各种证据种类中，属于实物证据的主要有：物证；书证；勘验、检查笔录；现场笔录；视听资料等等。其中，物证、书证都不是人的陈述或反映意见，而是客观存在的物质实体，因此它们都属于实物证据。而刑事诉讼中的勘验、检查笔录和民事诉讼、行政诉讼中的勘验笔录、现场笔录，虽然是司法人员以言词形式所制成的笔录，但这种笔录与作为言词证据的证人证言笔录、询问当事人、被害人笔录等不同。后者是固定提供证据者对证据事实所作的陈述手段，而前者是对有关现场、人身、物品、痕迹、尸体等案件有关的实物特征情况所作的记录。既是固定物证的一种手段，又是实物证据的内容的客观反映。因此，它应属于实物证据，而不属于言词证据。此外，视听资料之所以划归为实物证据，是因为它是通过贮存的特殊信息，如声音、图像、密码、数据等来证明案件真实情况，并以录音带、录相带、电子计算机磁盘等加以贮存和反映的。这些都是特殊的实物。因此，视听资料也是一种实物证据。这里必须注意一点，实物证据并不限于无生命的物品，它还包括有生命的物质实体。例如，作为民事所有权争议标的物的牲畜，被害人遭受犯罪行为侵害而受伤的肢体等。

五、实物证据的特点

（一）实物证据具有较强的客观性和证明力

一般来说，实物证据是犯罪分子在作案过程中遗留下来的，或是当事人之间产生纠纷的依据。它们都是客观的物质实体。人们看得见，摸得着，因而往往具有“胜于雄辩”的证明力。实物证据一经发现和提取，或以勘验、检查笔

录、现场笔录等方式加以固定保全，就可以成为证明案情的有力证据。同时，也可以印证某些言词证据的真伪，查明案件真相。实物证据所具有的较强的客观性和证明力这一特点，是言词证据所不及的。这也是实物证据的最大优点。

（二）实物证据的"单独作战"能力差

实物证据中除了视听资料外，都是一些俗称"哑巴证据"的孤零零的物品或痕迹。它只是机械地、静止地反映事件的某个片断，单独的实物证据大都难以反映出案件的全貌。因此，绝大多数实物证据只能成为从某一侧面证明案情的间接证据。它对案件主要事实的证明关系，大多是间接的，必须有相当数量的实物证据，经办案人员的推理判断后，才能得出正确结论。只有极少数物证，在一定条件下可以成为证明案件主要事实的直接证据。

（三）实物证据，有可能变形、腐烂或挥发、灭失，也有可能被人为地隐匿或毁弃

各种自然因素的影响，例如日晒、风吹、沙埋、水淹等等都有可能使实物证据变形、变质甚至灭失。某些物证如气味或其他挥发性物质经过一段时间后就可能永远灭失而不能再成为证据。从这方面来看，它不像言词证据那样，能够通过记忆重新复述出来，再现案件发生时的情形，这是实物证据不及言词证据的一大缺陷。

根据实物证据的以上特点，在诉讼实践中，应及时对容易灭失的实物证据进行收集，采取必要的保全措施，以保障其证明效力。

第七节　国外及台湾地区诉讼证据分类

关于诉讼证据分类的理论，最早是由西方学者提出的，由于各国的国情和证据制度不同，因此在诉讼证据分类的类型、方法和规则等方面，各国不尽相同。现就英美法系国家、大陆法系国家及台湾地区的具有代表性的一些证据分类理论作简要介绍。

一、英美法系国家的证据分类

最早的诉讼证据分类理论，是由英国法学家边沁于 1827 年在其所著的《司法证据理论》一书中提出的。他认为证据（包括刑事、民事）可分为：实物证据和人的证据；自愿证据和强制证据；宣誓证据、言词证据和书证；直接证据和情况证据；原始证据和传来证据等等九类。英国法学家罗纳德·沃克在

其著作《英国证据法概述》一书中将证据分为：原始证据和传闻证据；直接证据和情况证据；最佳证据和次要证据；口头证据、书证和实物证据等。美国法学家格里菲斯在其所写的《法律概论》一书中认为，证据可分为直接证据和情况证据两种。另一位美国法学家魏格莫主张把证据分为实物证据、情况证据和言词证据三种。

英美法系国家在证据分类理论上存在两个显著的特点。一是把证据种类和证据分类混在一起，没有严格的界限。另外一个显著特点是对证据的可采性作了大量限制。例如，英国法学家罗纳德·沃克在阐述英国诉讼证据分类中的口头证据、书证与实物证据时，认为书证和实物证据的区分是重要的，因为最佳证据规则适用于书证而不适用于实物证据。在英美法系国家证据法中有两条十分重要的证据规则，即最佳证据规则和传闻证据规则。其中，最佳证据规则是指："文书之内容成为证明犯罪之关键时，应直接提出文书为证（即原始证据），其他次级证据甚至证人之证言，均在排除之外。例如某一证人指证其所收之文书于某日到达，固可自为言词陈述，但欲指明该文书所裁制作成年月，必须提出文书原件，不能仅凭口头陈述。"在英美法中，把原始证据作为最佳证据，而把传闻证据看作是不可靠的证据，据此确立了传闻证据规则。这一传闻证据规则是指，证人所陈述的非亲身经历的事实，以及证人未出庭作证时向法庭提出的文件中的主张，不得采为证明所言事实之真相的证据。但是，在立法和判例中，又规定了若干种可以采纳传闻证据的例外情况。这些例外主要有：

1. 死亡人在死亡之前所作的陈述，可以被采用。其条件是，他陈述的是他所熟知的，且与案件有关的情况；或者有关公共利益的事务；或者普通习惯。例如教会依习惯所保存的出生或婚姻登记，公有土地疆界等。在争议发生以前所作的陈述，可以作为证据采用。

2. 死者生前有关其家谱、家属关系的陈述或行为，如果是在诉讼发生时所作的，可采纳为证据。如关于其家属的出生、死亡、婚姻的时间、地点等的陈述或记载。

3. 对于已遗失或损毁的遗嘱内容，主遗嘱人所作的陈述，可以采纳，但以不能取得更好的证据时为限。

4. 转述被杀害的死者在生命垂危时关于自己遭受杀害的陈述，但以被害人明知自己生命垂危而又是在神智清醒所讲者为限。

5. 刑事诉讼中，起诉方提出的，在没有胁迫、利诱的情况下，刑事被告人自愿作出的不利于自己的陈述。

6. 官方文件中记录的事项，作为证据提供时，也可采纳。但也有若干限制，如必须是依据职务而制作的。

7. 根据职务所作的业务记录，其中记载的事实又符合一定条件，如记录人已死亡或有其他原因不能到庭作证，记录是在正常状态下所作，并且记录时间距交易时间很近等，如事故报告、贸易和商业记录等等，也允许采纳为证据。

另外，英美法中对证据的一个普遍的重要的分类就是将诉讼证据分为直接证据和情况证据，这种分类得到了英美法系国家的许多法学家的普遍承认，美国法学家格里菲斯在其《法律概论》一书中指出："证据得分为直接证据和情况证据。……有关主要事实之直接证据无法取得或直接证据矛盾而可疑时，即得采用情况证据，以加强已得之证据，或挫弱证据之力量。"这里所谓的情况证据，也即是间接证据，是指与案件主要事实不直接关联，但由此可推论出某一争议事实是否存在的证据。

二、大陆法系国家的证据分类

由于大陆法系国家注重成文法典在审判中的作用，因此对证据种类和证据分类一般划分得比较清楚。这些国家在成文法中明确规定了证据的种类。在理论上，则展开了对证据分类的研究。例如，日本证据法学对证据的分类，一般有以下几种：(1) 能直接证明主要事实的，叫直接证据；证明间接事实的，叫间接证据，也叫情况证据；(2) 证明主要事实是否存在的证据叫"实质证据"；证明实质证据可靠性的叫"辅助证据"；(3) 以人的陈述的事实内容进行证明的，叫供述证据；此外的，叫非供述证据；(4) 对证人、鉴定人、通译人或翻译人，以询问方式进行调查的，叫人证，也叫口头证据；以出示的、可朗读的方式进行调查的，叫书面意义的证据；(5) 负有客观的举证责任的人提出的证据叫"本证"，即检察官提出的证据；否定本证的人提出的证据叫"反证"，即被告方提出的证据。

大陆法系国家，在诉讼中采取职权主义，对证据的可采性很少加以限制，而且是强调重视调查证据的程序。卷宗内的笔录或其他文书等传闻证据，如果经过法庭直接调查，并赋予当事人以辩解的机会，使判决法院能够形成正确的心证，也可以作为证据采纳。对于那些确实有根据的，来自他人的陈述的证言，也可以作为证据。只是在评估证据的价值时应对证据的来源问题予以考虑。至于实物证据，无论是英美法系国家，还是大陆法系国家，原则上均只允许使用原本、原件。只有在特殊情况下，才允许以副本、抄件或影印件来代替

原本。

三、台湾地区的证据分类

关于诉讼证据的分类问题，台湾法学家陈朴生认为证据应分为六种：(1)本证与反证；(2)原始证据与传闻证据；(3)通常证据与补助证据；(4)直接证据与间接证据；(5)情况证据与供述证据；(6)主证据与补强证据。另一台湾法学家刁荣华对证据除了进行以上分类外，还将证据分为人证和物证；有形证据和无形证据等。台湾《云五社会科学大辞典》将证据分为八种：(1)本证(主证)与反证；(2)物证与人证；(3)直接证据与间接证据；(4)积极证据与消极证据；(5)独立证据与补助证据；(6)原始证据与传闻证据；(7)一般证据与补强证据；(8)事前证据，事后证据与当时证据。

台湾地区的证据法中，对证据的可采性很少有限制性规定。由于台湾地区的刑事诉讼法受大陆法系职权主义和自由心证主义的影响，比较重视调查证据的程序。对于传闻证据采取直接言词原则，也即是作为判决基础的证据，应经当事人的言词辩论，如果证据并非出自审判庭，由判决法院直接调查，就不可能发现其供述的真实性。对于证人仅以书面陈述代替当庭作口头陈述，就不得作为认定事实的根据。

了解国外及台湾地区的有关证据分类理论，将有助于我们在理论研究中借鉴有益的经验，取长补短，以不断完善我国的诉讼证据理论。

第九章 诉讼证据的种类

第一节 物 证

一、物证的概念和意义

（一）物证的概念

凡是能够证明案件真实情况的物品或者物质痕迹都是物证。物证是《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》都明确规定的一种证据。

在我国刑事诉讼中经常使用的物证，可以大致概括为如下几类物品或者物质痕迹：

1. 犯罪工具，如杀人的凶器、盗窃时撬锁的工具等等；

2. 犯罪行为直接侵犯的物质对象，如盗窃、抢劫、抢夺、诈骗、贪污所获取的赃款、赃物等；

3. 表现犯罪社会危害性后果的物品，如被毁坏的机器、仪器，被焚毁、炸毁的建筑物等；

4. 由犯罪行为所产生的非法物品，如非法制造的枪支、弹药、毒品，伪造的国家证券等；

5. 由犯罪行为产生的痕迹，如被害人身体上的伤痕、被破坏的门窗上遗留的撬压痕迹等；

6. 犯罪人在预备犯罪、实施犯罪的各种场所遗留的能反映该人特征的物品或痕迹，如犯罪人的衣物、指纹、脚印等；

7. 在犯罪过程中或者犯罪后，犯罪人为掩盖罪行，对抗侦查而伪造的各种物品和物质痕迹；

8. 能够表明被告人无罪的各种物品或物质痕迹；

9. 其他可供查明案件真实情况的物品或物质痕迹。

我国民事诉讼中经常使用的物证主要有：所有权发生争议的物品，履行合同所交付的在质量规格上有争议的物品，反映侵权行为及其造成损害的物品或者物质痕迹，等等。

行政诉讼中的物证，也是各式各样，十分广泛的。

无论在刑事诉讼、民事诉讼还是行政诉讼中，有些物证的原物由于各种原因无法长期保存，比如：易腐烂的物品，犯罪现场遗留的脚印，被炸毁的建筑物等。遇有这种情况，就需要用照相、复制模型等方法来固定和保存物证。因此，物证的摄影像片或用各种方法复制的物证模型，也属于物证的范畴之内。

物证除了所有证据都必须具备的客观性、相关性以外，还有独具的一些显著特点。下面，我们就阐述物证的这些特点。

①刑事被害人陈述、刑事被告人口供、民事和行政诉讼当事人陈述、证人证言等言词证据，都是保留在人们头脑中的有关案件的各种信息，通过语言形式反映出来发挥证明作用的。而物证则是以实体物的存在对案件发挥证明作用的。这是物证同言词证据的最重要的区别，也是物证的最显著的特点。

物证以实体物的存在对案件起证明作用，是指某一物品或物质痕迹的客观存在，即能证明一定的案件事实。它既包括物品或物质痕迹存在的场所，又包括其外部特征、数量、质量、性质等各方面的内容。比如，犯罪现场的脚印是以其外部特征和存在的场所发挥证明作用的，而现场的毒物则是以其存在的场所和性质发挥证明作用的。

有的学者认为，从广义上讲，书证也属于物证的范畴。这是由于书证也是以一个实际存在的物为前提发挥证明作用的。但是书证同狭义的物证相比又有自己的特点，即书证不是以其外部特征或者存在的地点，而是以用文字、符号记载的内容来证明案件的真实情况。因此，把书证作为单独的一种证据加以研究更为合适。本章所说的物证不包括书证。

②物证由于是实际存在的物品或物质痕迹，所以，只要及时收集，用科学的方法提取和固定，就具有较强的稳定性。各种言词证据则可能由于种种复杂的主观因素而发生失实的现象。比如，证人如果是色盲、近视或者听力不健全等，就可能因其生理上的缺陷而不能准确感受案件情况；被害人出于对犯罪人的仇恨也可能夸大犯罪的严重程度；被告人为了对抗侦查、审判而作虚伪供述或者翻供的现象也时有发生。在这个意义上讲，物证比各种言词证据更稳定、更客观。当然，物证也必须经过司法机关查证属实之后，才能作为定案的根据。

③ 从诉讼理论上对证据的分类来看，我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》所规定的物证，既可能是原始证据，又可能是传来证据。凡是作为原物保存下来的物证都属于原始证据。对于原物无法提取或长期保存而用摄影、复制等方法予以固定和收集的物证，则属于传来证据。就直接证据和间接证据的划分而言，物证一般都属于间接证据，因为单独一个物证，一般都只能反映案件的某一方面的情况，而不可能直接证明案件的主要事实。

（二）物证的意义

由于事物普遍联系规律的作用，犯罪行为、民事纠纷和违反行政法规的活动，在其实施和发展过程中，必然会对周围的事物产生一定的影响，留下某些痕迹。即使有人毁灭、伪造证据，其毁灭、伪造证据行为，又会留下新的痕迹。那些受到犯罪行为、民事纠纷或者行政纠纷发生过程的影响而在形状、位置等方面发生变化的物品，就储存了有关案件实际情况的信息，从而可以成为证据。在大多数案件中都是可以收集到物证的，因而它是司法工作中经常使用的证据种类之一。关于物证在诉讼中的重要意义，可以概括为如下几个方面：

①物证是查明案件事实的十分有效的手段。如前所述，任何单独一个物证都不能全面反映案件事实，而只能反映案件事实的某一个方面、某一个环节。因此，无论在何种情况下，都不能仅凭一个物证认定全部案件事实。但是，经查证核实的物证，在同其他各种证据所组成的证据体系，达到充分的程度之后，就可以成为办理刑事案件中定罪量刑的有力根据。在某些刑事案件中，被告人拒不供述，又无目睹犯罪行为的人，物证往往是证明案件事实的重要根据。在民事诉讼中查实的物证，则可以借以判明当事人的诉讼请求或者答辩是否有据，从而正确地作出判决。比如，在某一杀人案中，被害人某甲被杀死在她的住所，她的口中含着一节被她咬掉的某乙的手指，在某甲住所的地上只遗留有某乙和某甲两人凌乱的鞋印，在插入某甲胸部的匕首柄上遗留有某乙的指纹痕迹，某乙上衣上染有的血迹，经鉴定也与被害人的血型相同。尽管被告人某乙在整个诉讼过程中一直沉默不语，拒不供述，本案也没有了解案情的证人，但是根据上述物证与勘验笔录、鉴定结论所组成的证据体系，可以认定某乙犯有杀人罪。

②物证是审查、鉴别其他证据的有效依据。由于物证是客观存在的具体物品或物质痕迹，运用鉴定或其他方法，易于核实物证的真伪。所以，在司法实践中，通过物证同证人证言、刑事被害人陈述、刑事被告人口供、民事和行政诉讼当事人的陈述的互相印证，来鉴别上述人证的真伪，就成为一种经常使用的方法。比如，某一案件中某甲声称于某月某日傍晚在某一小房中被某乙强

奸。但勘验时发现，那一小房在某甲声称被强奸日期的前数日已被拆除，该地仅留有拆下的建筑材料，由此就可以证明某甲的陈述是虚假的。再比如，某案件中某甲声称某乙将他打得吐了血。经过对提取的血迹的鉴定，证明血迹是鸡血而不是人血，从而证明某甲的陈述是虚伪的。当然，必须注意，在物证本身的真伪尚未查证属实的情况下，不能由于证人等陈述的内容同物证发生矛盾，就认为前者一定是不真实的。

③物证是促使犯罪人认罪服法，促使民事和行政诉讼当事人如实陈述案情的有效工具。在刑事诉讼中，犯罪分子为了对抗侦查和审判，逃避惩罚，经常会百般狡辩，拒不认罪。如果司法机关已经掌握了有力的物证，犯罪分子在不可辩驳的客观事实面前，往往不得不打消侥幸心理，坦白交待自己的罪行。民事、行政诉讼的当事人，由于种种复杂的原因，也常常会作虚伪的或者真伪相混的陈述。运用经过查证属实的物证，就可以揭露其陈述的虚假性，从而促使他们如实陈述案情。

④物证在法制宣传教育方面，也有重要的作用。比如，通过反映犯罪行为或者民事违法行为严重危害后果的物证，可以使广大群众更加清楚地认识犯罪行为或者民事违法行为的危害性，从而有利于提高他们同犯罪行为和一切违法行为作斗争的自觉性；通过犯罪分子使用的犯罪工具等物证，可以使群众直观地了解犯罪分子作案的手段、方法，从而有利于群众采取措施，消除安全保卫上的漏洞，有效地预防犯罪。

二、物证如何发挥证明作用

（一）物证是如何形成的

物证的形成按时间顺序可分为案发前产生、案发过程中产生和发案以后形成三种。

在案发前所形成的证据主要是以否定形式出现的物证。比如，证明案件不存在或证明被告人无罪的物品。伴随着案件发生的同时而产生的物证主要是指肯定有犯罪事实存在的证据，即包括某些物品，如犯罪工具，也包括某些痕迹和伤害案中的人体损伤。所谓案件发生以后所形成的物证主要指行政诉讼案件中，处理过程中因行政授权行为所改变事实而产生的物证。

犯罪行为作用于物体外界，必会引起物质、痕迹的变化，如财产被盗、公私财物遭到破坏，改变了合法所有人同财产之间的控制关系，又如空间、时间的变化，这都是由于一定的行为而导致物质痕迹在案件中的改变。产生改变的事实，才使其同案件事实相关联，从而形成为物证。

（二）物证证明作用的体现

物证主要是通过外部特征和物质属性起到证明作用。其外部特征具有的证明作用有时显而易见，有时则要通过一定的科技手段才能显现。其物质属性所具有的证明作用，有些属于生活常识，人人皆知，有的则要通过科学鉴定后才能明了。

物证的外部特征指物品、痕迹的存在、所处方位、外形、质量、状态和特点等外部形式。

所谓存在与不存在的事实，主要是指有些事实的存在和发生可直接证明案件真实情况。比如伪造人民币的发现，可以证明有造伪币的犯罪事实的发生。

在一定的条件下，物品外形的改变可以起到证明作用。由撞击、挤压等手段，造成形体的改变，如钝器形成的击伤，在人体的外部会引起肌肉组织破坏、变异甚至骨骼的伤残等外部形状的变化。其本身犯罪工具，有时也会由于强力相冲撞，因受力过度而导致其外形变异。

在某种情况下，物的质量、规格也会起到证明作用。比如，合同纠纷案中，合同争议标的物的质量、规格是证明合同是否产生违约责任的证明物。

有时，物品、痕迹的状态可起到证明作用。比如，尸体周围场地的血迹状态（血流量和浓度以及形状）等，可显现人临死和死时的位置及其他某种与死者有关的情况。

物品所处的位置也是证明作用的体现物。比如，凶器找到时的方位，用以表明物体与案件事实之间的某种证明关系。如在犯罪现场找到凶器，则至少可以说明其同犯罪事件有关而引起某种证明作用的发生。

在某种条件下，物体的特点在案件中也可起到证明作用。比如，某人的身体条件特征在犯罪现场留下痕迹后证明其曾经到过现场。

还有物品的独有特性，物质属性可起到证明作用。如中毒案件，死者胃内容物中表明有砷元素存在，经鉴定，为服毒后而引起死亡。这就是砷元素这种毒物性质证明人服毒以后引起生理中毒机制反应而导致死亡。

所有这一切都是以物品、痕迹所具备的外部特征以及其性质来证明案情的。其中，伪造的人民币，可以明显的证明有伪造货币行为的发生。而合同争议物的质量、规格则要通过技术分析、测量后才能使其起到证明作用。司法人员只要能通过现象，了解并揭示其本质就能分析判断出事实真相，使物证起到证明作用。

三、国外和台湾地区有关物证的理论和立法

物证是世界各国普遍采用的一种诉讼证据。西方国家证据理论通常将证据称为证明方法，将各种证据称为不同的证据来源。物证一般被看作是一种区别于各种人证以及书证的证明方法和证据来源。物证既有无生命的物品和物质痕迹，也包括人体的特征和人体上的与案件有关联的伤痕等，同时还包括其他动物的形态、特点、动物体上的痕迹等。但是，也有一种理论观点从广义上来理解物证，把凡是具有实物形式的证据都称为物证，以区别于各种人证。这样，物证就包括了书证。

有的观点认为，物证与其他证据的主要区别，在于它是以其存在、形态、性质来证明特定事实的物品。另一种观点认为，物证的主要特征在于它可以使审判人员通过对它的实际观察获得直接的认识。

英美法系国家的证据理论认为，物证必须同案件具有关联性，但是具有关联性的物证并不一定在诉讼中被采纳。因为物证是否具有关联性是一个逻辑问题，而某一物证是否在诉讼中被采纳则是一个法律问题。凡是具有关联性同时根据法律又可以被采纳的物品或物质痕迹，才可以在诉讼中作为一种证明方法使用。关于物证的采纳问题，法律上规定了极其繁琐的证据规则，只有同这些规则不矛盾的物证才可以在诉讼中被采纳。由于英美法系实行判例法，这些证据规则都是通过判例总结出来的。证据理论则对这些规则进行了大量的论述。另外，物证在任何情况下都必须有提供该物证的人的证言来确定其真实性，否则就不能接受为合法的证据。物证一旦在诉讼中被采纳之后，对于其证明力的大小，则由法官自由判断，法律不再有限制性规定。

大陆法系国家的证据理论虽然也强调物证的关联性，但是在立法中没有英美法系国家那样的证据规则。对于某一物品或者物质痕迹是否能够被采纳为诉讼证据以及该物证证明力的大小，完全由法官自由判断。

苏联的刑事诉讼法和民事诉讼法，都将物证列为一种独立的证据来源。苏联的证据理论认为，物证中不包括书证，并对两者的区别作了理论上的说明，对于文件这种物品，特别指出“如果文件的内容对案件有意义，这个文件就是书证；如果重要的是文件的外部特征，文件就是物证”。

《苏俄刑事诉讼法典》第83条规定：凡有助于发现犯罪，判明案件的真实情况，查明犯罪人以及反驳对于刑事被告人的控诉或者减轻其罪责的物品，都可以作为物证。苏联学者根据这一规定，进行理论概括，对物证所下的定义是：“物证是物质世界中，符合法律规定的特征，被用来作为证据来源的各种

物品。”同时，还指出物证有四个基本特征：“（1）物性（物质性）；（2）同被证明的情况有着直接或者间接（用间接方式表现出来的）的联系；（3）符合《刑事诉讼法典》第83条规定的几个（或一个）特征；（4）要根据侦查人员的特别决定或者法院的裁定，才能承认某一物品是证据并把它附入案卷。”物证不仅可以是原物，而且可以是原物的照片、模型等复制品。因为在拍照、复制等情况下，被反映的客体（原始物证）就移入照片、复制品中保留下来了。

在苏联民事诉讼证据理论中，对民事诉讼中物证的定义作了如下表述：“如果可以用物品、物品的属性、物品所在地、留在物品上的痕迹来证明某一事实的存在，在这种情况下，物证就是民事诉讼中的证明手段。”对于被擦拭过的文件，如果是其外部特征对查明案件事实有意义，就属于物证。

台湾法律关于物证的有关法律规定遵从于大陆法系的规范。证据资料分两类：人证、物证。以物的状态或存在或不存在的意义为证据方法的，属于物证。

作为物证，必具有物的外形，如赃物、赃款、凶器等此为无生命之物；有生命之物有人的身体、文书、体重、容貌、指纹、足迹、伤痕、缺陷等。此外，有文书从某外部特征、物理状态证明案件，即司法机关运用其专门知识用来及时对某一物体进行判断，如果是书面材料，仍以其存在位置等情况证明案情，那么仍是物证。

在证据分类上，台湾也和大陆法系相通。将物证分成直接证据和间接证据。

对于影印件中的摄影，因其性质和用法而不同。照片为复印件，与文书的誊本相同。“英美法有最佳证据的最优法则”，非原本不能提出。非证明原本不能提出，不得以照相对证。只有在证明照相真实时，才可引用。而台湾立法则无此限制，认为照片是合法的，亦有证据能力。

按“职权主义”规定，将对照相者进行审查，法院对此具有“自由裁量权”。而且把对现场的摄影看成纯物证，非摄影者对现场的体验。

第二节 书　　证

一、书证的概念和意义

（一）书证的概念

书证是指以文字、符号、图画等所表达的思想内容来证明案件事实的书面

文件或其他物品。如反革命案件中的反动标语、传单，反革命组织的纲领、计划，投寄敌特组织的情报信件；贪污案、投机倒把案件中的账册、单据；诬告陷害案件中的诬告陷害信件；民事案件中的合同文书、房地产证件、身分证件、书面遗嘱、票据、提单等；行政诉讼中的各种许可证、营业执照、商标注册证等。这些书面文件或物品之所以被称为书证，不仅因为它们一般都具有书面形式，更由于它们所记载或表达的思想内容与特定的案件有联系，能够用作证明案件事实的重要根据。诉讼中的书证，具有以下两个基本特征：

①书证必须是以文字、符号、图画等形式记载或者表达了人的一定思想的物品，而且它所记载或表达的思想内容，能够为人们认知和理解，可借以发现信息。这是使其成为书证的前提条件。因为，并不是具有一定文字或符号附着其上的物品都会成为书证，如属于涂抹乱画的，并未表达任何思想内容，就根本不能成为书证。

书证表达人的思想内容的方式，最常见的是使用文字（包括本国的文字、外国的文字），但又不局限于文字，如使用符号、图画等方式来表达思想内容，也无不可。书证的物质材料，以纸张居多，但也不排斥其他的材料，如布帛、皮革、金石、竹木等，都可以成为书证的物质载体。制作书证的方法，可以是手写、刀刻、印刷、剪贴，也可以用拼凑法、堆砌法或火烙法等进行。

②该项材料所记载的内容或者所表达的思想，须与案件有关，能用以证明案件事实。这是书证最本质的特点，也是书证区别于作为物证的书面文件的根本标志。例如，双方当事人在成立借贷关系时所立的借据，事后因借贷关系发生纠纷而涉讼，当事人一方提出借据来加以证明，这张借据就是本案的书证。因为，这张借据能以其记载的关于借贷事实的内容，来证明当事人之间存在着合法的借贷关系。

书证的内容与案件是否有关，因大多数情况是以文字的方式表述的，所以，能够一看便知。但也有不是用文字表述，而是用一些符号或者图画加以表示，以致内容十分简单，从表面上往往看不出明确的意思。但是，根据有关法规或习惯，人们却可以了解它所要表达的意思，因而就可以作为证明有关案件事实的书证。例如，车船票、飞机票、托运行李或货物的承运凭证等，并没有载明双方所成立的运输合同的详细内容。可是，根据交通运输等部门的法规，购买了车船票、飞机票和取得了办理托运的承运凭证，就表明有关双方已订立具有明确内容的运输合同。如果运输单位违反合同义务给对方造成了损失，便应负赔偿责任。双方因此发生纠纷，车船票等就是证明已订立运输合同的书证。公共场所的衣物寄存处或车辆存放处发出的号牌，则是发生委托保管的民

事法律关系的凭证，在民事诉讼中也起着书证的作用。

由于书证的本质特征，是以其记载或表达的思想内容来证明案件事实的，所以，当有的书面文件不是以它所包含的思想内容，而是以它存在的处所、外部特征作证时，这个书面文件就不是书证而是属于物证。

书证在其形成时，是否为了以后用作证据，在所不问。当其制作时就是为了作证明之用，这固然可以作为书证；即使制作时并非为了作证，而在诉讼中提出来，只要所记载的内容与案件事实有关，能起证明作用，仍可作为书证。例如，书写的日记、制作的账单或信函等，只要其中记载的内容与日后发生的诉讼案件有关，即可作为书证提出来。根据书证的上述基本特征，必须把书证同诉讼当事人、第三人所作的书面陈述，证人所提供的书面证言，鉴定人所提交的鉴定意见书以及刑事被害人所作的书面陈述，刑事被告人所提交的书面供述等区分开来。如果把后面所列的这些书面表现形式也看成书证，是不对的。因为这些大都是上述诉讼参与人受司法机关的询问或讯问时作出的。不管他们在诉讼中是用口头的还是书面方式加以表达，本质上仍然分别属于当事人或第三人陈述、证人证言、鉴定结论、刑事被害人陈述、刑事被告人供述等不同种类的证据，因而不能把它们混同于书证。

上述第一个特点，即用文字、符号或图画所表达的一定思想内容，是书证借以形成的基础。第二个特点，即该项思想内容须与案件有关，对查明案件事实有证明作用，是表达该思想内容的文件或其他物品之所以成为书证的内部规定性。只有这两者相结合，才能成为诉讼中使用的书证。

（二）书证的形成

书证的形成途径很广泛。大体上有如下几方面：

1. 书证形成时就是为了起证明作用之用。这种书证伴随着案件的发生而形成。

2. 有些书证在形成时，原本并非是为了作证。以后在案件中提出来，只要记载内容与案件有关即可形成书证。此类书证形成于案发前。比如：借据、发票等等。

3. 有些书证形成于诉讼过程中。形成于诉讼过程中的书证有判决书、起诉书、上诉状、申诉状等等。这些形成于案发之后的证据，有的是伴随着其他法律关系而形成的。比如调解书中所记载有关某人在某时前交还付款等等。无论是在什么情况下产生的书证，有一点是不变的：“用文字、符号、图画所记载、表达的内容证明案情。”

（三）书证与物证的区别

如上所述，书证是以一定的物质材料为载体。由于书证所具有的这种物质属性与物证有共同之处，证据理论对证据作言词证据与实物证据分类时，就将书证与物证都划归为实物证据一类。因而，某些关于对物证的收集与审查的方法，对书证也适用。

但是，是否因此就可以说，书证是物证的一种，或者物证应包括书证呢？传统上的确有这种见解，我们的回答则是否定的。我们在前面分析书证的第二个特点时已经谈到，书证是以其表达的思想内容来证明案件事实，而物证（包括作为物证的书面文件）则是以它的存在、外形、特征或性质去证明案件事实。这是两者间的本质区别。正由于这样，对于书证，司法人员所要关心和利用的，是它所记载或表达的思想内容，而不是它存在的处所、外形、特征或性质。就是说，作为证据的某种文件，如果它所表达的内容能证明案件事实，而它的存在处所、外部形状、特征等与案件事实无关，则只能是书证，而不能说是物证。如果是以书面文件存在的处所、外部形状、特征等证明案件中的事实，而它所表达的思想内容与案情无关，那就只能是物证。否则，笼统地认为书证是物证的一种，或者说物证包括书证，就会使两者之间的原则界线混淆不清，给司法实践带来不利。

为什么有的书面文件既可以是书证，又可以是物证呢？有的学者并以此对上述观点进行质疑。对此是不难回答的。第一，这是指有的书面文件，而不是指所有书面文件；第二，有的书面文件既可以是书证，又可以是物证，是由于该书面文件同时具有书证与物证两种属性，即无论它存在的处所、外部形状、特征，或是它所记载、表达的思想内容，对案件的有关事实都能起证明作用。拿反革命传单来说，从传单书写的字迹特征等可以证实传单是谁所写，这里，传单起了物证的作用；从传单所书写的内容，是煽动推翻人民民主专政的政权和社会主义制度这一事实，又能证实犯罪分子进行了反革命活动，这里，传单又以书证的属性发挥了证明作用。这张反革命传单之所以在这一案件中既是书证，又是物证，正是因为它无论从书写的字迹特征，还是从书写的内容、两个方面都能起证明作用。否则，一个书面文件，如果不同时具备这两个方面的证明力，最终还是要看它是以什么对案件事实有证明作用，来判定它究竟属于书证抑或物证。

（四）书证的意义

书证既然通过文字、符号或图画等记载了与案件有关的事实，因此，它的

形成，对处理刑事、民事以及行政诉讼案件，都有着十分重要的意义。

首先，书证在大多数情况下是以文书的形式出现，而文书是沟通思想，传递信息的媒介体。在国家的政治、经济、法律、文教、卫生等活动中，常常会制定各种文书。在涉及个人的婚姻、家庭、继承、学历等方面，特别是在个人与单位之间要设定一定的民事、经济法律关系，明确一定的权利、义务时，考虑到“空口无凭”，往往都要立下一定的文字根据，以志其事，以见其诚，并作为履行的依据。一旦发生争议或纠纷，这些事先形成的书面文件，就会被提出来或者被收集作为证据使用。所以书证是被广泛运用的一种证据，在民事诉讼与行政诉讼中更有它的特殊地位与作用。

其次，书证要以一定的物质材料作依托，只要它确实形成了，也就将一定的思想内容作了固定。只要书证未被销毁，它所记载的内容可以保持长期不变。即使物质载体有破损，只要未影响到上面的文字或符号，照样可据以了解其记载的事项，不影响它的证明力。这比起人证、物证随着时间的推移、境况的变迁，或者其他主观上、客观上的原因，容易发生变化或失实的情况，有着明显的优越性。

再次，书证是以其内容证明案件事实的，而书证的内容一般都具有意思清楚、明确、具体的特点，可以一看便知。因此，办案中如果收集到了与本案有关的书证，凭借书证所反映的思想内容，能够顺利地弄清有关的案件事实真象，有利于案件得到及时的处理。特别是某些法律文书作成后，又经公证或鉴证，对其真实性、合法性作了审查、核实的，其证明作用更为重要和突出。而且，书证在许多场合是属于直接证据，不需要与其他证据相结合就能直接证明案件的主要事实。这在民事诉讼和行政诉讼中更为明显。对有的民事案件、行政案件的某些案件事实，按照有关的法律规定，还应当采用书面文件来证明。这是因为有些民事法律关系、经济关系以及行政法律关系的发生、变更或消灭，应以书面形式表示，权利义务关系是以书面形式确定的。

其四，书证对审查案内其他证据是否真实可靠，也有重要作用。因为一般地说，书证是在诉讼开始以前形成的，是对案件事实的历史记载，只要确认了它不是伪造的，确认了它的内容未被篡改，其真实可靠性就无可辩驳。这样，就可以用它有效地核查案内其他证据是否真实可靠。特别是收集到了原始书证，它的说服力更大，证明力更强，其他的证据，往往要在书证的检验下决定取舍。

由于书证在办案中有着上述重要意义，我国的诉讼中，从来就重视对它的收集和运用。现在，科学文化空前发达，我国又实行对外开放、对内搞活的经

济政策，各项法律制度日臻完备，许多权利、义务关系的确定，不论当事人或者行政主管部门，大多要求采用书面形式。反映到司法实践方面，在办理各类案件的过程中，书证就越来越被广泛使用，显示出它的重要证明作用。

二、书证的分类

书证是多种多样的。不同类型的书证，各有不同的特点。将书证进行分类，可以明确不同类型书证的特点，在制作上的要求；在诉讼中运用时应予注意的问题。这就有利于对书证的收集和审查判断。

对书证，通常是按照以下标准进行分类：

（一）依照书证是否系国家机关等行使职权制作，有公文性书证与非公文性书证之分

凡国家机关，社会主义企事业单位，人民团体，在法定的权限范围内行使职权所制作的文书，包括各种命令、决议、决定、通告、指示、信函、证明文书等，都称为公文书。例如，由婚姻登记机关制作和发给的结婚证书、离婚证书；公安机关批准申请加入、退出或恢复中国国籍而发出的证书；人民法院制作的判决书、裁定书或调解书；行政管理机关作出的处罚决定书等公文书，如果在有关涉讼的案件中用作证据时，都属于公文性书证。

公文性书证具有以下的特点：第一，它是制作和发出该文件的单位行使职权的意思表示；第二，制作和发出这种文件，一般都是在具备法定的条件下，按照规定的程序进行，有的还有一定的格式，比较规范化。基于公文性书证的以上特点，凡是由不享有法定权限的单位或国家工作人员所制作和发出的，或者虽是一定单位的国家工作人员，但所制作或发出的文书与行使职权无任何联系的，都不能算作公文性书证。

所谓非公文性书证，是指公文性书证以外的其他书证。它不仅指公民所制作的文书，也包括国家机关、社会主义企事业单位、人民团体所制作的与行使职权无关的文书。例如在民事流转以及各种经济活动中，作为平等主体之间所签订的各种合同文书即是。

将书证划分为公文性书证与非公文性书证，是由于制作文书的主体是否系行使法定的职权以及制作程序上的明显差别。因而，在一般情况下，公文性书证比起非公文性书证的真实可靠性要大。但是，在诉讼中使用公文性书证，同样应予审查核实。审查公文性书证应注意查明以下各点：（1）制作公文书的单位和国家工作人员是否依据法律规定的权限；（2）是否遵守了制作文书的法定条件和程序；（3）文书中所记载的内容是否可靠、是否真实。而在审查非公文

性文书时，既要把注意力集中在审查这种书证形成条件的完备上（既意思表示是否自由、真实、明确、具体，制作的时间与签名、盖章等），同时也要重视其记载的内容。

（二）依照书证作成时是否有特别要求，有一般书证与特别书证之分

一般书证是指有明确的意思表示，有当事人的签名和制作的年月日，而无其他特别要求的书证。如公民间出具的关于借贷的字据，关于表示已领取某种物品的收条等，当它们用作诉讼证据时，都属于一般书证。

凡是对文书的制作，在条件上、格式上有特殊要求的，称为特别书证。如结婚证书的制作和发给，须申请结婚的男女双方当事人已达结婚年龄，完全自愿，不存在禁止结婚的任何情况，并亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。经办理婚姻登记机关审查符合规定后，准予登记，发给结婚证书。又如，作为书证的合同文件，有的没有特殊要求，有的按照法律规定或者双方当事人约定，于签订后还须经过公证或认证，才能发生法律效力。这种公证或认证的合同文件，就是诉讼中的特别书证。这种有特殊要求的书面文件，在民法、经济法、行政法规中有许多具体规定。

把书证区分为一般书证与特别书证，在于前者在制作上没有特殊的要求，制作的程序较简单，以致容易出现缺陷。诸如内容不完善，某些意思表示不明确、不具体，甚至还可能有欺诈行为等。特别书证就不易出现这些问题，因而较为优越。但是，即使对特别书证，也只有经过审查核实，才能作为认定事实的根据。

（三）依书证内容的不同性质，有处分性书证与报导性书证之分

凡书证中所记载或表述的内容，与一定的法律后果相联系，即制订文书的目的，是为了设定、变更或消灭一定的法律关系，能产生相应的法律效力的，称为处分性书证。例如国家行政机关接受公民、法人的请求而颁发的各种许可证、营业执照，当事人间所签订的各类合同书，公民所立的遗嘱书、遗赠书等，都属于处分性书证。

凡是书证中所记载或表述的内容，不是以产生一定法律后果为目的，而是制作人用以记下或报导已发生的或了解的具有法律意义的事实，则称为报导性书证。例如各种会议记录，各类会计或商业账薄，日记，向别人告知某种事实的信函等。

把书证区分为处分性书证与报导性书证，在于前者是实施一定法律行为的直接产物，对行为的目的有明确的意思表示，并能发生相应的法律效力。如果

对所涉及的法律关系的权利义务发生争议或纠纷，该文书就能确切地反映有关的案件事实，理所当然地成了涉讼案件的书证，并且具有较强的证明力。后者由于不是实施某种法律行为的直接产物，只是对某种具有法律意义的事实作了登记或报导，因而在有关的案件中需要用它作为证据时，其证明力与前者相比是有限的。但是，由于报导性书证不仅能成为取得处分性书证的先导，而且可对处分性书证起到印证作用，所以对它也不能忽视。

（四）依书证作成方法的不同，又有原本、正本、副本、节录本、影印本以及译本等之分

书证的原本，是指文件制作人将有关的内容予以记载而作成的原始文本，也叫原件或底本。任何书证都有最初作成的原本，它是正本、副本、节录本、影印本、翻译本的最初源流。正本是指按照原本全文作成，对外与原本具有相同效力的文件。正本与原本既有联系，又有区别。正本出自原本，内容与原本完全相同，但原本一般是留作存档备查用，而正本则是直接发给主受件人执掌。副本与正本的制作方法相同，不同之处在于，正本是发给主受件人（包括个人和单位），而副本则是发给主受件人以外的其他须知照的单位或个人。节录本是指从原本或正本中摘抄其主要内容而形成的文件。影印本则是运用影印技术，将原本或正本摄影或复印而成的文书。翻译本则是用其他文字将原本或者正本翻译出来的文书。

把书证做这样的分类，在于说明只有原本才是最初制作的文件，其他如正本、副本等，都是源于原本的书证。在英美法系国家，由于采用“最佳证据规则”，书证一般只能提交原本、原件，只有在例外的情况下，才允许使用其他形式的书证作为“次要证据”。我国没有这种规则，《民事诉讼法》第68条规定，书证应当提交原件；提交原件确有困难的，可以提交副本、节录本。所以司法机关收集书证，应尽可能找到原本或原件。

上述几种关于书证的分类，是从不同角度提出的，因而，某一书证，依一种分类标准，属于某一类型；而按另一种标准，则又属于别的类型，其效力就应考虑其所属的各种类型。

三、书证和书证材料

书证，是我国三部诉讼法典中都明确规定的证据种类之一，在诉讼中占有重要位置。考查书证的特性，明确其与书证材料及其它书面材料的区别，在证据理论研究和办案实践中都具有重要意义。本文就此略谈浅见。

（一）书证与书证材料

综观国内外有关书证的资料，不论立法或者论著，多是对书证的概念、种类或者如何运用进行阐述，而对书证的特性论及的较少，特别是对书证与书证材料不作划分，对书证材料的特性则更少涉及。如英美法系国家的美国，立法规定书证包括手写的、印刷的、打印的等（美国《联邦证据法规》第1001条）；美国的学者们把书证分为文件证据、书面陈述和口证笔录等。大陆法系立法规定：书证是指以其记载的内容或者表达的思想能证明案件事实的文件；书证的形式为证据方法，书证的内容供证明之用。学者们则认为书证具有形式证据力和实质证据力。形式证据力是指证据本身的证据力，实质证据力是指证书内容所反映的事实与案件事实或其他有关待证事实有真实的联系。前苏联法律仅强调，"文件"的特征具有"真实性"。

我国诉讼法学界，对书证特性论述较国外要多，主要有：1. 书证是指以文字、符号、图画等所表达的思想内容来证明案件事实的书画文件或其他物品。书证的特征有二：一是以文字、符号、图画等记载或者表达了人的一定思想的物品，并能为人们认识和理解；二是书证所记载的内容或者所表达的思想须与案件有关，能用以证明案件事实。2. 书证是指以文字、图形、符号等表示的内容证明案件真实情况的书面材料或其他材料。书证的特征有三：一是以记载或表达的内容来证明案件情况的；二是书证所记载的内容或所表达的思想，可供他人认识和了解；三是书证的内容必须反映一定的案件事实，能据以查明案件真实情况。3. 书证是以文件中的语言文字或符号所表达的思想内容来证明案件事实的。书证的特征首先是以语言形式来表达其内容的；其次是以内容来证明案件真实情况的。4. 书证是指以其表达的思想和记载的内容证明案件的真实情况的书面或其他材料。书证对案件事实的证明力，集中表现在它们记载的内容和反映的思想，概括起来，可称作"以其内容"发挥证明作用。

从上述几种具有代表性的表述看，学者们共同认为书证的特性是"以其内容"来证明案件事实的，其区别在于有的认为书证是"书面材料"；有的认为书证还包含"其它材料"或者"其它物品"；有的认为书证是"语言形式"等。就是说，学者们对书证内容的载体是有不同认识的。

要研究书证的特性，首先应当将书证与书证材料区分开来。这是因为：书证材料是客观存在的，但往往被人们忽视；在司法实践中，办案人员首先接触到的是书证材料而不是书证，极容易将书证材料与书证混淆；从证据理论研究看，也必须将两者划分清楚，以准确地为实践服务。

在社会实践中，人们在实施某种行为时，或者在实施其行为之后，为了将

自己的作为或者在作为过程中的所见所闻保全起来，往往要用书面记载的方式使其固定下来，这就是我们通常所说的书面材料。这些书面材料不可能都成为书证材料或者书证，只有在诉讼发生以后，书面材料中与待证的案件事实有联系的部分被当事人或者其他人提供给司法机关，或者由司法机关的办案人员采集，即为书证材料。但是，这些书证材料不一定客观真实并能证明案件事实，因此，书证材料还必须经过办案人员的审查判断，确认书证材料客观真实并与案件事实有联系，且具有证明效力，即确认书证材料系书证，然后才能用其认定案件事实。

实践可见，书面材料、书证材料、书证有不同的内涵，三者既有联系，又有区别。书面材料是指制作主体以文字、图画等书面形式表达思想内容或者其他行为的材料。它在制作主体及表达的内容和所起的作用等方面都与书证材料不同。书证材料是指制作主体以文字、图画等书面形式所表达的思想内容或者其他行为可能证明案件情况的材料。显然，书证材料的范围比书面材料的范围要小，它仅限于“可能证明案件情况”的材料。其所以称为书证材料，是因为这些材料还未经查证核实，是在诉讼中准备确认为书证的材料。书证是指诉讼发生前制作主体以文字、图画等书画形式所记载的真实思想内容或者其他行为来证明案件真实情况的材料。书证与书证材料的主要区别在于前者是诉讼中的一种证据，是“货真价实”的“事实”，而书证材料则有真伪之分，虚实之别。书证材料只有经过司法人员的审查判断，确认属实之后，才能成为名符其实的证据——书证。

（二）书证与书证材料的特性

书证与书证材料有不同的特性。书证是诉讼证据种类之一，具有诉讼证据的共性，也具有自身的特性。书证具有客观性、相关性、能证性和法律性，这是书证相同于其他诉讼证据的共性。书证还有以下特性：

1. 特定的形式。书证是事件的当事人或者知情人将所要记载的内容用书面形式固定下来而形成的，如果制作主体不是用书面形式记载，而是记忆在头脑中，而后用语言的形式表述出来，就成为人证。因此，书面形式是书证的重要特性之一。书证的书面形式是多种多样的，主要有：以文字记载为形式的文字材料，如信件、标语、传单、计划、发票、账册、提单、证件、通知书、决定书等；以图画、图形记载为形式的图形材料，如印章、图画、地图等；以简单的符号记载为形式的符号材料，如路标、箭头或者其他标记等。书面形式的制作方法可以是手书，也可以是刻制、印刷、搭拼，使用的材料可以是纸张，也可以是竹木、金属、石块、沙土、树枝等。书证以书面形式而区别于人证或

者物证。书证与物证有共同的载体，即同寄寓于物品之上，但物品、物证、书证是互不相同的。不是所有的物品都可以成为物证，只有以其外形、位置等自然属性证明待证案件事实的才能称为物证；书证则是借用物品在其上面书写的内容而发挥证据作用的，其既不同于物品，又区别于物证，不能将三者混为一谈。可见书证是“其他物品”或者是“语言形式”的观点是不能成立的。

2. 特定的内容。书证内容的特定性表现在三个方面：一是真实性，即书证所记载的内容必须是客观事实的真实反映；二是联系性，即书证所记载的内容必须与待证的案件实体事实有联系；三是能证性，即书证所记载的内容清楚，能证明案件事实。内容的特定性是书证的本质属性。因此，书证正是以其记载的内容发挥证明作用的。

3. 特定的期限。书证要受期限的限制。诉讼中的书证，是专指诉讼发生以前所形成的书面材料。因为书面材料在诉讼发生之前和诉讼发生以后都可以形成，诉讼发生以后所形成的书面材料如鉴定结论、意见书、讯问被告人笔录、询问证人笔录、勘验笔录、检查笔录、法庭审问笔录、当事人陈述笔录等等，这些书面材料是不能称为书证的。因为这些材料除制作的主体及证明作用与书证有所区别外，其重要区别在于形成的期间不同。书证是在诉讼发生前由事件的当事人或者知情人为记载事件的实体问题而制作的书面材料，如果是在诉讼进行过程中，由司法机关指派或者聘请其他人对案件的实体问题、程序问题或者其他证据材料等问题所作的记载，以不同的特性成为其他不同的证据种类，而不能笼统称作书证。据此，在界定书证的概念时，应当予以期限的限制，以免与其他书面材料混淆。

4. 特定的主体。书证有制作的主体，此点往往被忽视。书证由于是在诉讼发生以前制作的，其制作主体仅限于事件的实施者或者知情者，不包括诉讼发生以后制作其他书面材料的司法人员或者其他诉讼参与人。

上述四方面特性同时具备，才能全面反映书证的特性。据此，书证的概念应当具体界定为：书证是指诉讼发生前，事件的实施者或者其他知情者以文字、图画等书面形式所记载的真实内容能够证明案件真实情况的材料。

如前所述，书证材料与书证是不同的概念，书证材料具有与书证不同的特性，即书证材料记载的内容具有双重性。具体来说，书证材料所记载的内容既可能具有客观实在性，又可能具有主观片面性；既可能与待证的案件事实有联系性，又可能与待证的案件事实没有联系性；既可能对案件事实有证明性，又可能对案件事实没有证明性。上述记载内容的双重性同时寓于同一书证材料之中，如经济犯罪案件中的单据、票证；经济纠纷案件中的合同、信函、协议

书；行政诉讼案件中的证件等，在办案人员采集到以后，还未经核实排伪之前，都具有“双重性”的属性。书证材料其所以具有“双重性”，是因为书证材料不一定是“事实”，它是“事实”的表现形式。书证材料其所以具有“双重性”，由于书证材料的制作者受主客观诸种因素的影响，例如制作者的不良动机，制作者生理、心理、认识和表达等方面的障碍，制作者受光线、环境、传抄等原因的影响等等，使书证材料可能与实际情况发生偏差乃至错误。这种现象是客观存在且不可回避的事实，人们应当正视而不能忽视。

上述可见，正因为由于书证材料具有“双重性”的特性，所以存在对书证材料的审查判断问题；而经过审查判断属实的书证材料，确认其为书证后，才能作为认定案件事实的根据。因此，对于书证，既然是证据，是绝对需经过“查证属实”的。

四、国外和台湾地区关于书证的理论和立法

英美法系国家对书证的理解与大陆法系国家不完全一样。以美国为例，该国对书证的定义规定在联邦和各州的某些规范性文件中。根据美国《联邦证据法规》第1001条规定，书证包括手写的，打字机打的，印刷的，照相机照的，使用磁性脉冲、留声机唱片和磁带录制的，或使用其他信息保存方式记录下来的字、语言、数字或者它们的等同物。有的美国学者据此把书证分为文件证据、书面陈述和口证笔录三种。其中，书面陈述是指证人在法庭以外以书面提供的证词，而口证笔录则是指证人在法庭上所作证言的笔录。显而易见，这种对书证定义的规定，其范围太宽，特别是后两种所谓的书证，按大陆法系和我们对书证的理解，已不属于书证的范畴，而是证人证言的书面表现形式。

大陆法系国家，一般认为书证是其记载的内容或表述的思想能证明案件事实的文书或物件。它有两个主要特点：一是以证书形式为证据方法；二是以证书内容供证明之用。证书以外的其他物件，足以表示人的思想的，也准用书证的规定。诉讼法学者认为书证具有两种证据力，一为形式证据力，一为实质证据力。所谓形式证据力，是指证书本身的证据力。任何一种证书只要符合当时的制作情况，制作手续完备，制作人的签名真实，不是伪造或变造，就具有书证的形式证据力。所谓实质证据力，是指证书内容所反映的事实与案件事实或其他有关待证事实有真实的联系。由于书证大都能明白无误地反映案件事实的真象，一般都认为书证是证明某些法律行为必不可少的证据。外国的民事法律和行政法规中，对一些重要的契约和单方法律行为，以及有关的行政行为，往往规定必须采取书面形式，有的还必须经过公证证明，才能成立。在民事诉讼

中或行政诉讼中，要确认这些法律行为是否确已发生，当事人的行为是否违反了约定的内容，就应当按照民法或行政法规的规定，以书证加以证明，不得使用人证。经过公证的书证，更被赋予很大的证明力。法国《拉鲁斯大百科全书》在《证据》条目中说："一项符合规定的经过公证的文件构成一种法律上的证据，或完善的证据，"有约束法官的效力。

根据苏联法律的规定，在不少案件中，有关的案件事实，只能以书面证据来证明，而且书证的形式问题也很重要。"在某些情况下法律规定的公证证明法律行为的形式是基本的因素，如果不遵守这种形式，即不算法律行为，行为即无法律效力。在另一些情况下，要使法律行为有效，不仅需要公证证明，而且以后还要在有关的市政机关登记。"而且该国法律对于确定某些事实，还"要求提交严格规定形式和内容的文件作为证据。例如：出生、结婚、死亡的事实，要靠户口簿的记载证明"。

在英美法系国家，根据证据可采性和最佳证据规则，文件证据以使用原件为原则。副本、抄件、影印件等第二手材料，只有在一些例外情况下才能作为证据。这些例外情况主要有：(1) 原件已遗失或损毁，或者难以提交法庭，如墙上字迹、墓铭；(2) 原件在对方手中，经通知对方，仍拒绝交出；(3) 文件保管人在法院辖区外，经通知提交文件而他根据免证特权，拒绝交出文件；(4) 官方文件或可供公共使用的公共文件（如议会记录），可用第二手材料代替。

书证通常由诉讼当事人提交法院。如果书证并不在当事人手中，法院可以根据他的申请，向掌握该书证的人发出特别传票，责令后者交出这些书证。持有该书证的人如果无正当理由而拒绝提交，可以以不尊重法院论处。有的国家对某些文书的提出还规定了特殊方式，如规定病历、患者状况和治疗情况的医学结论，只能按照法院指示，装在密封信封里送到法院办公室。查阅这些材料必须经法官许可。

大陆法系国家对书证使用限制较少。在大陆法系国家，一般也承认书证的原本应优于副本，但不排斥对副本的收集；而且，副本经查证属实，可起同样的证明作用。即使收集的是原本，如果经审查不实，也不能作为定案的根据。

根据台湾的立法以及司法现状，将台湾法归类于大陆法系是非常确切的。台湾立法和大陆法系一样，对书证的采纳没有作太多的规定和限制。只是对书证的证明效力作了明确规定。认为，书证是指以文书的意义和内容为证据。它被称之为文书证据。它的证明效力强于一般证言。

台湾立法中将书证分成两类：

（一）从制作的目的划分，将书证分成偶然证据和目的证据

凡制作此项书证的目的原是供作证采用的，称为目的书证。目的书证均产生于案发过程中或诉讼过程中。凡利用书面凭证的目的不是供作作证或取证所用的，称之为偶然书证。偶然书证都产生于案发之前。如：身份证、结婚证、藏书章等等。

（二）从证明效力划分，将书证分成本身证据和说明证据

凡是用文书本身的证明效力起证明作用的证据称为本身证据，如判决书。凡是用文书所记载的内容供说明、图解或文字解释之用，说明它物情况的即为说明证据。如地形勘察记录、建筑设计图等。

台湾立法中，关于书证有广义和狭义之分。广义书证是指凡用文书的存在作证明所用的，都属于广义的书证范畴。包括用文书的外部特征证明案情。狭义的书证专指物证以外的文件、文书。关于书证种类，台湾立法作了如下规定：

1. 卷宗内的笔录。包括询问笔录、勘验笔录、扣押笔录、搜索笔录、审判笔录。

2. 其他文书。除卷宗内的笔录外，其余都可作为证据使用，都属于其他文书。只要对案件事实有证明作用，即可作为证据使用。如鉴定书、保管书等。

另有特定情况是：有关书面陈述、口头笔录。证人在原审未到庭，但证人在另案所作的陈述，以笔录为实，依法可采纳为书证起到证明作用。有关影印件，台湾立法也作了规定。影印件为书面文件的复本，并不拒绝采纳为证。但要求证明其同提供书证的当事人的陈述相一致，能够查证属实时，可作为陈述的一部分使用，但仍属书证范畴。不适用英美法系“优先法则”中非原本不能提出。但要注明原本同影印本的关系，而且优先采纳原本。称为文书原本的优先规定。

台湾对有关证据“文书”的可采性以及审查判断作了简单的立法：

(1)“优先法则”。文书的原文优先采纳。

(2)“许容性法则”。文书的证据必须以审判前之陈述为证，否则不具备证据的许容性。

(3)“可采性法则”。对哪种文书可采，哪种不可采，台湾立法上作了原则规定。只有明确文书证据必须经检察官及原、被告人双方质证，并给被告人辩解机会后，才可采纳。

此外，如文书的内容有疑问时，或另有来源时，不经过调查，或无其他证据为证时，不能确信其真实性而采纳为证。

所以，当公文书、判决书或另案诉讼记录等有疑问时，也不属于必采纳之范畴。

第三节　视听资料

一、视听资料的概念和意义

视听资料是指运用现代技术手段，以录音、录像所反映的声音形象、电子计算机所贮存的资料、其他科技设备所提供的资料来证明案件真实情况的证据。它是随着科学技术的发展和司法实践的需要而出现的一种新型证据，是自然科学成果运用于诉讼领域的结果，对它的研究与运用已成为各国诉讼法学界和司法实践中的重要课题。

人们将录音资料作为证据进行诉讼活动已有几十年的历史，1927 年美国法院在一起窃听案件中认为窃听录音资料作为证据是合法的。但对于视听资料的法律地位，至今仍是众说纷纭。根据英国 1968 年《民事证据法》(10) 的扩大定义，文书除包括书写的外，还包括地图、图纸、图画、照片、唱片、录音带以及其他收录声音和其他资料的装置，此外还包括影片（包括微缩影片）底片。可见，其视听资料属于“文书”的一种。美国证据法也将视听资料直接规定为书证的范畴。日本也存在着“准传闻证据说”与“非传闻证据说”之争，前者认为录音人或复制者可能按主观意图进行录制，录音带上没有签名盖章，对在法庭上重播的录音也无法进行质询，类似于间接的证人证言；后者则认为，录音证据的科学性和准确性是证人证言无可比拟的，它与证人的知觉、记忆、陈述有本质不同，故并非传闻证据。

将视听资料作为一种独立的证据形式在法律中予以规定，是我国立法上的一项创举。在我国，对视听资料的使用和研究始于本世纪 80 年代。1981 年公安部在《关于预审部门使用录音机、照相机规定的通知》中指出：“对有些证人的重要证言进行录音，以便及时取得证言为法庭审判提供证明。”1979 年制定刑事诉讼法时，正处于拨乱反正时期，当务之急是尽快建立起刑事诉讼法律制度，并受当时科学技术发展水平所限，视听资料的重要性还没有充分显示出来，故对此未予规定。这不仅为人民法院查明案情，提高审判质量，正确处理

民事纠纷提供了更为有力的证据，而且为我国的诉讼证据制度增添了新的内容，使之趋于完善。此后，1989 年制定的行政诉讼法和 1991 年修改的民事诉讼法，对此都有相同规定。在民事诉讼活动中，视听资料已被广泛采用，如继承案件中的录音遗嘱、海事案件中利用雷达站的扫描记录来证明船舶碰撞的时间和地点、空难案件中根据飞机黑匣子所记录的情况分析事故的原因和责任等。

司法实践表明，视听资料不仅在民事诉讼和行政诉讼中有重要作用，而且对刑事诉讼也有重大意义。随着科学技术的发展和运用，犯罪分子越来越多地利用现代科技手段进行犯罪，更具隐蔽性，犯罪手段日趋技术化、智能化、国际化。据报载，美国每年的电脑犯罪造成的损失高达上百亿美元。犯罪分子利用高科技进行形形色色的犯罪活动，如运用电子计算机诈骗巨额款项，使用放射性物质、慢性毒品杀人，制造医疗事故致病人猝死，运用微缩照相、显微点照相秘密传递情报等。这就需要借助于利用红外线、紫外线、X 射线、中子束、激光、磁场连续波等技术制成的精密仪器和检测装置，直接对检索对象进行科学分析，提供准确的信息资料。如在车站、机场、码头、海关、会场等重要场所的出入口，安装“安全门”和 X 射线探测仪，检查过往人员是否携带武器弹药、走私物品和其他违禁品。可见，运用电子计算机技术、激光技术、核能技术等手段获取视听资料，已成为查明犯罪事实、惩处犯罪分子的有效途径，而且会发挥越来越大的作用。为顺应这一趋势，我国在修改刑事诉讼法时增加规定了视听资料这种证据种类，标志着视听资料在我国诉讼证据体系中的地位得以全面确立，表明了我国诉讼证据制度的进一步完善。

我国诉讼法将视听资料规定为一种独立的证据形式，既符合证据的客观实际情况，又有充分的理论基础。虽然视听资料与书证、物证及人证有相同之处，但实际上它既不同于书证、物证，也不同于人证。书证是以书面文件记载的内容和含义来证明案件事实的，而视听资料的声音、图像、贮存资料等，并非单纯运用文字和符号来表达思想内容，而是独立地反映了部分或全部案件事实。因此，视听资料不属于书证的范畴。物证是能够证明案件事实的物品及其痕迹，它以自己外部的形态、质量、规格、特征等来证明某种事实存在与否，视听资料则以声音、图像、贮存资料等来证明案件事实。显然，视听资料也不属于物证的范畴。人证是以其证言来证明案件事实的，与人的主观意识有关并受其支配，而视听资料则不完全受人的意识支配，二者的区别是不言而喻的。总之，视听资料虽然与其他证据有一定的联系，但更有着本质的区别。从内容上看，视听资料有的与书证、物证有关，有的与人证有关，有的与鉴定结论、

勘验笔录有关，但这都不妨碍它作为一种独立的证据形式而存在。

二、视听资料的种类

对视听资料这一新型证据如何进行分类，目前尚无定论。如果以其来源为标准，可分为原始的和复制的视听资料；如果以其所反映的内容与案件事实的关系为标准，可分为直接的和间接的视听资料；较为常见的是以其获得的手段或存在的形式为标准所作的划分，一般分为以下四种：

（一）录音证据

录音证据是指运用根据声学、电学、化学、机械学等方面的科学原理制成的收录设备，把正在进行的演说、谈话、歌唱、呼叫、爆炸、机械摩擦、自然声响、电话中的对讲等声音如实地记录下来，然后经过播放再现原始的声音，并用来证明案件真实情况的证据。

有人认为录音证据是代替书面材料的书证，或认为声音是物质，录音带是实物，录音证据属于广义上的物证。我们认为，这些观点都未能揭示出录音证据的本质特征。实际上，录音证据既能通过原始声音信号本身所反映的内容来证明案情，也能通过再现原始声音的物理特性来证明案情。例如谈话录音证据，一方面以其所记录的谈话内容证明讲话人说过哪些话，另一方面以其所反映的讲话人的语音、语调、音质、音素等声纹特征及谈话的环境信息特征来证明案情。当播放这些具有不同特征的录音时，熟悉情况的人能够很快作出辨认，讲话人也不容易象否认证人证言那样否认自己的声音，即使讲话人拒不承认，还可以运用声音频谱分析仪进行声纹鉴定得出是否同一的结论，其证明力远远大于其他证据。因此，人们称录音证据为“会说话的证据”。

（二）录像证据

录像证据是指运用根据光电效应原理制造成的摄像机、录像机，将事物发生、发展、运动、变化的客观真实情况原形原貌地记录下来，然后经过播放，重新显示原始的形象，用来证明案件事实的证据。录像证据具有生动形象的内容，有连续运动着的人物和变动着的背景，可以反映出许多客观情况供人们观察分析，因此有“会运动的证据”之称。

电影摄像机取得的胶片资料也能通过图像完整地反映事物运动、变化、发展的过程，但其形成过程和再现方式与录像资料有所区别。录像通过摄录将光信号转变成磁信号，再经过播放将磁信号直接转化为光信号并还原成像，无须经过其他中间环节，如与电视监视系统配套使用，可以做到随收随录、同时传输、同步观看。而胶片资料用感光胶片拍摄后，还需经过冲洗、印放、拷贝等

复杂的处理过程，才能制成用肉眼可直接观看其每幅图像的电影胶片，它通过光学原理影映成动态图像，而不是通过光磁信号的转换还原成像。因此，制作者可以随意进行剪辑、删编、复制、拼接，发生伪造、篡改、失真的可能性很大，从而影响它的证明力。但我们不能因此而将电影胶片排除在视听资料之外，尤其是在紧急情况下或在无意中用电影摄像机摄下的有证明价值的镜头，同样具有运动着的人物背景和变化着的参照物，其胶片资料经过司法人员合法处理，出示于法庭能起证明作用，而且其审查判断和使用方式与视听资料基本相同，所以应将其归入视听资料。

（三）电子计算机贮存证据

电子计算机贮存证据是运用计算机贮存的图形、数据、符号和其他信息来证明案件事实的证据，主要是指磁化在存贮器内的档案材料。电子计算机运用其存贮功能，把需要贮存的信息编制成一定的程序并通过输入装置输进计算机主控制系统的中间处理机，由其自身对电信号进行识别和处理后转变成磁信号固定于软盘，使用时只需操纵输出设备、发出指令，计算机就会自动检索并在终端显示器上显示出文字、图像或数据，人们可以直观地进行感知。计算机贮存的证据如果不在屏幕上显示出来，人们就无法感知它。因此，计算机贮存证据属于视听资料的一种。

计算机贮存资料运用于证据领域主要在于其贮存功能和与之相联系的检索功能。运用其贮存功能，可将其贮存的有关资料查证属实后直接作为证据使用，例如，把有前科、有劣迹的公民或重点掌握对象的指纹、血型、年龄、职业、籍贯、履历、体貌特征以及新技术条件下的声纹、眼纹、全息照片等信息资料输入存贮器内，可以供司法人员查找取证；运用计算机的检索功能，可以对与案件有关的情况检索比对，进行同一认定，如把现场提取的指纹、毛发、血型、鞋印、录音等和贮存资料进行比对，确定是否为被告人所留。这一检索和认定过程与人工调取证明材料和鉴定人运用科学技术手段进行鉴定的过程十分相似，但它是电脑智力功能的发挥过程，是按照统一的程序自动编排贮存、自动将送检材料同千百万份档案进行检索比对的结果，计算机当然也不能承担任何法律责任。

（四）其他技术设备提供的证据

其他技术设备提供的证据范围较为广泛，主要是指利用激光技术、空间技术、红外线技术、X 射线技术、遥感技术等高科技制成的专门技术设备经过其自身运转所获取并显示出来的反映案件事实的、可供人们直接判读的信息和数

据资料。这种证据的技术含量比前三种证据更高，适用范围更广，但由于我国目前的科学技术相对落后，这种高科技证据的运用还不普及，也未引起足够的重视。

视听资料上述分类，只是就目前的科学技术发展水平而言的，相信视听资料会向更高级、更广阔的领域里发展，它的内容也会随之更加丰富。

三、视听资料的特点

视听资料与其他证据一样，都能够证明案件的真实情况，它们有某些共同的属性。但视听资料作为科学技术发展并运用到一定阶段的产物，又具有不同于其他种类的证据的特点。视听资料究竟有哪些特点，学者们的意见尚未统一，但有一点基本是一致的，即认为视听资料具有客观真实性，或称为物质客观性，或称为科学技术性，或称为可靠性和准确性等。这种观点认为，视听资料是高科技设备机械运动的结果，不受人的思想感情的影响，与人的意志无关。

（一）视听资料具有物质依赖性

作为视听资料的声音、图像、数据、信息等是以声、光、电、磁以及其他粒子等媒体形式存在的，人们把这些单凭自己的感官无法直接感知为物质实体的声、光、电、磁等物质视为无形物质。要把这些无形物质原声、原貌地保存下来，必须运用现代技术手段，进行一系列能量转换，使之固定或贮存在有形物质如录音带、录像带、激光唱盘和视盘、电子计算机存贮软盘、X射线控测信息存贮软盘等载体里。如果没有这些有形物质作依托，可以供人视听的信息资料就会转瞬即逝，无法捕捉。可见，视听资料必须借助于特定仪器、设备及其特殊功能才能形成。此外，审查、鉴定视听资料的真伪，也要靠专门的精密仪器、设备才能进行。尤其是声音、图像等视听资料作为证据使用时，只有借助于录音机、录像机、电子计算机检索系统、报警装置、电视监视器等现代化电子设备，才能显示出人们可以看见、听见和使用的原始资料。如果没有播放、检索、显现设备，无论多么生动形象、真实可靠的内容，也只能停留在磁带和存贮器里，而不能被人们所感知，也不会直接出现在法庭上供法官作为证据使用。而诉讼活动中使用最为普遍的物证，则是以具有一定形状、数量、质量、属性的物质实体或痕迹为表现特征的，大多可凭人的肉眼对这些特征直接进行分析判断，能够出示原物于法庭以辨认确证，无需借助于特殊的显现设备。书证虽然是将具有一定思想内容的文字、图画记录在纸张、器皿、建筑物上，但是文字、图画本身并不是物质，它只是人们为交流思想而约定俗成的符

号，它们与视听资料这类无形物质是有本质区别的。总之，视听资料的制作、收集、审查、鉴定与运用都有赖于高、精、尖科学技术设备，这种物质依赖性是其他证据所不具有的。

（二）视听资料具有生动形象性

视听资料是运用现代科技手段取得的，能够再现与案件有关的形象和声音，直观地展现案件事实，如录音证据能够反映说话人的语音、语调、语言习惯等。视听资料连续地反映案件情况，是一个动态的过程，如录音证据能够反映一定时间内持续地声响，录像证据能以直观形象反映案件的某个动态过程。总之，视听资料再现案情时具有直观性、立体性的特点，使人感到如临其境、如见其人、如闻其声。但这仅是从其作为证据效果而言的，是否真实则只能通过审查判断而定。

（三）视听资料具有便利高效性

视听资料记录和再现案件原始的真实情况，所蕴涵的信息量极大，但不需要像其他证据那样建立宏大的档案资料库，因为录音、录像的磁带和电子计算机贮存的资料具有容量大、体积小、重量轻、便于保存的特点，只要保存好磁带、拷贝、数据不致变形、变质，就可以反复使用，于若干年后仍可重现当时的真实情况，具有较长时间的稳定性。目前，一些国家已建立起电脑档案中心，对档案的分类、贮存和检索都采用了电子计算机技术，便利了对各种情报资料的搜集、整理、汇纂、分类、保存、提取和查阅。原先需要几个人、几十个人花费几天、几十天甚至几个月的时间才能查到的一份资料，现在只需在自己的办公室里，用几分钟或几秒钟的时间敲击键盘，就可以在计算机输出终端的荧光屏上查阅所需的资料，并自动打印成文件。因此，利用电子计算机情报检索系统的科学技术保存和使用视听资料，可以节约几倍、几十倍甚至成千上万倍的人力、物力和时间，并极大地提高证据的利用率。对于司法机关来说，还能提高办案效率和办案质量，有利于实现司法现代化。

四、视听资料的制作主体

如前所述，视听资料具有物质依赖性，它必须借助于特定的科学技术设备，经过一定制作过程才能得以形成。视听资料的制作主体比较复杂，制作的动机、目的各不相同。司法实践表明，视听资料的制作主体主要有以下几类：

1. 司法机关　公安、检察、法院三机关的办案人员在侦查或审理案件的过程中，为查明案件事实真相，有时需要制作视听资料，在侦查刑事案件时尤其如此。如用录音机收录犯罪分子的煽动演说，用录像机摄录犯罪的预备、实

施情况，用电子计算机检索犯罪分子的刑事档案等。

2. 当事人　民事诉讼和行政诉讼中的原告和被告，刑事诉讼中的被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人，刑事附带民事诉讼的原告人和被告人，均可成为视听资料的制作主体，但制作目的和动机大不相同。一般来说，除犯罪分子外的当事人大多出于保护自己的切身利益之目的而制作视听资料，而犯罪分子制作视听资料的行为本身往往就是一种犯罪行为，或是其实施犯罪行为的重要环节，所制作的视听资料也有可能是其实施犯罪的工具。如将偷窃方法摄制成录像以教唆他人犯罪，制作淫秽录像以获取非法利益或引诱他人犯罪，间谍分子制作微缩照相或显微点照相以传递情报等，这种视听资料常常能直接证明犯罪事实。但犯罪嫌疑人也有可能制作非为实施犯罪活动而又有关案件事实的视听资料。

3. 其他机关、团体、企事业单位　除司法机关外，其他机关、团体、企事业单位为保护国家和社会的利益或为保护本单位的利益，运用高科技设备取得视听资料。如机场、车站、海关等在其出入口安装金属探测仪，过往人员如携带有武器、毒品等违禁品，监视器上所显示的图像资料及其转换成磁信号而贮存下来的资料，查证属实即可作为视听资料。

4. 其他人员　主要是指与案件无关的人员，如公民个人或专门职业者（如记者、摄影师）等，可能有意或无意中制成反映案件事实真相的视听资料。

五、视听资料的制作方式

视听资料的制作方式有两种：一是公开制作方式，一是秘密制作方式。以公开方式制作的视听资料又可分为两种情况：对全社会公开和对特定人公开，前者如海关、机场、会场等安装的检测仪器或银行、超级市场设置的监视器，其对象是所有过往人员和全体顾客，而非特定的某个人，因此，它不以被检测对象和监视对象的明知或同意为前提；后者如签订合同或举行某种仪式时录制的录音或录像，是在特定的场所对特定的人进行的，它要求正在被录音、录像、监视、检测的一方或双方知道自己的言行或物品被录制、监视或检测。无论是以上述哪种公开方式制作的视听资料，经审查属实后均可作为证据使用，对此一般并无异议。以秘密方式制作的视听资料是指制作的一方在对方不知道的情况下，以特定的人或物为对象制作视听资料的方法。如使用变焦电视摄像机、望远摄像机对犯罪嫌疑人进行监视和使用接触式传声器、增敏传声器、抛物线聚焦传声器、微波装置等各式各样的窃听器或通过电话搭线进行监听等。对于以此种方式取得的视听资料目前仍存有颇多争议，如对其合法性和所作证

据的可采性等问题都存在着不同看法，各国的法律规定和司法实践亦不尽相同。

英国在 1927 年的一判例中认为：窃听不是强迫犯罪人供认，没有违反宪法的规定，因而可以作为合法的证据。德国则规定窃听器插入墙壁超过 30 公分即为非法搜查。1986 年的德国综合整治与街道安全法禁止法院把违法窃听的视听资料作为证据。1994 年的《德国刑事诉讼法典》第一百条 c 第一款规定，在采用其他方式进行侦查将成果甚微或者难以取得成果的情形中，不经当事人知晓，1. 允许 a）制作照片、录像，b）在所侦查事项对于查清案情十分重要的条件下，使用其他的特别侦查手段侦查案情、行为人居所；2. 在一定的事实使得某人实施了第一百条 a 所述之一犯罪行为嫌疑，并且采用其他方式不能或者难以查清案情、侦查被指控人居所的时候，允许使用技术手段，窃听、录制非公开的言论。1988 年的《意大利刑事诉讼法典》第 266 条第 1 款规定，在与下列犯罪有关的刑事诉讼中，允许对谈话、电话和其他形式的电讯联系进行窃听：(1) 依法应判处无期徒刑或者五年以上有期徒刑的非过失犯罪；(2) 依法应判处五年以上有期徒刑的妨害公共管理的犯罪；(3) 涉及麻醉品和精神刺激药物的犯罪；(4) 涉及武器和爆炸物的犯罪；(5) 走私犯罪；(6) 利用电话实施的侮辱、威胁、骚扰他人的犯罪。

美国 1975 年的《联邦刑事诉讼规则》和 1990 年的《联邦证据规则》，对秘密取证问题均未作规定，但在其他法律中作了规定，其司法实践中也不乏这方面的判例。其争议的焦点是在未获法院允许的情况下使用电子监控仪器和装置所获得的证据能否在法庭审判中得到承认。法院在 1928 年的奥姆斯特德诉合众国案中认为，宪法第四修正案对无理搜查和扣押的禁止只适用于有形的事物，而被说出的话不属于有形事物，对其窃听并不违宪，除非涉及所有权问题。例如，使用对着隔壁的墙放着电话窃听器进行窃听并不违法，但如果使用必须贴在墙上的增敏传声器则为违法，因其属于“对房产的物理性非授权侵入”。这一理论直到 1967 年的卡茨诉合众国案中才终被放弃。该案中联邦调查局的工作人员将电子监控装置贴在公用电话亭的外边，用来监听和记录被告人的电话。显然，工作人员并未非法侵入被告人的房产，但最高法院认为其行为已经侵害了被告的隐私权，因为被告享有使用公用电话亭而不受窃听的合法权利。1934 年的《联邦通讯法令》规定，窃听和泄露电话中的谈话是违法行为。1937 年美国最高法院宣布在联邦诉讼中任何违反该法令的窃听谈话都是不允许的，但该法院在 1957 年的一判例中认为，第三者经参加电话交谈一方的允许所进行的窃听并不违法，因其不属于该法令意义范围内的窃听。1968 年的

《综合整治犯罪与街道安全法》禁止任何人未经法院授权以电子的、机械的或者其他类型的装置来达到窃听或者企图窃听谈话或电话线传输的目的。该法还规定，除非有法院专门的授权，即使窃听的内容有事实根据也不能随便泄露，从监听内容中得到的证据只有法官才能在其职务所允许的条件下适当使用。

我国诉讼法和其他法律对这一问题未作具体规定，从立法精神看，司法机关制作证据应当公开进行。但在刑事侦查过程中，尤其是在同危害国家安全的犯罪和间谍活动的斗争中，秘密对犯罪嫌疑人的言行进行录音、录像、监视或秘密进行其他侦查行为以取得视听资料，就成为查明犯罪事实的有效且必要的手段。但如果不加限制地使用这种方式，必将侵犯公民的人身权利和民主权利，因此必须对其予以限制，这也是各国通行的做法。一般说来，应从以下几个方面对公安机关和检察机关用秘密方式获取视听资料加以限制：

(1) 其适用范围只能是严重危害国家和社会安全的或严重破坏经济秩序的刑事犯罪，而且只能是在用其他侦查方式很难或不可能有效地获取证据或侦破案情时才能使用；

(2) 其适用对象只能是犯罪嫌疑人，只有在基于一定事实能够推断其他人与嫌疑人有联系且这种联系将有助于查明案情时或侦查措施不可避免地涉及到第三者时，才能针对其他人使用；

(3) 必须依照法定程序进行，侦查人员应向上一级机关提出申请，说明理由、所涉及的人员、器材、地点、时间等，只有在获得批准后才能实施。如在紧急情况下，确有理由认为可能会因延误而严重影响侦查工作时，可以先行采取措施，但必须在24小时内提出申请，如未获批准则应立即停止，所获得的材料也不得加以使用；

(4) 所获得的视听资料不得随意泄露，只能在分析案情时使用，不能在审判中直接作为证据使用。如果在法庭上作为证据使用，需在此前一定时间内告知有关案件各方秘密取证之信息，将其公开化后方能作为合法证据使用。在一刑事案件中以秘密方式获得的视听资料不得在其他刑事案件中作为证据作用，除非对于查明某些犯罪来说是必不可少的。对于不作为证据使用的视听资料应及时予以销毁。

至于当事人以秘密方式取得的视听资料是否具有合法性，目前尚未定论，持肯定态度者所持主要理由如下：

1. 构成证据合法性的条件之一是诉讼证据的制作与收集必须符合法定程序，但这是对司法机关而言的，其目的主要是为了保护公民个人的合法权利，防止司法机关利用职权侵犯公民的人身权利和民主权利。而双方当事人的地位

是平等的，其中任何一方秘密制作视听资料的行为，均不属于司法机关的取证行为，这一行为本身是否合法并不影响其所获得资料作为证据的合法性。换言之，即使这一行为是违法的，也不能必然得出有关资料不能作为证据作用的结论。例如，对计算机软件的盗版行为是违法的，犯罪分子秘密制作视听资料的行为也往往就是犯罪行为，但这些视听资料也可以作为证明违法或犯罪行为的证据。

2. 当事人秘密制作视听资料的行为并非全是违法的。刑事诉讼中的犯罪分子以犯罪为目的当然是违法的，其他当事人大多以保护自己的合法权利为目的，刑事诉讼中的被害人通常还以揭露犯罪和证实犯罪为目的，这当然不能说是违法的。而且，作为一方当事人的秘密将彼此间的谈话或活动录制下来，与当场记录或事后追记并无根本性的区别，这和第三者偷录双方当事人的谈话或活动的行为是有本质不同的。

3. 有人认为当事人与案件有直接利害关系，其秘密制作的视听资料容易伪造，作为证据的可采性较差，且不易鉴别，因此应予以否定。一般地说不能因其容易伪造就以偏概全，予以全面否定。而且当事人提供的物证、书证等同样存在这一问题，如果全部予以排除则无异于剥夺了当事人提供证据的权利。难以鉴别更不成其为理由，对当事人提供的证据进行审查判断是司法机关的义务，而且也并非完全不能鉴别，将其与别的证据相互印证或借助技术手段及一些辅助性措施是可以查明真伪的。

4. 当事人秘密制作视听资料具有便利性，与司法人员的秘密制作相比更是如此。当事人可以随时携带仪器，不受场所与时间的限制，秘密予以录制，而且不易被对方发现。

当然，对于当事人的秘密制作行为也不能全无限制，当事人既不能以敲诈、勒索、非法传播为目的而制作，也不得随意泄露所制作的视听资料，而只能提供给司法机关审查判断，经审查属实后方可作为证据使用。对于经审查后未被作为证据的视听资料，当事人应在有关机关的监督下及时将其销毁。

第四节 证人证言

一、证人证言的概念和意义

（一）证人证言的概念

证人证言是证人就其感知的案件情况向司法机关所作的陈述。

有的学者将证人证言称之为“人证”。其实，证人证言是以证人的陈述为证，而不是以其人为证。以人为证，如人之身高、容貌、伤痕等，属于物证范畴。因此，这种“人证”说，未能反映证人证言的本质特征。另外，在英美法系国家，允许当事人宣誓后为自己作证，鉴定人也是证人，“人证”的范围随之扩大。这就使得英美法系国家作为证据种类的“人证”与我国证据分类中的言词证据容易混淆。基于上述两个方面的原因，这种“人证”说为本章所不采。我国诉讼中证人证言与民事诉讼、行政诉讼中的当事人陈述，刑事诉讼中的的被告人供述和辩解、被害人陈述以及鉴定结论等，都是不同的证据种类，各有特点，运用的规则也不完全相同，因此不容混淆。

英美法系国家一般排斥“传闻证据”，我国立法没有这种限制。因此，证人既可以就其亲自耳闻目睹的案件事实、情节提供证言，也可以转述由他人告知的案件情况。转述被告知的案件情况，应当清楚地说明来源。无根据的猜测、臆想、梦幻等，不得作为证人证言的内容。

证人对案件事实的看法和意见，可否成为证据？英美法系与大陆法系国家在此有很大差异。英国的罗纳德·沃克在他所著《英国法律制度》一书中指出：“一般规则是，证人只能就其直接感验的事实作证，而不得对不是其直接感验的事实陈述相信与否的看法。这便是排斥意见证明方法的规则。该规则的理论根据是：从已证事实得出结论是法庭而非证人的职责。”但是，证人在作证过程中，对事实的叙述和对事实的判断往往混在一起，有时是很难区分的，有的问题证人只能作评论性的回答。也因此，英美法系立法又规定了这一一般规则的若干例外。罗纳德·沃克曾指出：“如果意见在本质上是系争事实，便不排斥这种意见。另外，如果意见是作为某些独立事实的证明方法而提出的，便存在着许多可以采纳意见为证据而不考虑排斥意见。另外，如果意见是作为某些独立事实的证明方法而提出的，便存在着许多可以采纳意见作为证据而不考察排斥意见的一般规则。”特别需要指出的，英美法系国家的立法规定，法庭须接受专家证人的意见。大陆法系国家虽然也要求证人根据自己所了解的事实提供证言，但允许证人根据其所体验的事实作一些必要的分析、判断或推测。在大陆法系国家，鉴定人的意见是一种单独的证据，不属于证人证言。第二次世界大战以后，日本的诉讼法改仿美制，但对意见证据却也作了允许的规定，如《日本刑事诉讼法》第 156 条就规定：“推测事项的证言（一）对证人可以令其供述根据实际体验过的事实所推测出来的事项。（二）前款供述即使属于鉴定的事项，也不影响其作为证言的效力。”我国现行立法对证人意见可否作为其证言内容虽无明确规定，但根据只有“知道案件情况的人”才有作证的义务，

并应“如实地提供证言”的规定，证言的内容应限于证人所了解的案件情况，而不包括对案件事实、情节的分析、判断和发表的其他意见。

证人证言一般是口头陈述，特殊情况下也可以是书面证词，必要时司法机关可以要求证人提供书面证词。此点，英美法系及大陆法系各国也基本如此。如英国立法限定证人证言必须在法庭上以口头形式提出，但是，为了方便起见，对该规则又设定了审前采证、外国法院代为取证等很多例外。

（二）证人证言的意义

各种诉讼案件都是在社会上发生的，案件一经发生，往往会被群众感知。因此，感知案件事实、情节的人向司法机关提供的证言，是各种诉讼中运用最为广泛的一种证据。古往今来各国法律都重视证人证言的证明作用。如古巴比伦的《汉谟拉比法典》规定：“自由民在控诉案件中提供罪证，而所述无人证实，倘案关生命问题，则应处死。”我国奴隶制时期的周王朝曾规定：“凡民讼，以地比正之”，“凡属责者以其地傅而听其辞。”封建时期的《唐律疏议》更明确要求，“据众证定罪”的案件，需要有“三人以上明证其事”。

在现代诉讼中，司法人员对案件事实并没有亲自耳闻目睹，他们要靠证据才能认识案件的事实真象，其中证人证言具有极为重要的作用。具体地讲：

①一个证人或若干证人，将其了解的案件发生的时间、地点、原因、造成的结果、行为人的动机、目的等，向司法机关提供证言，有利于司法人员全面地查明案情，为正确处理案件奠定坚实的基础。

②证人证言有助于司法人员深入了解物证、书证等证据的特征和含义，核实其真伪和确定其证明力的大小。

③证人还能提供司法人员尚不了解的证据线索，这就有利于司法人员据以进一步收集证据。

④将证人证言与同案件有利害关系的当事人陈述等言词证据互相印证，可以揭露刑事被告人、刑事被害人、民事和行政诉讼当事人虚假的口供或陈述，有利于促使刑事被告人放弃侥幸心理，认罪服法，促使民事、行政诉讼当事人放弃无理的诉讼请求和答辩，接受人民法院的调解或裁判。

总之，证人证言常常是司法机关及时查明案情，实现诉讼任务所不可缺少的一种证据。

二、证人的特点和不能充当证人的人

（一）证人的特点

在英美法系国家，证人这一术语被用于在庭审或其他诉讼过程中所有提供

口头证词的人，既包括当事人也包括鉴定人。因其范围广泛，可称之为广义证人。由于英美法系受陪审制度以及当事人主义等的影响，对证人资格有严格的限制。诸多形式主义的限制规则虽然意在限制裁判官包括陪审官的主观擅断，却也限制了某些人的作证能力，不利于司法机关查清案件事实。有鉴于此，英美法系近世纪的立法，呈现了尽量削减这类限制的趋势。

大陆法系国家所称证人，专指向司法机关陈述所知案件情况的第三人。所谓第三人，即当事人以外的第三人。因其范围较小，不包括当事人、鉴定人等，可称为狭义证人。由于大陆法系国家采取职权主义诉讼形式，对证据的判断完全采取自由心证主义，因此，对证人资格的限制远不像英美法系那样严格。有的学者认为，由于实行自由心证主义，"毋庸有限制证人能力之规定，且亦不宜设此规定"。有的台湾学者则提出了不同看法，认为证据能力乃系允许用作证据的资格，与证据的证明能力本是两码事，证据能力系依法律（或法理）加以形式之决定，并不许裁判者自由判断；而证据的证明力系由裁判者依其自由心证作出判断。因此，他们认为，对证人资格（属于证据能力）还是应当作出某些限制。

我国《刑事诉讼法》第45条规定："有关单位和个人应如实提供证据。"《民事诉讼法》也有类似规定，《行政诉讼法》对此虽未作规定，但上述规定的精神也是适用的。这些规定说明，我国诉讼中的证人是指向司法机关陈述所知案件情况的人。根据法律的这些规定，证人具有以下的特征：

①是了解案件情况的第三人。这里的第三人既指民事诉讼、行政诉讼中当事人和作为诉讼参加人的第三人以外的了解案件情况的人，也包括刑事诉讼中当事人、被害人以外的了解案件情况的人。英美法系的法律规定，作为诉讼主体的当事人，也可以在法庭中为自己作证，即当事人也可以成为证人。大陆法系和我国立法则不同，当事人的陈述为另一种证据，因此不允许当事人作证人。在我国，民事诉讼与行政诉讼中的原告和被告就有关案件情况所作的陈述称为当事人陈述，是一种独立的证据；在刑事诉讼中，被害人、被告人与证人的诉讼地位、权利、义务都不同，其陈述也为独立的证据。特别在共同犯罪案件中，同案被告人不能互为证人。但是，共同犯罪人如果已经结案处理，不管是定罪处刑还是免予处罚，他都可以以证人的身份提供证言，因为这时他已不再是本案的共同被告人。

当事人、刑事被害人的法定代理人参加诉讼的，如果他原来了解案件情况，能否兼作证人？我国法律对此没有规定。在苏联，其《苏俄刑事诉讼法典》第72条第3款规定："被害人、犯罪嫌疑人、刑事被告人的法定代理人参

加诉讼，不能免除各该代理人作为证人而受到询问。”И.В. 蒂里切夫等认为：“法定代理人和证人都是不能代替的，因此，把这两种职能集中于一人身上，这在许多情况下是不可避免的。”我们认为，苏联的立法和学者的见解，可资借鉴。

②证人一般都是自然人。这是由于只有自然人才能凭借感官感知案件事实，而国家机关、团体、企事业单位等本身并无这种感知能力。同时，证人伪证构成犯罪的，可以对其科处刑罚，而不应惩罚其所在单位。所以，证人应当是自然人。但是，新颁行的《民事诉讼法》第70条规定：“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。”据此，民事诉讼中的证人也可以是某个单位。对这个问题，还有待于理论上的深入探讨。

③证人是陈述自己所了解的案件情况的人。据此，证人必须具有正确感知和表达的能力。英美法系将鉴定人也作为证人，我国与大陆法系国家都是将证人与鉴定人严格区别开来。证人是将其感知的案件情况向司法机关陈述的，所以具有不可替代性。鉴定人则是受司法机关指定或聘请，运用自己的专门知识就案件中专门性问题作出科学判断，因而是可以选择的。证人提供的证言和鉴定结论是两种不同的证据，因此不能将证人与鉴定人混同。当然，这并不排除证人可能具有某种专门学识或经验，而在就其感知的案件事实作证时利用这种学识或经验。如汽车司机就自己所看到的交通肇事案件作证，医师以曾为病人诊治所知情况作证等。

诉讼中的见证人，如刑事诉讼中勘验、检查、扣押物证、书证和送达时的见证人，民事诉讼与行政诉讼中勘验时的“被邀参加人”，由于他们一般并不了解案件情况，而且司法机关可以选择，所以不同于证人。但是，当他们一经选定并参与现场勘验、检查、搜查、扣押等见证工作，就成了了解有关诉讼活动的人，具有不可替代性，从而在必要时，有就其了解的情况如实作证的义务。

凡是可以作证的人，都应具备以上特点。只要符合这些条件，即使是当事人的近亲属，也可以作为证人询问。但当事人的近亲属等可否拒绝作证，世界各国的立有不同规定。大陆法系规定当事人之一定亲属、受雇人或者同居人可以拒绝作证。英美法系国家早期的普通法主要是限定当事人的配偶为无证人能力，不得在民事或刑事诉讼中互相提供有利或不利的证据。近代立法则已取消这种限制，特别在民事诉讼中，已经没有限制配偶作证的规则。但在刑事诉讼中，情形却仍很复杂。一般规则是被告的配偶可以（但不能强制）为被告方作证，而不能为起诉方作证。然而，该规则也有几条重要的例外，例如重婚罪、

堕胎罪、对儿童的各种犯罪以及侵犯配偶财产的犯罪中，都可以使被告之配偶为起诉方作证，但极少有强制配偶为起诉方或被告方作证的情形。我国及苏联等国的立法不同，规定了解案件真实情况的人，都有作证的义务，不论这种人与当事人、刑事被害人有无亲属关系。这样规定，有利于发挥他们作证的积极性，有利于查清案件的客观真实。至于这些与当事人有亲属关系的人提供的证言是否真实可信，则属于对证据的审查判断问题，需要更加谨慎从事。苏联学者认为："法律不禁止由于同刑事被告人有亲属关系、朋友关系、敌对关系和职务关系而对案件的结局有利害关系的人作为证人进行询问。这些人的客观性是值得考虑的，这在制定询问方案、审查和评定所取得的陈述时应当予以注意。"

（二）不能充当证人的人

根据我国法律的有关规定和司法实践经验，下列人员不能充当证人：

①不能辨别是非和正确表达的人。我国《民事诉讼法》第 70 条第 2 款规定："不能正确表达意志的人，不能作证。"《刑事诉讼法》第 48 条第 2 款对此规定得更具体："生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。"这说明，证人必须以能够辨别是非并能够正确表达为条件。生理上、精神上有缺陷或者年幼的人，如果不能辨别是非，不能正确表达，就不能向司法机关提供对查清案件事实有意义的情况，当然就不能作证人。虽然生理上、精神上有缺陷或者年幼，但能够辨别是非并能就自己了解的案情正确表达，就具有作证能力，应当履行作证义务。间歇性精神病人在没有发病的情况下了解案情时，如能正确表达，也可作为证人。因此，不能仅以生理上、精神上有缺陷或者年幼，就剥夺公民的证人资格。能否作证人，关键在于是否能辨别是非和正确表达。对此，世界各国立法大体上是相同的。英美法系国家的原则是：关于幼年人可否作证的问题，根据法庭的审查，如是一儿童看来能够理解宣誓的性质和后果，或者"懂得说谎危险和不虔诚"，他便可以提出附誓证言。根据英国 1933 年《青少年法》第 38 条的规定，如果在法庭看来，该儿童对进行证明具有充分理解力，并且理解说真话的责任，那么，即使不理解宣誓性质的儿童，也可以在刑事诉讼中提出非附誓证言。大陆法系则仅仅以幼年为"不得令其具结（或宣誓）"的原因，并不影响幼年人的作证能力。苏联学者认为：鉴于正确理解和表达某种情况的能力与其说同年龄有关，毋宁说同该情况的性质以及少年的个人特点有关，因此，法律没有规定未成年人从多大年龄起可以作为证人进行询问。

②办理本案的司法人员等不得同时为证人。在我国的诉讼中，承办本案的

侦查、检察和审判人员（包括陪审员），以及参与诉讼的鉴定人、翻译人员、书记员，不能同时充当本案的证人。因为那样与其诉讼职责不相符合，可能影响公正处理案件。即使他们如实作证又秉公执法或正确进行鉴定、翻译、记录工作，也易引起当事人的猜疑，引发缠讼。当然，这不是否定司法人员等充当证人的资格。如果他们事先了解案件事实，可以以证人的身分参加诉讼，而不能作承办该案的司法人员或充当鉴定人、翻译人员或书记员。无论是英美法系还是大陆法系，法官不能同时为证人的要求，基本相同。大陆法系检察官及协助其侦查犯罪的司法警察官、司法警察，不得同时为证人，而英美法系国家的诉讼当事人均可以为合法证人，因此检察官及司法警察，当然有证人能力，可以为证人。苏联学者则认为，“尽管调查人员、控诉人、审判员、鉴定人、译员、书记员执行的职务同证人的义务被认为是不相容的，但法律没有禁止在必要时把上述人员作为证人进行询问。”

③辩护人一般不得同时为证人。英美法与大陆法都有关于职业特权的规定，即就任特定职务或曾任此等职务的人（如辩护人、医师、宗教师等），因业务上知悉他人秘密之事时，不得为证人或者有权拒绝作证。只有当秘密的职业通讯是在促成欺骗或犯罪目的时（如试图给犯罪或欺诈提供意见），上述特权才会丧失。对此，南斯拉夫等国的刑事诉讼立法主要规定为“其证言会损害保守公务秘密或军事秘密的义务的人，在主管机关免除他保密义务之前，不得当作证人来询问”。（《南斯拉夫社会主义联邦共和国刑事诉讼法》第 226 条(1)）这种保守职务秘密的规定，在世界各国的律师法中尤为突出。有的称之为保守秘密的义务与权利，有的称之为保持沉默权，等等。基于社会利益而规定的律师保守职务秘密的权利，在联合国《关于律师作用的基本原则》中得到了肯定。该基本原则第 8 条规定：“遭逮捕、拘留或监禁的一切个人应有充分机会、时间和便利条件，毫无迟延地、在不被窃听、不经检查和完全保密情况下接受律师来访和与律师联系协商。这种协商可在执法人员能看得见但听不见的范围内进行。”第 22 条进一步规定：“各国政府应确认和尊重律师及其委托人之间在其专业关系内所有联络和磋商均属保密性的。”可见，律师，包括辩护律师享有保守职务秘密的权利，已经成为国际通例。但是辩护人，特别是辩护律师，是否在任何情况下都不得同时为证人，对委托人未被司法机关掌握的犯罪事实，是否可以揭发检举或出庭作证，这在国际法学界，特别是律师界是个颇多争议的问题。若干国家的有关立法也大相径庭。苏联学者认为，鉴于刑事被告人有获得辩护的权利，同时也是为了在刑事被告人与辩护人之间建立信赖关系，使辩护人能够顺利行使其职责，《苏联律师法》第 6 条、《苏俄刑事诉

讼法典》第72条才明确规定，禁止将由于履行辩护人的义务而知悉案件情况的辩护人作为证人进行询问。如果辩护人知悉对案件有意义的情况同其履行辩护职责无关，对辩护人也可以作为证人进行询问，在这种情况下，他就不能再履行案件辩护人的职责。《南斯拉夫刑事诉讼法》第226条（2）规定："被告人的辩护人不得当作证人被问及关于被告人把他当作辩护人而委托给他的事情，但被告人自己要求这样做时除外。"这是在同一诉讼中既作证人又可作辩护人的例子。日本有关立法中却有别样规定。如《日本律师法》第23条规定："律师或曾任律师的人，对保守由其职务上所得知的秘密，享有权利，负有义务。但法律另有规定时不在此限。"《日本刑法》第134条规定："律师、辩护人或曾任此等职务的人，无故泄露由于处理业务而知悉的他人秘密的，处六个月以下惩役或100元以下罚金。"这里的"无故"，即不包括法律"另有规定"的情形，因而律师被裁判所作为证人传唤时，律师有出庭、宣誓及提出证言的义务。第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会在《关于律师作用的基本原则》的决议第2条中说："推荐该《基本原则》供国家、区域和区域间采取行动并付诸执行，为此，应考虑到每一国家的政治、经济、社会、文化情况和传统。"据此，在法律中规定律师在特定条件下，有就其职务得悉的秘密情况作证的义务，不再享有拒绝作证、保持缄默的权利，并不违反上述国际法律文件。

关于律师的职业秘密问题，我国法律未作规定。我们认为，为了保护委托人的利益，为了维护律师制度，建立委托人与律师之间的信赖关系，以利于辩护律师顺利履行职责，有必要在律师法中确立律师保守职务上秘密的权利与义务。同时，为了维护国家的重要利益，需要律师作证的，法律也可以作出一些例外的明确规定。

三、证人的权利和义务

为了保障证人客观、充分地提供证言，我国法律赋予了证人广泛的诉讼权利，同时也规定了他应予履行的义务。有些尚待明确的权利义务，应当认真总结实践经验，并借鉴其他国家的立法，作出规定，使之臻于完善。

（一）证人的诉讼权利

在我国，证人依法享有和应当享有的诉讼权利是：

①用本民族语言文字提供证言、证词的权利。根据《宪法》第134条、《刑事诉讼法》第9条、《民事诉讼法》第11条和《行政诉讼法》第8条的规定，证人有权用本民族语言、文字向司法机关提供证言、证词。在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区，证人不通晓当地通用的语言、文字的，司法机

关应当提供翻译。

无论是英美法还是大陆法都对聋哑证人的权利特作规定，即他们可以用哑语、书面或手势进行陈述。我国立法对此虽无专门规定，但在实践中也是这样做的。

②刑事诉讼中的证人在侦查期间可有要求对其姓名保守秘密的权利。根据《刑事诉讼法》第85条第3款的立法精神，在刑事案件的侦查期间，证人如果不愿公开自己的姓名，有权要求侦查机关对他的姓名保守秘密。这既有利于鼓励和保护公民检举犯罪，防止被检举人的打击报复，又有利于调查核实其检举的真实性，防止因检举的事实有出入而造成不良后果。但是，在审判阶段，任何证人都没有这样的权利，因为经通知到庭的证人，应到庭接受控、辩双方的讯问、质证；证人未到庭的，法庭要依法宣读其证言笔录。

③客观地充分地提供证据的权利。《刑事诉讼法》第43条规定："必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地、充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。"这是我国专门机关与群众工作相结合的诉讼原则的具体体现。民事诉讼、行政诉讼中的证人，也应同样享有这一权利。证人在行使这一权利时，可以补充陈述，改正其不实的部分，提交其持有的与案件有关的物证、书证。对其证言笔录，可以要求阅读或请司法机关向其宣读，如果认为有遗漏或错误，可以要求补充或修正。

④对司法人员的侵权行为有提出控告的权利。《刑事诉讼法》第14条第3款规定："诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。"《民事诉讼法》和《行政诉讼法》虽无这种规定，但根据《宪法》第41条规定的公民"对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利"。参与民事诉讼或行政诉讼的证人，也应有对司法人员的侵权行为提出控告的权利。

⑤因作证而受到当事人等侮辱、诽谤或以其他方法打击报复的，有要求对行为人予以制裁的权利。证人对国家履行作证义务，受到法律的切实保障，任何人都不能对其阻挠、侵犯。《民事诉讼法》第102条规定，以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或指使、贿买、胁迫他人作伪证的，对证人进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或打击报复的，人民法院可以根据情节轻重，予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。《行政诉讼法》第49条规定，诉讼参与人或者其他人指使、贿买、胁迫他人作伪证或者威胁、阻止证人作证的，对证人侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的，人民法院可以根据情节轻重，予

以训诫、责令具结悔过或者处1000元以下的罚款、15日以下的拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。据此，民事诉讼、行政诉讼中的证人，如果因作证而遭到打击报复的，有权要求司法机关给予保护，依法惩处行为人。

⑥有要求经济补偿的权利。英美法系、大陆法系以及苏联一些国家的诉讼立法，都规定有证人领取报酬的权利。如美国纽约州刑事诉讼法第610节50条规定："刑事诉讼中被传唤的证人有权得到和民事诉讼证人同样的酬金和旅费。根据法院或其官员发的证人证书及标明的证人实际出庭日数和路程里数，由县政府财务官付给证人费用。法院还应当用决议指令县财务官按决议指定的适当数额补偿证人自己的花费。根据法院发出的决议或其他证明文件，县财政官应从县财政支出中付给证人上述指定数额的花费。……本州各部门的国家官员依该条规定以官方资格出庭作证或作为公职行为承担责任，应领取固定费用而不是按花费酬报他。在解除公职期间他有权领取因作证带来的实际花费，但不能领取额外酬金。"《日本刑事诉讼法》第164条第1项规定："证人可以请求旅费、日费及宿费。但没有正当理由而拒绝宣誓或提供证言的，不在此限。"苏联也有类似的规定，如《苏俄刑事诉讼法典》第106条规定："作为证人……而被传唤的人，在因受调查人员、侦查员、检察长或法院传唤而所花费的全部时间内，保留其工作地点的平均工资。对于不是工人和职员的人，应当付给他们离开经常业务的报酬。除此之外，所有上述人等，对于因受传唤到场而支出的费用，都有权取得补偿。"《苏俄民事诉讼法典》第87条规定：应向证人偿付其出庭而花去的旅费和房租费，并向他支付出差费。对于作为证人传唤到庭的工人和职员，应按其工作地点平均工资水平保留他们因出庭而缺勤期间的工资。不是工人和职员的证人，也应当取得离职期间的报酬。同时第88条就向当事人征收付给证人的费用作了专门规定。第89条还就支付证人的金额作了如上规定：由法院根据他们完成自己义务的情况予以支付；这些金额在支付给证人时，不考虑从当事人征收的款额；支付办法和支付金额由俄罗斯联邦共和国部长会议规定。在我国，证人因履行作证义务，是否有权要求偿付差旅费、误工损失等，法律未作规定，司法机关也没有准则可循。我们认为，证人因作证而支出的费用和减少的收入，应享有获得补偿的权利。因此，有必要借鉴外国的立法经验，在我国的诉讼立法中作出明确的规定。

⑦有及时得到出庭作证通知的权利。《刑事诉讼法》第151条、《民事诉讼法》第122条都规定，人民法院决定开庭审判后，通知证人出庭作证的，通知书至迟应在开庭3日以前送达。这既便于证人安排工作，也有利于诉讼的顺利进行。

（二）证人的诉讼义务

在我国，证人依法应当履行的诉讼义务主要是：

①及时到场作证的义务。根据《刑事诉讼法》第 48 条和《民事诉讼法》第 70 条的规定，凡是知道案件情况的人都有作证的义务。因此，证人接到司法机关作证通知后，应当按照通知的时间、地点，及时到场接受司法机关的询问，不能无故不到。如果因故不能到场，要事先向有关司法机关说明情况并得到允许。司法实践中，有的人由于存有怕得罪人、怕打击报复等思想顾虑而不愿或不敢作证，虽然接到司法机关的通知却拒不到场；也有国家工作人员基于特权思想而不愿作证，尤其不愿出庭作证。对于这种拒不履行到场作证义务的人，我国诉讼立法并未规定强制作证的有效方法，以至不愿作证的情况并未有所改变。在外国，除了法律规定某些可以拒绝作证的人外，其他的人都必须履行作证的义务。对于拒不履行作证义务的，司法机关可以采取多种措施强制作证，如拘传到场、警告性罚款、赔偿因不出庭造成的经济损失（罚款或赔偿经济损失的同时并不免除其作证义务），甚至定罪判刑。在英国，除被告人、被告人的配偶、国家首脑以及享有外交特权的人不得强迫其作证外，任何人都可以被强制作证。英国的罗纳德·沃克在《英国法律制度》一书中指出："地方法院可以签发传票或拘票，强制证人出庭作证。皇家法院审理刑事案件，则签发证人令或证人传票强制证人出庭。如拒不出庭作证，则以蔑视法庭罪论处。高等法院亦签发传票强制证人到庭，拒不到庭者，同样以蔑视法庭罪论处。然而，在民事诉讼中，法庭既不得强制当事人传唤证人，亦不得自行传唤证人。"《日本刑事诉讼法》第 150 条至第 153 条规定，对违反到场义务的证人，可以罚款，并命其赔偿由于不参加所产生的费用；构成犯罪的，则定罪科刑（罚金及拘留）。并且对于不遵从传唤的证人可以再次传唤，或者将其拘提。《奥地利刑事诉讼法》（1975 年）第 159、第 160 条规定，证人若不接受对他发出的传票，则在再次传讯时发出将对其处以罚金或发出拘票的警告。若经警告仍无故不出席，预审法官可对其处以罚金并签发拘票。在紧急情况下，对第一次无正当理由缺席的证人，预审法官即可发出拘票，拘传费用由证人偿付。《苏俄刑事诉讼法典》第 173 条规定："证人没有正当理由而不到场时，调查人员、侦查员、检察长和法院有权加以拘传。"《苏俄民事诉讼法典》第 62 条则规定："作为证人被传唤的人必须出庭并提出正确的证言。如果被传唤的证人以法院认为不正当的理由不出席审判庭，应科处十卢布以下的罚金，第二次传唤仍不出庭，应拘传到庭。"

根据我国国情，在各种诉讼中，对证人作好履行作证义务的思想教育和切

实保护其合法权益，以促使其履行作证义务，是必要的。但是，辅之以一定的强制作证的措施，也是增强公民法律意识，完善法制建设的需要。

②如实作证的义务。如实作证包括两个方面：一是证人必须如实地提供证言，如实回答侦查、审判人员的提问，不得伪证；二是不得隐藏证据，特别是不得隐匿罪证。世界各国立法对证人伪证多有处罚条款。如英国，证人一般均应宣誓，如果不愿宣誓，可以作“庄严的非誓证词”，以代替宣誓。证人宣誓或作出代誓宣言后又作虚假陈述的，就构成伪证罪。《苏俄刑事诉讼法典》第173条第3款规定，证人“故意作虚假陈述的，应当依照苏俄刑法典第181条的规定（故意作虚假陈述罪——笔者注）担负责任”。《苏俄民事诉讼法典》第62条第3款作了同样的规定。对于证人作伪证、毁灭证据和隐匿证据应承担的责任，我国诉讼立法作了明确的规定。《民事诉讼法》第102条规定，诉讼参与人或者其他人有伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审查案件的，人民法院可以根据情节轻重，予以罚款、拘留；构成犯罪的，还要依法追究刑事责任。《刑事诉讼法》第47条规定：“法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证时，应当依法处理。”第68条和第115条规定，侦查人员、审判人员询问证人，应当告知他“有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任”。据此，刑事诉讼中有意作伪证或者隐匿罪证的证人应承担《刑法》第305条规定的伪证罪的法律责任。《刑法》第310条和人大常委会的有关规定，还对窝藏或者作假证明包庇反革命分子或者其他犯罪分子的，以包庇罪或共同犯罪论处。为了贯彻执行《刑法》、《刑事诉讼法》的有关规定，最高人民检察院在《人民检察院直接受理的侵犯公民民主权利、人身权利和渎职案件立案标准的规定》中规定，在侦查、审判过程中，证人对与案件有重要关系的情节故意作虚伪证明，或为他人隐匿罪证，足以使他人受到刑事处罚或者轻罪重判，足以使犯罪分子逃避刑事处罚或者重罪轻判，从而造成冤、假、错案的；国家工作人员利用职务之便为严重经济犯罪分子销毁、隐匿罪证、制造伪证的；由于伪证行为致使他人自杀或者精神失常的或者造成其他严重后果的，都要立案侦查。这些规定，对促使证人履行如实作证义务，无疑是十分必要的。需要指出的是，证人作伪证构成犯罪的，必须是“故意作虚假证明”，即“有意作伪证”。因此，不能把证人因对事物没有看清、听清或者因为记忆不清、表达不准确等而提供了不真实或者不完全真实的证言，当作故意作伪证，对其追究刑事责任。

在许多资本主义国家的诉讼法中，还规定证人有宣誓的义务。如《法国刑事诉讼法典》规定，预审中证人即应宣誓说：“我据实陈述，毫无隐匿。”在法庭开庭审理时，证人在作证前还应宣誓说：“誓必无憎无畏，说出全部真实情

况，毫无虚假。”（参见第103条、第331条）。《日本刑事诉讼法》还规定，证人无正当理由而拒绝宣誓时，可裁定处5000元以下的罚款。并得命其赔偿由于拒绝而产生的费用，对此裁定，证人可以提出抗告。而且又规定，对没有正当理由而拒绝宣誓的人，应当处5000元以下罚金或者拘留；犯这种罪的甚至可根据情节并科罚金及拘留（参见第160条、第161条）。上述立法中无论有无宗教迷信的影响，其目的都是借助一定形式以促使公民如实作证。

③接受当事人等询问的义务。《刑事诉讼法》第47条规定：“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实以后，才能作为定案的根据”；第156条规定，当事人和辩护人可以申请审判长对证人发问，或者请求审判长许可直接发问。因此，刑事诉讼中的证人不仅对司法机关有如实作证的义务，在审判阶段还有回答当事人、被害人以及他们依法委托的代理人、辩护人等提问的义务。《民事诉讼法》第125条也规定，当事人经法庭许可，可以向证人发问。《行政诉讼法》对此虽未作规定，证人也应承担同样义务。这既能保证证人充分陈述，又能核查其证言是否真实。

④遵守法庭秩序的义务。《刑事诉讼法》第161条规定：“在法庭审判过程中，如果诉讼参与人违反法庭秩序，审判长应当警告制止，情节严重的，可以责令退出法庭或者依法追究刑事责任。”《民事诉讼法》第101条规定，诉讼参与人和其他人应当遵守法庭规则。人民法院对于违反法庭规则的人，可以予以训诫，责令其退出法庭或者予以罚款、拘留。对严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任；情节较轻的，予以罚款、拘留。《行政诉讼法》第49条也规定，诉讼参与人扰乱人民法院工作秩序的，可以训诫、责令具结悔过或者处1000元以下罚款、15日以下的拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。据此，作为诉讼参与人之一的证人，如果有上述法定情形，就将受到警告制止或者其他处理。所以，遵守法庭秩序或称维护人民法院的工作秩序，是证人应尽的一项法律义务。

四、国外关于证人证言的立法和理论

（一）英美法系国家的立法和理论

关于证人资格。成年人或未成年人，只要具有记忆能力，有正确表达能力，直接耳闻目睹的事实，有宣誓能力，了解作证义务，都有作证的权利和义务。但是对医师、护士、律师、神职人员，由于受委托在业务上了解当事人的事实或秘密，有权拒绝作证。美国从1898年起，被告人有作证的资格。

关于证人口证。证人以口头作证为原则。书面证言是例外，除非证人在外国，去向不明，重病不能到庭，死亡等情况外，经传唤到庭作证，并受法庭、当事人、辩护人的询问、或交叉询问。

关于证人宣誓。英美国法律规定，证人作证前必须履行宣誓程序，拒绝宣誓的证人不得作证。

关于对证人的询问。英美法系国家，法官、陪审官，不能主动传唤和询问证人，只凭双方当事人提出证人名单传唤，由双方当事人询问证人。当然，先由传唤的一方当事人进行询问，然后再由双方当事人交叉询问，询问人可随时打断证人的陈述，提出问题要证人回答，而后再询问。

关于意见证据。英美法系国家对证人难以用言词准确表达时，允许证人对观察所得作出判断，以代替叙述事实。如对事物的形态、精神状态，行动物体的速度、音响、味觉、触觉、色彩、尺寸、重量、远近等可以用判断代替叙述。如果需要专门知识才能作判断时，须请科技专家进行。作为证人证言对待时也称意见证据。英美法系国家把鉴定人同证人一样对待。

关于传闻证据。英美法系国家规定，传闻证据原则上不能作为证据使用，但找不到更好的证据时，也允许作为证据。如死者生前的陈述，精神病患者发病前的陈述，移居国外的人移居前的陈述，这些情况允许知道情况的其他人提出作证。

（二）大陆法等国家关于证人证言的立论和理论

大陆法等国家关于证人证言的立法和理论，有许多与英美法系国家相同，这里不再重复，下面只对其中不同之处作简单介绍。

关于证人资格。大陆法系国家，被告人不作为证人对待。大陆法系国家规定下列人有拒绝作证权：配偶和定有婚姻约定的人，告密的人。法国法律规定，“给金钱报酬的告发人，可作证人询问，但检察官，当事人，公设律师反对者除外。”公务员在职务上了解的国家机密，非经主管官员同意，不得传唤作证。

关于对证人的询问。大陆法系国家刑事诉讼法规定，预审法官、法官、审判长可主动传唤任何认为有助于查明案情的证人到庭作证。主要是审判长主动询问证人，而后经审判长允许，检察官、当事人、辩护人双方询问，询问证人时，可令被告人暂时退庭。

关于传闻证据，大陆法系国家原则上允许提出传闻证据，条件是必须查证属实。

第五节 被害人陈述

一、被害人陈述的概念和意义

（一）被害人陈述的概念

被害人，是指其合法权益受到犯罪行为直接侵害的人。对于刑事被害人，应当明确以下六点：

1. 被侵害的“合法权益”，包括荣誉与尊严、生命与健康、福利与财物等精神、身体、财产或其他方面合法的权利和利益。受到犯罪侵害的可以是其中一种或多种合法权益。

2. 在通常情况下，被害人是受犯罪行为直接侵害的人。不是受犯罪行为侵害的，或者犯罪行为虽对其带来危害，但不是受该犯罪行为直接侵害的人，都不是被害人。如杀人犯罪中，被犯罪行为直接杀伤的人是被害人，被杀伤人的子女虽然因其父母的被杀伤而蒙受损害，但不是该杀人案中的被害人。

3. 被害人一般是指自然人，即遭受犯罪行为直接侵害的公民。法人可否作为被害人，在我国诉讼法学界颇有争议。我们认为，法人可以成为被害人，其法定代表人有权以法人名义参加诉讼。这是因为：（1）法人是能够作为民事法律关系主体的社会组织，有一定的财产或经费，在一些犯罪案件中会遭受犯罪行为的直接侵害，与案件结局有切身的利害关系，因而有揭发、控告犯罪的积极性。（2）根据《刑事诉讼法》第 84 条和第 85 条的规定，机关、团体、企业、事业单位发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向司法机关提出控告和检举。如果它们因受到犯罪行为的侵害而提出控告和检举，无疑是以刑事被害人的身份行使这项权利和履行义务。（3）根据《刑事诉讼法》第 77 条规定，因犯罪行为而遭受物质损失的被害人，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。这种遭受物质损失的被害人，当然包括法人。（4）受到犯罪行为侵害的法人可以以被害人身分享有权利和履行义务。他们参与刑事诉讼，有利于保护法人合法权益，维护和发展我国的社会主义商品经济。

4. 被害人为自然人时，可能是成年人，也可能是未成年人（包括婴儿）；可能是精神正常的人，也可能是痴呆者、精神病人。

5. 刑事犯罪中，可能有被害人，也可能没有被害人。如某些反革命犯罪、危害公共安全罪、破坏社会主义经济秩序罪、渎职罪中，就不一定有被害人。

可能一案有一个被害人，也可能一案有数个被害人。

6. 被害人的属性是由犯罪行为造成的，具有不可替代性，不能因被害人死亡或不能正确表达而否定其被害人身分。《苏俄刑事诉讼法》第53条、第136条规定有关于认定公民为被害人的程序，我国法律未作这种规定。

被害人陈述，是指被害人就其了解的案件情况向司法机关所作的叙述。被害人陈述是我国刑事诉讼中的一种独立的证据。为了深刻理解被害人陈述，需要明确以下五点：

1. 刑事犯罪中虽然常有被害人，但是却不一定有被害人陈述，如被害人年幼、死亡或因伤残而丧失表达能力等。

2. 被害人陈述可以是被害人所作的语言、文字表达，也可以是被害人其他能被别人理解的意思表示，如聋哑被害人的手势、绘图等。

3. 被害人陈述的内容包括以下两个方面：其一是对犯罪人的揭发、检举，如有的被害人能够明确指控谁是犯罪人，有的则可以提供查获犯罪人的若干证据线索；其二是关于犯罪情况的叙述。有的被害人虽然不知道谁是犯罪人，但却了解犯罪的时间、地点、目的、手段、后果等，他们对这些情况所作的叙述是查破案件所不可缺少的。除上述两个方面外，被害人还可能提出如何惩处犯罪人的请求，但这无证明作用，不属于作为一种证据的被害人陈述。被害人对于被告人与本案无关的其他犯罪行为的揭发、检举，也不属于被害人陈述这种证据，而是证人证言。所以，被害人陈述不是指被害人所作的一切叙述，而仅仅是指其关于受到谁的犯罪行为侵害以及有关犯罪情况的叙述。

4. 被害人陈述，既包括公诉案件中作为被害人的陈述，也包括附带民事诉讼中作为“原告人”和自诉案件中作为“自诉人”的被害人的陈述。

5. 被害人陈述以口头陈述为主，必要时也可采用书面形式。

英美法系与大陆法系各国以及日本和我国的港澳台地区，都把被害人陈述视为证人证言。其实被害人陈述与证人证言并不完全相同。苏联于1958年颁布实施的《苏联和各加盟共和国刑事诉讼纲要》和以后各加盟共和国共同制定的刑事诉讼法典中，刑事被害人陈述不再被视为证人证言，而是苏维埃刑事诉讼中一种独立的证据。我国《刑事诉讼法》亦然。被害人陈述与证人证言的主要区别是：

1. 陈述的主体不同。被害人陈述是受到犯罪行为直接侵害的人，将其受到犯罪行为侵害的情况向司法机关提供的；而证人证言则是没有受到犯罪行为直接侵害的第三者，将其所了解的案件情况向司法机关提供的。

2. 被害人陈述包括被害个人和法人的陈述，而被害法人的陈述具有综合

性、间接性，因为它是由法定代表人因职务关系所了解的被犯罪侵害情况，向司法机关所作的叙述，常是经过法人大量调查研究并在汇总整理的基础上提供的。证人证言不具有这种特点。如果法人的法定代表人以个人名义陈述直接感知的案件情况，则他的陈述不是被害人陈述，而是证人证言。如果他故意作伪证，应由本人承担法律责任。

3. 收集的难易不同。被害人陈述一般比证人证言容易收集。因为不仅国家的刑事法律对保护公民的人身权利、民主权利，保护公民和法人的合法财产以及其他合法权益有着明确的规定，而且刑事诉讼法也赋予其广泛的诉讼权利，这就为确保被害人及时、有效地揭露、证实犯罪提供了条件。公民或法人受到犯罪行为侵害后，为了维护自己的合法权益，一般都迫切要求司法机关及时揭露、证实犯罪，惩罚犯罪人，同时普遍有着协助司法机关查破案件的极大积极性和主动精神。因此，大都能及时、准确地提供受到犯罪侵害的情况，揭发、检举犯罪人。当然，也有一些案件，如某些强奸、重婚、诈骗、抢劫案件，被害人出于种种个人顾虑而不敢或不愿揭发、检举犯罪。如某市强奸案件被害人不告发的占此类案件的三分之一。又如，有些工矿企业由于管理制度混乱，不知已经受到犯罪行为的侵害，案发后又怕负责任而不愿揭发、证实犯罪。

4. 故意作虚伪陈述的法律后果不同。被害人如果捏造犯罪事实，意图陷害他人，使他人受到刑事处分而进行诬告，应承担《刑法》第 243 条规定的诬告罪的刑事责任。证人在侦查、审判过程中故意提供虚假证言，意图陷害他人的，则应承担《刑法》第 305 条规定的伪证罪的刑事责任。

被害人陈述与证人证言之所以有上述区别，是由于被害人与证人同犯罪的不同关系、不同的心理状态以及在刑事诉讼中不同的诉讼地位决定的。了解上述这些区别，有利于进一步认识被害人陈述的证据意义。

（二）被害人陈述的意义

由于被害人是犯罪行为直接侵害的对象，因此，被害人一般对案件事实比其他人（除被告人外）了解得更清楚、具体，而且记忆深刻。特别是在强奸、流氓、仇杀、伤害、诈骗等案件中，被害人与犯罪分子大都有过直接接触，他们不仅了解犯罪的时间、地点、手段、过程、后果，而且还能了解犯罪分子许多具体情况，如犯罪分子的性别、年龄、身高、衣着、体貌特征、言谈举止等。有的被害人因同犯罪人有过交谈，可以提供犯罪分子的作案动机、目的。有的被害人在同犯罪分子斗争中，可能使犯罪分子受到损伤，而在其身上留下特殊标记。有的被害人甚至可以明确告发谁是犯罪人，等等。这一切，都使被

害人陈述对于司法机关判断案件性质，确定侦查方向和范围，收集、核实其他证据，揭露犯罪和证实犯罪，有着特别重要的作用。随着社会主义法制宣传、教育工作的深入开展，人民群众将进一步学会运用法律武器同犯罪作斗争。因而，被害人陈述的证明作用，也将越来越为人们所理解和运用。

（三）被害人陈述的诉讼特征

被害人陈述是法定的一种独立的证据种类，它具有其固有的诉讼特征：

1. 在犯罪分子与被害人人身直接接触的刑事案件中，被害人是最了解案件情况的人。因此，被害人陈述可能是直接证据的最重要来源。尤其在强奸案，奸淫幼女案中，被害人陈述成为反映案件事实的主要证据来源。

2. 被害人因自身直接遭受犯罪侵害，往往因案发当时精神处于高度紧张状态，而影响正常的观察判断能力，导致心理错觉，尤其是在夜间发生的强奸，抢劫，伤害，流氓等暴力犯罪案件，可能带有相当的主观色彩，因而其陈述难免有失实之处。

3. 被害人是犯罪行为所造成的损害后果的直接承受者，且同案件的诉讼结果往往也有一定的利害关系。这种特殊的法律关系决定了被害人一般对犯罪分子都无比痛恨，心理需求结构中除要求获得因犯罪所造成的损害赔偿要求外，往往还有严惩犯罪的偏激情绪，这种情绪越接近案发时间越明显。因此，在被害人的案发早期陈述中，常常会夸大犯罪事实或情节，甚至将无罪说成有罪。这一特点在其他证据中较为少见。

4. 被害人陈述是一种独立的证据种类，它是以被害人的陈述作为证据存在的表现形式，故具有证据来源主体的不可替代性。即只有被害人本人可以提供这种表现形式的证据，其他任何人不能替代成为这种证据的来源主体。这一证据来源主体的唯一性较之物证，书证，视听资料等证据来源主体的非唯一性构成其重要的言词证据的诉讼特征。

（四）被害人陈述的诉讼价值

作为一种独立的诉讼证据，被害人陈述除具有同其他诉讼证据所共有的一般诉讼价值外，还具有其特有的诉讼作用：

1. 被害人陈述往往能为诉讼提供重要的直接证据来源，从而为迅速确定作案对象创造有利的条件。

2. 被害人陈述是验证被告人口供的重要证据材料，它能促使被告人在事实和证据面前认罪服法。

3. 被害人陈述是对被告人进行法制宣传教育的最好材料，让被告人从被

害人的亲口陈述中感受到自己的犯罪行为给被害人造成的心灵创伤，有利于促使被告人认罪服法。

二、被害人的权利与义务

（一）公诉案件的被害人的权利与义务

根据我国刑事诉讼法的有关规定，公诉案件中的被害人，既不是一方当事人，也不是证人，而是具有独立诉讼地位的一种诉讼参与人，享有以下权利：

1. 根据《刑事诉讼法》第84条、85条的规定，被害人有权就自己了解的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，按照《刑事诉讼法》第18条规定的管辖范围，向公安机关、人民检察院或者人民法院提出控告和检举。控告、检举可以用书面或者口头提出。被害法人的控告、检举，宜用书面形式，并应由其法定代表人签名或盖章和加盖单位公章。

2. 根据《刑事诉讼法》第85条第3款的规定和最高人民法院、最高人民检察院《关于审理强奸案件应慎重处理被害人出庭问题的通知》，提出控告、检举的被害人有权要求司法机关保护其权利不致继续遭受侵害。被害人如果不愿公开自己的姓名，在侦查期间，有权要求为她保守秘密。人民法院开庭审理强奸妇女和奸淫幼女案件时，被害人不愿出庭的，有权要求司法机关依照《刑事诉讼法》的规定，当庭宣读被害人陈述笔录或亲笔书写的陈述材料；被害人与被告人素不相识的，在当庭宣读被害人的陈述笔录或亲笔书写的陈述材料时，应参照《刑事诉讼法》第85条的规定，不公开被害人的姓名。对于这种允许被害人不出庭的规定，有的法学者持有异议，认为这不利于法庭调查核实证据、查清案件事实，不利于维护被告人的合法权益。我们认为，上述不足之处，可以在充分听取被告人及其辩护人的意见后，由司法机关再行调查、核实，予以弥补。

3. 根据《刑事诉讼法》第86条的规定，公安机关、人民检察院或者人民法院接受被害人的控告后，如果不予立案，应将不予立案的原因通知控告的被害人。被害人如果不服，可以申请复议。

4. 根据《刑事诉讼法》第144条、第145条的规定，人民检察院对被告人决定不起诉时，应当把不起诉决定书送交被害人。被害人如果不服，可以在收到后7日内向人民检察院申诉。人民检察院应当将复查结果告知被害人。

5. 根据律师法的规定，公诉案件的被害人有权委托律师担任他的代理人，参加诉讼。

6. 根据《刑事诉讼法》第77条的规定，公诉案件的被害人有权提起附带

民事诉讼。提起附带民事诉讼的被害人，称为附带民事诉讼原告人，同时享有民事诉讼一方当事人的权利。

7. 根据《刑事诉讼法》的规定，在法庭审理阶段，被害人有权参加证据调查。在审判人员审问被告人后，经审判长许可，可以向被告人发问。法庭调查后，被害人有权在公诉人发言后发言，并参加法庭辩论。

8. 根据《刑事诉讼法》第 9 条的规定，在刑事诉讼过程中，被害人如果不通晓当地通用的语言文字时，有权要求司法机关为他提供翻译。

9. 根据《刑事诉讼法》第 203 条的规定，被害人对已经发生法律效力的判决、裁定，如果不服，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉。

公诉案件的被害人应该履行的法律义务主要是：

1. 根据《刑事诉讼法》第 84 条的规定，在发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人后，向公安机关、人民检察院或者人民法院提出控告和检举，既是被害人的权利也是被害人的义务。法律不允许被害人与犯罪分子“私了”严重的刑事犯罪案件。

2. 根据《刑事诉讼法》第 47 条、第 85 条的规定，被害人不得捏造事实、伪造证据、隐匿证据或者毁灭证据。否则，将受法律追究。

3. 根据《刑事诉讼法》第 161 条的规定，在法庭审判过程中，被害人应该遵守法庭秩序，听从审判长的指挥。

（二）自诉案件的被害人的权利与义务

根据我国《刑事诉讼法》的有关规定，特别是《刑事诉讼法》第三编第二章第二节的规定，被害人在自诉案件中是一方当事人，既享有当事人的各项诉讼权利，也应履行当事人的诉讼义务。需要特别指出的是：

1. 作为自诉人的被害人，有提出证据的权利，同时也负有举证责任。缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，经人民法院调查又未能收集到必要证据的，人民法院劝说其撤诉而不撤诉时，就要承担人民法院裁定驳回的后果。

2. 自诉人在人民法院宣告判决以前，有权同被告人自行和解或者撤回自诉。

3. 自诉案件的被害人，在犯罪追诉时效期限内均有权自诉。国外立法对被害人提起自诉的期限多有限制，如《奥地利刑事诉讼法》第 46 条（1）规定：被害人“有权自诉者，须从其得知犯罪行为和作案嫌疑者之日起，在六个星期之内提出追诉申请，否则，丧失其告诉权”。《南斯拉夫刑事诉讼法》第 52 条规定：自诉人必须在“三个月内提出告诉”。《日本刑事诉讼法》第 235 条

对控告期规定："亲告罪中的控告，自得知犯人之日起过六个月之后，不得提出。"我国自诉人告诉与司法机关追究犯罪统一受刑法追诉时效的限制，没有另行规定告诉期限，更有利于保护被害人的合法权益。

三、国外及台湾地区关于被害人陈述立法

（一）英美法系国家关于被害人陈述的规定

在英美法系国家，被害人实际上处在证人的诉讼地位。所以，英美法系国家的诉讼证据体系中没有将被害人陈述作为一种独立的证据形式，而是将被害人陈述视作证人证言。

（二）大陆法系国家关于被害人陈述的规定

在大陆法系国家，被害人也不是独立的证据来源主体。被害人所作的陈述，作为一种证据，被归入证人证言这种独立的证据形式当中。

（三）港、澳、台湾地区

港、澳、台地区的证据法律制度在很大程度上受英美法系和大陆法系国家及地区的证据制度的影响，故港、澳、台地区也将被害人陈述纳入证人证言范畴。诉讼中，被害人并不能作为一种独立的证据来源，而是以案件证人的身份向司法机关陈述案情或出庭作证。

（四）前苏联及原东欧国家

前苏联的证据制度如其法律制度一样，不仅对我国建国初期的司法制度建设有一定的影响，而且还影响到东欧一些国家的证据制度。前苏联于1958年颁布实施的《苏联和各加盟共和国刑事诉讼纲要》和以后各加盟共和国制定的刑事诉讼法典中，将刑事被害人的主体地位同证人的主体地位加以区别，并将被害人所作的陈述作为一种独立的证据形式加以肯定。从此，被害人陈述从证人证言中分离出来，成为苏维埃刑事诉讼中的一种独立的证据。

第六节　当事人的陈述

一、当事人陈述的概念和意义

（一）当事人陈述的概念

当事人的陈述，是指当事人在诉讼中就有关案件的事实情况向人民法院所

作的叙述。

本章所讲的当事人陈述，既包括民事诉讼中的当事人陈述，也包括行政诉讼中的当事人陈述。而且，这里所讲的当事人，是指广义上的当事人，即是除诉讼中的原告和被告以外，还包括有独立诉讼请求权的第三人和无独立诉讼请求权的第三人以及共同诉讼人。我国《民事诉讼法》和《行政诉讼法》所规定的证据种类，都把当事人的陈述作为一种独立的证据。所以，本章专门对这种证据进行理论探讨。

关于当事人在诉讼中的陈述能否作为证据的问题，在我国，根据上述的诉讼立法以及有关的理论论证，已经是无可争辩的问题。但是在一些资本主义国家，则有人持反对意见，不同意把当事人的陈述作为一种证据对待。他们所持的主要理由是：第一，当事人陈述的内容十分广泛，除有关事实情况的陈述外，还包括有关诉讼请求的陈述，对事实的法律评断，为了支持自己的主张而提出的各种理由、论据，应当适用什么法律的意见，乃至各种申请，等等。显然，有关诉讼请求，论证自己主张的理由，对事件的法律评断等，都不是对案件事实本身的陈述，对查明案情真相并无意义，不能作为证据。第二，当事人在诉讼中即使是对本案事实情况的陈述，由于他的诉讼地位所决定，也很难确保其真实性。因为诉讼当事人同案件的审理结局有着切身的利害关系，他们基于利己主义的动机，为了获得胜诉，不可避免地会掩盖不利于己的事实，甚至歪曲事实，编造谎言，作虚伪的陈述。当事人的这些陈述，对于查明案情真相也无多大补益。所以，也不能作为证据使用。第三，当事人关于特定的事实，向法院说明其存在或不存在，应否予以认定的陈述，应是证明的对象。

资本主义国家由于对当事人陈述较普遍地采取上述认识，反映在立法上，都是不作为一种独立的证据规定在证据的章节中，而是把当事人的陈述和承认（当事人陈述的特殊形式）与它们诉讼中实行的自由处分原则和辩论原则结合起来，规定在言词辩论之中。同时规定，当事人在正式陈述中对他方当事人所主张的事实或提出的诉讼请求加以承认，可以发生相应的法律效力：若承认他方当事人所主张的事实，即免除该当事人的举证责任；若承认他方当事人的诉讼请求，即可导致法院直接判决该当事人胜诉的结果。

我国的诉讼理论工作者，分析研讨了上述关于不把当事人陈述当作一种证据的理由，认为他们的看法虽然有一定的道理，但却对当事人陈述缺乏全面的分析，以至抹煞了它应有的证据意义。因为，正是由于当事人所处的地位，决定了他们的陈述所反映的案件事实，最为直接、具体、全面和系统化，所以他们就有关案件情况的陈述，有利于审判人员借以查明案件的事实真相，为顺利

和正确地处理案件奠定了基础。具体地说，这是因为：

第一，诉讼中的当事人，也是发生争执的实体法律关系的主体。由于当事人是实体法律关系的参加人，是案件事实的导演和扮演者，实体法律关系之所以产生、变化和终止，大都是因为当事人本人实施了某种行为（作为或不作为），有关的情况大都是他们亲身经历过的，并且往往直接掌握着涉及这些事实的证据。这就决定了当事人比起其他任何局外人，包括证人和鉴定人更了解有关案件事实真相。证人只不过是知道案件情况的局外人；鉴定人也只是研究了有关材料，并应用科学技术知识，才对案件中的专门问题作出结论的。证人证言、鉴定结论都能在诉讼中作为证据使用，而了解和掌握事实情况更直接、更全面的当事人所作的陈述，却不能作为证据对案件事实发挥其证明作用，在道理上是说不通的。

第二，认为当事人是发生争议的法律关系的参加人，与案件结局有着切身的利害关系，这往往妨害他们在陈述中实事求是地说明案件事实，因而其陈述不能作为证据使用。这种说法也是片面的。如果这个理由能够成立，那么，与民事诉讼和行政诉讼当事人的诉讼地位相类似的刑事被告人的供述与辩解，被害人的陈述等，在刑事诉讼中也就不能作为证据使用。因为刑事诉讼中的被告人和自诉案件中的自诉人也是当事人，公诉案件中的被害人虽不是当事人，但受到了犯罪行为的侵害，他们都与案件结局有着切身的利害关系，其陈述同样存在着虚假的可能性。但刑事诉讼理论并没有因此而对被告人和被害人的口供或陈述可以作为证据持否定态度，为什么惟独对诉讼地位相似的民事诉讼与行政诉讼当事人的陈述，在其证据意义上要持否定态度呢？而且，民事的或者行政的诉讼当事人，尽管与案件结局有利害关系，尽管他们陈述的内容有虚假的可能性，但是，这可以通过教育，提高其觉悟，端正其态度予以解决。除此之外，更应该看到当事人陈述的主流。当事人涉讼以后，大都希望能得到法院公正、正确和合法的判决，因而，一般是能够做到实事求是地对有关事实进行陈述，以协助法院迅速查清案情。所以，对当事人的陈述，绝不能因噎废食，害怕有可能说假话，而不敢作为证据使用。正确的做法应当是：看到当事人陈述的二重性，防止它消极的一面；同时通过教育启发他们的觉悟，发展其积极的一面，使他们对案件事实作出实事求是的陈述。这样，才有利于迅速地查明案情，有利于正确、及时地处理案件。所以，当事人陈述是具有证据属性的，其证明作用是显而易见的，作为一种证据使用有利而无害。

正是由于以上的原因，我国不论《民事诉讼法》还是《行政诉讼法》，都对当事人陈述采取肯定的态度，将它作为一种独立的证据规定在证据种类之

中。这个作法是必要的、正确的。

在论述当事人陈述为什么能作为一种证据的同时，也应当指出，并不是当事人的任何陈述都是证据，都能起证明作用。因为，如上所述，当事人陈述的内容各种各样，如果加以划分，起码包含如下的一些内容：(1) 关于案件事实的陈述；(2) 关于诉讼请求的说明和案件处理方式的意见；(3) 对证据的分析和应否采用的意见；(4) 对系争事实的法律评断和适用法律的意见；等等。当事人陈述中所包含的上述各种不同的内容，都有一定的目的，希望在诉讼中起不同的作用或影响。但是，能起证明作用，可以作为证据使用的，只有上述第一项的内容。即关于案件事实的陈述，包括涉及实体法律关系的各种事实，民事纠纷或行政纠纷的发展经过，以及其他对正确处理案件有意义的事实的陈述。除此以外的其他各项，比如关于诉讼请求，对证据的分析，对事实的法律评断或对法律适用等的意思表示，这些陈述，不能作为证明案件事实的根据，也就不能作为证据。因此，不能笼统地认为当事人的陈述都是证据。

据上所述，能够作为证据使用的当事人陈述，只限于与案件有关的事实情况的陈述。只要当事人陈述的内容是关于事实情况方面的，不论是说明某种事实的存在，是承认或否定对方所提出的事实，或者是叙述其他对认定案情有意义的情况，都包括在当事人陈述这一证据的含义之中。

（二）当事人陈述的特点

民事和行政诉讼中的当事人陈述和刑事诉讼中的被害人陈述及被告人口供有相似之处，具有“利己性”、“真实性”、“争辩性”三大基本特点。

第一，“利己性”。在民事和行政诉讼中的当事人，无论是提起诉讼还是参加诉讼，都希望自己的诉讼主张能得到人民法院的支持，获得胜诉。因而，当事人在通常情况下，总是对案件的事实从有利于自己的角度出发进行陈述。于是可能扩大某些客观事实，也可能缩小某些客观事实，甚至还可能编造假事实。例如，甲和乙是好朋友，乙的弟弟是个体运输户，因车坏需要修理便向乙借款5000元，乙自己拿不出钱，便向好友甲借了5000元交给其弟。过了一年多，乙仍不还款，甲只好诉之法院。由于甲乙原是好友，故甲借钱给乙时，不好意思要乙写借条。甲向法院提供了多名证人，他们都证明甲借款5000元给乙的事实。乙在法庭上否认曾向甲借款，并说甲的那5000元钱是向其弟购车的款，因为甲要买其正在修理的那辆汽车。后查明，甲乙两人均住上海市，而乙之弟住温州市。乙之弟的汽车修理后曾开到上海来卖。但放了一年多未能卖掉。乙之弟又把车开回温州去了。如果乙之弟是把汽车卖给甲，他无权再把车开走。乙之弟把汽车开回温州去的事实，证明乙关于甲的那5000元款是向其

弟购车的款的陈述是编造的，是假的。

第二，“真实性”。民事、行政法律关系的产生、发展和消灭，都离不开当事人的法律行为。当事人对系争法律事实比任何人都更清楚。当事人在其合法权益遭受侵害时，为了维护自己的合法权益，请求法律保护，一般情况下能够如实向法院陈述案件的有关事实。在某种情况下，对于另一方当事人陈述的与己不利的事实，而这些事实又是实际的情况下，可能加以承认，并用明确的语言或文字表达出来。如果只是对与己不利的事实没有进行辩解、反驳、予以否定，不能视为当事人的承认。当事人承认是当事人陈述的重要组成部分。当事人承认具有多样性。从空间上看，有法庭上的承认，也有法庭外的承认。从方式上看，既有口头的承认，又有用文字表示的承认。从内容上看，有的是全部无条件承认；有的对对方当事人的陈述只承认部分，比如，甲从乙处购得五套模具，甲诉乙提供的五套模具质量都不合格，乙只承认其中两套有质量问题；有的对对方当事人陈述作有限制的承认，比如，王某诉李某借款1万元至今不还，李某确认曾向王某借款1万元，但已还八千元，尚欠二千元未还；还有的对对方当事人的陈述作附带条件的承认，比如，朱某承认曾把不合格的产品卖给赵某，但赵某没有在法定期限内提出产品的质量问题异议，现在已超过法定期限，不予负责。

我国法律对当事人在法庭之外的承认，没有作限制性的规定，只要当事人在诉讼中提出来，都可以作为一种证据加以审查，但不能作为免除举证责任的根据。

当事人对诉讼的承认和对诉讼证据的承认是不同的。前者是指被告承认原告的诉讼实体请求，或者被反诉人承认反诉人的诉讼实体请求。这种承认，不仅是一方当事人确认对方当事人提出的有关案件的事实，而且也确认了根据这些事实所产生的法律关系。如果没有足以推翻这些事实的反证，又不违背法律、法令，即可判被告人败诉。诉讼代理人承认对方当事人的诉讼请求，必须要有代理人的特别授权，否则是不允许的，无效的。后者，作为对诉讼证据的承认，是指当事人在诉讼中承认对方当事人提出的不利于自己的证据的真实性。法院据此确认这项证据的确实性，即可作为定案的根据。

司法实践表明，在通常情况下，当事人是不会承认对自己不利的假事实，因此，当事人承认，是当事人陈述真实性的重要形式。

第三，“争辩性”。由于当事人对案件的结果存在法律上的利害关系，为了获得对自己有利的结果，在利己的动机驱使下，在诉讼中对于与己不利的事实，总是千方百计提出不同意见，以求否定其部分或全部，甚至“无理也要争

三分”。

争辩性主要表现为辩解和反驳两个方面。辩解，不仅是对起诉方不当之处的申辩和解释，而且有推卸自己的法律责任，把过错推给对方的无理狡辩。比如，甲诉乙产品质量不合格，乙就辩称，并不是产品质量有问题，而是你使用不当。反驳是直接对与己不利的事实，进行举证辩论。反驳是双方当事人都可拥有的行为。可以是被告人针对原告人的起诉提出的事实，也可以是原告针对被告答辩所提出的事实。反驳可能是以真揭假，也可能是以假乱真，但是争辩结果是真的假不了，而假的也真不了。真实的事实必然要揭穿虚假的事实。当事人双方的争辩，有利于法院审判人员实现“兼听则明”，有利于作出公正判决。

（三）当事人陈述的意义

由于民事诉讼和行政诉讼的当事人既是诉讼主体，又是发生争议、正在法院审理中的案件的实体法律关系的当事人，他们对案件的事实情况，一般都亲身经历过，掌握着一定的证据材料，因而比别人更了解案件事实的真相。他们在争讼中为了能获得有利于自己的判决，常常主动地向法院陈述案件事实的来龙去脉，并积极提供有关的证据材料。所以，当事人陈述在诉讼中的证据意义和证明作用是十分明显的。主要表现在：

1. 当事人陈述是最容易收集的一种证据，也是任何民事案件或行政诉讼案件都必然会有的一种证据。这就为法院调查了解有关案件事实首先铺开了道路，提供了前提。原告人向法院起诉时，在提出诉讼请求的同时，必然要提出有关的事实情况作根据。被告人进行答辩时，也将具体地提出答辩所根据的事实和理由。第三人申请参加诉讼，应当提出自己对当事人正在争议的诉讼标的具有独立请求权的事实，或者说明与案件处理结果有法律上利害关系的根据，等等。上述当事人在起诉、应诉或参加诉讼时所提出的诉讼请求和有关的事实，不仅为法院明确了证明对象，而且便于法院把这些对案件事实的系统陈述加以互相印证，借以了解案件的事实真相。这对于法院迅速查明案情，无疑有很大的作用。以后，随着对当事人的进一步询问，当事人就有关案件事实的进一步陈述，审判人员对案情的了解也将随之逐步深入。

2. 当事人陈述可以提供收集证据的信息。当事人不仅掌握一定的证据材料，而且了解一些与案件有关的证据。通过当事人的陈述，依法对当事人进行讯问，当事人不但能就案件的事实情况作出实事求是的陈述，提供有关的证据，而且还可以提供有关的证据线索。这样，就有利于审判人员扩大视野，发现和收集应予收集的证据，为查明案情取得充分的证据。

3. 当事人在陈述中如果有承认（稍后详谈）的内容，有利于迅速结束诉讼。当一方当事人所主张的事实在诉讼中为另一方当事人所承认，经审查，如果认定这种承认既不是在欺骗、引诱、威胁的情况下作出的，也不存在双方串通意图侵害国家利益以及案外其他人合法权益的情况，而且与案内其他证据所证明的事实相一致，人民法院就可以接受，并用作定案的根据。这就更有利于纠纷的及时解决，防止人力、物力、财力的浪费。

二、当事人陈述的分类

与当事人的承认

（一）当事人陈述的分类

1. 根据当事人陈述的内容，可以分为有关案件事实情况的陈述和案件事实以外的其他陈述。这个问题，前面已经作了说明。作这种划分的目的，在于明确诉讼中当事人的陈述，只有涉及事实情况的陈述，才能作为证据使用，事实情况以外的其他一切陈述，都不具有证明作用，都不能作为证据使用。本章前后所论述的当事人陈述，都是指当事人就有关案件的特定事实所作的陈述，而不是泛指所有的陈述。

2. 以当事人陈述的形式为标准，可以分为书面陈述与口头陈述。书面陈述是当事人将有关案件的事实情况，用书面的形式记载下来，递交法院。比如诉状中和答辩状中有关事实情况的叙述以及递交的补充书面陈述。口头陈述是当事人对有关的案件事实情况，采用言词形式（即口语）所进行的陈述。在审判人员就地找当事人调查，或者在开庭时，当事人到庭参加审理，说明有关的案件事实，就是采用言词方式。口头陈述常常是通过一问一答的方式进行。书面陈述与口头陈述可以交互使用。书面陈述一般比较缜密，但有可能是请别人（如律师）代写的。在审判人员面前进行口头陈述时，审判人员可以即时发问，让当事人予以回答，便于逐步深入，使当事人提供更充分、具体的事实材料。所以，对比起来，口头陈述更为朴实，容易见真情。这就是为什么法律规定法庭开庭审理时要通知当事人到庭，并且要求其亲自陈述的道理。

3. 以当事人陈述的性质为标准，可以分为确认性陈述、否定性陈述与承认性陈述。

确认性陈述是当事人举出一定事实作根据，说明争议的实体法律关系存在的陈述。基于这种陈述，一般都是请求法院作出保护自己合法权益的判决。例如，在法院审理的关于某男是否为某婴儿的生父的案件中，某妇女提出一系列事实，据以说明某男就是某婴儿的生父。该妇女的这种陈述，即为确认性陈

述。经审理如果确认其陈述属实，案件事实有确实充分的证据证明，法院就要以判决确认某男和某婴儿的血缘关系，某男就要依法对某婴儿担负抚养、教育的义务。

否定性陈述，是指当事人在诉讼中列举事实否认争议的某种法律关系存在的陈述。比如关于否认有收养关系的陈述。

承认性的陈述，是指一方当事人对他方当事人所提出的事实或诉讼请求，明确表示予以承认的陈述。由于有的国家对承认的法律后果有专门的法律规定，对诉讼的结局影响很大，很有必要对此进行介绍。

（二）当事人的承认

民事和行政诉讼当事人提起诉讼或者参加诉讼，大都希望获得胜诉使自己的合法权益得到审判上的有效保护。因此，当事人在诉讼中通常总是尽量从有利于自己的方面进行陈述，并对相对方的主张和所根据的事实、理由，极力加以辩驳。但是，也有这样的情况，即当事人一方对另一方关于不利于己的陈述，在答辩中不予辩驳，而加以承认，肯定其真实性。这就是当事人的承认。它是陈述的一种特殊形式，与确认性陈述和据理反驳形成鲜明对照。前者基本上属于“利他”的陈述，而后者则是属于“利己”的陈述。

当事人的承认，在我国法律上没有特殊规定，与当事人的陈述一样，都必须经过查证属实，才能采用，才能作为判决的一种根据；不经查证属实都不能作为处理案件的依据。但是，当事人承认在资本主义国家则具有特殊的法律意义。因为，在资本主义国家，普遍地认为民事法律关系是一种“私权”关系，即平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系。而“私权”是“神圣不可侵犯”的，是可以由当事人“自由处分”的。因私权发生纠纷而涉讼，则为民事诉讼。民事诉讼之争实际就是私权之争。与“私权”性质相适应，在民事诉讼中也就确立了当事人自由处分原则和辩论原则。根据这些原则，既然允许当事人在诉讼中有权进行和解、撤诉、变更或者放弃诉讼请求，自然也应当确认当事人承认的法律效力。这样，近现代资本主义国家在民事诉讼的立法上，就把当事人在诉讼中的承认，与自由处分原则、辩论原则紧密地结合在一起，规定凡诉讼上的承认，对法院都有约束力。即是只要一方当事人承认他方当事人所主张的不利于己的事实，即可免除他方当事人的举证责任；如果承认了原告的诉讼请求，即可导致法院直接判决原告胜诉。在此情况下，法院既不能审查其承认，也不能拒绝其承认而不作判决。

我国台湾地区的法律也依照西方资本主义国家的立法，规定了当事人的承认制度。下面对此作必要的介绍。

台湾立法对当事人的承认，也分对事实的承认和对诉讼请求的承认。对系争事实的承认，称自认；而对诉讼请求（即诉讼标的）的承认，则称认诺。承认的性质不同，其法律效力也不一样。例如台湾民事诉讼法第279条规定："当事人主张之事实，经他造于准备书状内或言词辩论时或在受命推事、受托推事前自认者，无庸举证"，即产生免除举证责任的效力。而该法第384条规定："当事人于言词辩论时为诉讼标的之舍弃或认诺者，应本于其舍弃或认诺为该当事人败诉之判决。"就是说，认诺诉讼请求，即要遭致判决败诉的后果。这些规定说明，自认即对系争事实的承认，是同辩论原则联系在一起的，将导致对案件事实的直接确认；而认诺即对诉讼标的或诉讼请求的承认，则与其实行的自由处分原则联系在一起，所以，一有认诺，即可成为判决败诉的依据。从证据理论的研究来说，注意区分当事人承认的不同性质是必要的，因为两者的法律后果不同。对系争事实的承认，虽然免除了主张该事实的当事人的举证责任，但并不必然导致承认一方得到败诉的判决。

台湾立法还根据自认的方式，分为明示自认与拟制自认。明示自认系指："凡当事人一造所主张之事实，于他造当事人不利，而他造于诉讼上为承认此事实之陈述者……。"① 此种自认的陈述，须"于准备书状内或言词辩论时，或在受命推事、受托推事前"为之。所谓拟制自认，是把当事人在诉讼中的某种表现视同自认。如该法第280条规定："当事人对于他造主张之事实，于言词辩论时不争执者，视同自认。"因而拟制自认也叫默示自认或准自认。拟制自认的效力，原则上与明示自认相同。其稍有不同的地方，在于明示自认，一般不允许任意撤销；而拟制自认在言词辩论终结前，允许随时提出异议，使其失去自认的效力。

根据当事人进行自认的场合划分，有诉讼上的自认与诉讼外的自认。诉讼上的自认是指当事人的承认是在递交法院的诉状内、在言词辩论中或者在承办该案件的审判人员面前进行的，所以也叫审判上的承认。当事人在不出庭的情况下，依照法律规定的要求，用书面形式，或者通过合法代理人所为的自认，也视同诉讼上的自认。诉讼外的自认，是指当事人在法院外对不利于自己的系争事实所表示过的承认，例如当事人在往来书信中，或者在与人交谈中所表示过的承认。但是，当一方当事人将他方当事人在诉讼外的承认提供给法院，在审判时他方当事人又确认了这种承认，此时，诉讼外的自认也就取得了诉讼上自认的性质。按台湾民事诉讼法的规定，只有诉讼上的自认才能发生法律效

① 《云五社会科学大辞典》，第六册《法律学》第80页。

力；诉讼外的自认不发生法律效力，但是可以作为证据予以酌定。诉讼外的承认，根据其是书面表述还是口头表述的不同，其证据价值也有所区别。如果作出的是书面承认，并且有本人的签名，把它收集起来，就具有书证的作用。如果仅是口头表述，其证明力则较弱，要确认这种承认，还应通知有关证人佐证。

自认的主体，首先是当事人本人（包括原告、被告和第三人）及其法定代理人。但是，诉讼代理人或辅佐人也可代为自认，这种代为自认，如未经当事人及其法定代理人即时撤销，同样产生自认的效力。

当事人对自己已经自认的事实表示反悔，可否撤销自认的问题，台湾的法律也作出了规定。原则上一经自认，当事人即应受其拘束，除有可得撤销的情形外，不得任意撤销。可得撤销的情形有：(1) 自认的当事人，证明其所作的自认系出于错误而与真实情况不符的；(2) 他方当事人同意撤销的；(3) 自认系由于被欺诈、胁迫或他人有刑事上应罚之行为而作出的；(4) 诉讼代理人、辅佐人代为自认而未经授权的。为了防止轻率地自认，当事人提出撤销自认的要求，需经法院审酌情况决定是否同意。

以上关于我国台湾地区对自认的规定，与大陆司法实践中对待承认的作法显然是不同的。由于海峡两岸人员近年来交往日益增多，经济、贸易关系不断发展，如果发生了民事、经济纠纷，也可能诉讼到台湾地区的法院。因此，了解该地区的自认和认诺制度，将有利于防止失误，遭受不利判决的后果。

三、国外及台湾地区当事人陈述的理论

（一）资本主义国家关于当事人陈述的理论

关于当事人陈述能否作为诉讼证据，就世界范围而言还有很大的争议，并没有形成共识。在一些资本主义国家中，有些人反对把当事人陈述作为一种独立的诉讼证据运用。某理由是：第一，当事人同案件的处理结果有着切身的利害关系，基于他们的利己动机，往往扩大或者缩小有关事实，甚至歪曲事实、颠倒黑白、作虚假陈述，这种陈述对查明案情没有多大好处，不能作为诉讼证据使用。第二，当事人陈述的内容很广泛，有关诉讼请求，论证自己诉讼主张的理由，对事实的法律评判等，对于查明案件事实毫无意义，不能作为诉讼证据。第三，当事人就某些特定的事实，向法院说明其是否存在，是否予以认定的陈述，应是证明的对象。

鉴于资本主义国家对当事人陈述的上述认识，因而大多数国家在立法上，不把当事人陈述作为一种独立的诉讼证据加以规定，而只是把当事人的陈述与

它们在诉讼中实行的自由处分原则和辩论原则结合起来，规定在言词辩论之中。

关于当事人的承认，在资本主义国家普遍认为民事法律关系是一种“私权”关系，公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系，是平等主体的关系。“私权”是可以由当事人自由处分的。近代资本主义国家在民事诉讼的立法上，就把当事人在诉讼中的承认和处分原则以及辩论原则联系在一起，规定凡诉讼上的承认，对法院都有约束力。当事人承认对方提出的与己不利的事实，就可以免除对方当事人的举证责任；被告承认原告的诉讼请求，法院即可直接判决被告败诉。资本主义国家法律赋予当事人承认具有特殊的法律意义。法院无权审查当事人的承认，也无权拒绝当事人承认而不作判决。

（二）我国台湾地区关于当事人陈述的立法和理论

我国台湾地区的法律，仿照西方资本主义国家的立法，对当事人陈述没有作为独立证据使用。只是在人证的规定中有所涉及，但对当事人的承认作了较具体的规定。比如台湾民事诉讼法第 279 条规定：“当事人主张之事实，经他造于准备书状内或言词辩论时或在受命推事、受托推事前自认者，无庸举证”。该法第 384 条规定：“当事人于言词辩论时为诉讼标的之舍弃或者认诺者，应本于其舍弃或认诺为该当事人败诉之判决。”从上述规定中可以看出，台湾地区的法律把当事人的承认分为二种：一种对事实的承认，另一种是对诉讼请求的承认。前者称为自认，后者称为认诺。两者性质不同，因而产生的法律效果也不同。自认是对双方当事人系争事实的承认，同诉讼中的辩论原则联系在一起。自认可以免除对方当事人对该系争事实的举证责任，法院可以根据当事人的自认，对该事实直接确认。认诺是一方当事人对另一方当事人诉讼请求的承认。它是与自由处分原则联系在一起的。一旦当事人有认诺的明确表示，法院即可据以判决其败诉。从证据意义上说，认真区分当事人不同性质的承认，是必要的、有意义的。显然，对系争事实的承认，虽可免除对方当事人的举证责任，但并不一定要导致败诉。

在诉讼中，原告、被告和第三人以及他们的法定代理人，都可以自认。诉讼代理人也可代为自认，如果此种代为自认没有被当事人及其法定代理人及时撤销，同样产生自认的效力。

当事人要受自认约束，不得任意撤销。在某种情况下，经法院许可也可以撤销。台湾地区的自认和大陆对待当事人承认的作法是不同的。

第七节　刑事被告人的供述和辩解

一、刑事被告人供述和辩解的概念和意义

（一）刑事被告人供述和辩解的概念

在刑事诉讼中，凡是经公安机关、人民检察院立案侦查，收集到一定证据证明其有罪，并决定对其追究刑事责任的人，或者经被害人向人民法院控告其犯罪，由人民法院直接受理后加以传唤的人，都是刑事被告人。刑事被告人在诉讼中的地位是十分复杂的，他既是享有法定权利的诉讼主体，又是被追究刑事责任的对象。同时，根据我国法律的规定，他还是“被告人供述和辩解”这种证据的提供者。

被告人的供述和辩解，是指被告人在刑事诉讼过程中，就与案件有关的事实情况向司法机关所作的陈述，即通常所说的被告人口供。从形式上来说，被告人的供述和辩解一般表现为被告人向司法人员所作的口头陈述，但是，经过司法人员许可，被告人也可以自行书写成文字材料。写了书面供述和辩解的被告人，在审讯时，仍应口述。从内容来讲，被告人的口供一般由以下三部分组成：(1) 被告人的供述，即被告人向公安机关、人民检察院或人民法院承认自己有犯罪行为和关于犯罪具体过程、情节的叙述。(2) 被告人的辩解，即被告人否认自己有犯罪行为，或者虽然承认自己犯了罪，但有依法不应追究刑事责任以及有从轻、减轻或免除处罚等情况所作的申辩和解释；(3) 被告人对他人犯罪的检举，即对其他公民犯罪行为的揭发。需要说明的是，并非被告人的任何检举揭发都是被告人供述和辩解这种证据的组成部分。司法实践中，被告人检举揭发他人犯罪的情况很普遍，也很复杂。概括来说，可以分为两类。其一是对同案被告人（包括共同犯罪案件中的被告人和其他同案被告人）的检举揭发。这种检举揭发的内容与检举揭发者自己的犯罪行为有一定联系，可以在本案中当证据使用，因而属于被告人供述和辩解的组成部分。其二是对非同案被告人的检举揭发。例如，盗窃犯张某在侦查期间，揭发了其朋友某犯的强奸罪。这种检举揭发，从内容上讲，与本案的事实无关，不能作为证明本案的真实情况的证据使用，因而不属于“被告人供述和辩解”的组成部分。但是，检举揭发非同案被告人这一行为，经查证属实，则表明被告人认罪和悔罪态度较好，可以作为对被告人从宽处理的根据。

近几年来，无论在理论界还是在司法实践中，对于同案被告人的供述和辩解的问题，存在较多的争论。概括起来说，大致有三种观点：第一，认为同案被告人兼有被告人和证人双重身份，他就自己的问题所作的陈述，属于被告人供述和辩解，就同案被告人的问题所作的陈述，属于证人证言。第二，同案被告人就案件事实所作的陈述，是属于被告人供述和辩解还是证人证言，主要是根据同案被告人之间的关系而定；如果是共同犯罪的同案被告人，他就案件事实所作的陈述，是被告人供述和辩解；如果有共犯关系的被告人不同时审判，他们就案件事实的陈述，对于其他被告人来说，就是证人证言；如果同案被告人不是共犯，而是由于其他原因同案审理，其中一被告人就案件事实的陈述，对其他被告人来说，就是证人证言。第三，同案被告人就案件事实的陈述，只能是被告人供述和辩解，而不是证人证言。我们同意第三种观点，理由是：(1) 在刑事诉讼中，有关人员就案件事实向司法机关所作的陈述，是属于哪种形式的证据，主要取决于他们在诉讼中的地位。被害人所作的叙述，叫被害人陈述，被告人所作的陈述叫被告人供述和辩解；与案件处理结果无直接关系的公民所作的陈述，则为证人证言。这样划分，有利于分析各种证据的特点，便于它们进行审查判断；(2) 如果把同案被告人的陈述当作证人证言，会使某些司法人员规避我国《刑事诉讼法》第 46 条的规定，仅仅根据被告人和同案被告人的口供就予以定案，容易造成冤、假、错案，不利于保护被告人的合法权益。

被告人供述和辩解这种证据，是由刑事被告人提供的。根据我国现行刑事法律的规定，刑事被告人有自然人和法人。自然人犯罪，他有能力也有义务就案件事实向司法机关进行陈述。法人是一种社会组织体，它不能像自然人作为被告人那样陈述案情。那么，在法人犯罪的案件中，有没有被告人供述和辩解这种证据呢？我们认为，对此应当作出肯定的回答。法人都有法定代表人，他作为被告人的代表参加诉讼，就与法人犯罪有关的事实所作的陈述，就属于被告人供述和辩解。因为法定代表人是法人意志的体现者和执行者，他对于法人是否犯罪以及是如何犯罪的等，一般也是较为清楚的，不仅有条件也有义务提供被告人供述和辩解这种证据。

由于刑事被告人在刑事诉讼中的特殊地位，决定了被告人供述和辩解这种证据有以下特点。

1. 被告人的供述和辩解有可能全面反映案件事实情况

刑事诉讼中的证明对象，主要是被告人有无犯罪行为，以及在有犯罪行为的情况下，犯罪的具体过程和情节。被告人是被司法机关立案追究刑事责任的

人，他对于自己是否犯了罪以及犯罪的具体过程和情节，犯罪前后的主观心理状态，是最清楚的。只要司法人员审讯的策略正确，方法得当，被告人一般会讲出自己是否有犯罪行为，以及犯罪的动机、目的、手段、时间、地点、后果等等案件事实。司法人员根据被告人的供述和辩解，就可以了解案件的全貌。从这一点来说，被告人供述和辩解的作用是其他证据无法比拟的。

2. 被告人供述和辩解具有不稳定性

被告人供述和辩解的不稳定性，主要体现在诉讼过程中，被告人随时可能"翻供"。被告人的思想由于受各种因素的影响，极易起伏波动。有的被告人开始作了虚假供述，以后受到教育，真诚悔罪，又如实陈述。有的被告人在供述罪行以后，由于受到看守所里惯犯或"二进宫"等人犯的教唆，在后来的审讯中又推翻以前的供述。还有的被告人时供时翻，屡供屡翻，使得案情复杂化。因而，被告人供述和辩解的稳定性不仅无法同实物证据相比，而且也不如证人证言、鉴定结论，甚至被害人陈述。根据这个特点，在运用被告人供述和辩解这个证据时，应当全面分析被告人在刑事诉讼过程中所有的供述和辩解，研究其翻供的原因是否有理，以判明其价值和真实性。

3. 被告人供述和辩解虚假的可能性很大，往往真假混杂

有真有假，真假混杂，是被告人口供的最大特点。它之所以有这个特点，主要有以下两点原因：其一，被告人是被追究刑事责任的人，诉讼结果与他有切身的利害关系，在诉讼中是供述还是辩解，以及如何供述和辩解，都直接影响到司法机关对他的处理。因此，一般地说，被告人在供述犯罪事实时，往往有隐瞒，避重就轻，不会痛痛快快地把案件事实全部讲清楚。他为了逃避罪责，很可能编造谎言，进行狡辩。其二，被告人所处的受刑事追究的特殊地位以及在被拘留、逮捕的条件下，对于审讯人员的逼供、诱供、指供、暗示等行为，容易产生"顺杆爬"的特殊心理状态。为了更深入地分析被告人供述和辩解的这一特点，下面分别就被告人供述、被告人辩解和被告人检举三个方面予以说明。

(1) 被告人供述的复杂性

通常，犯罪分子是不肯轻易供认自己犯罪活动的。他们往往采取狡辩抵赖、避重就轻手法掩盖罪行，妄图减轻罪责或逃避惩罚。例如，有的犯罪分子虽然承认自己犯了罪，但只谈有利于自己的从轻或减轻情节，对于不利于自己的从重或加重情节，却只字不提。有的犯罪分子只承认已明显暴露的罪行，而否认、掩盖其他罪行。有的被告人的供述，也可能完全是虚假的。作完全虚假供认的动机是各种各样的，有的出于讲"义气"，把朋友的罪行揽在自己身上；

有的是为了掩盖某种隐私，把本来不是犯罪的行为供认为犯罪；有的为了给亲属开脱罪责，冒充犯罪人到司法机关投案自首。可见，被告人对犯罪事实的供述，并不一定都是真实可靠的。如果侦查和审判人员搞刑讯逼供，引供诱供，还可能导致被告人胡说乱供，使其供述更加复杂化。所以，千万不能认为被告人明知招供要负刑事责任，还供认犯罪，就不会有问题，都是可以相信的。

被告人供述虽然存在上述的复杂性，但决不能认为被告人的供述一概都是虚假的，不能作为定案根据。在司法实践中，真实的供述也是常有的。例如，主动投案自首的犯罪分子对其罪行的供述，多数是真实的；有的犯罪分子感到自己罪行已经暴露，在确凿的证据面前抵赖不掉，为得到从宽处理而如实地供述犯罪行为。不少犯罪分子经过多次讯问，反复受到政策法律教育，在思想转变、真诚悔罪的情况下，也能彻底交待犯罪事实。

综上所述，对被告人供述的情况，不能笼统地认为都是真实的或都是虚假的，也不能简单地认为供认犯罪的被告人都是犯罪分子。究竟是真是假，必须认真审查，坚持具体情况具体分析。

(2) 被告人辩解的复杂性

被告人在陈述中，否认自己犯罪，或者虽然承认犯罪，但说明有从轻、减轻或免除处罚的情节，是常有的事。因为被告人清楚地知道，如果被指控的犯罪经过证实，将受到刑事处罚，所以常常作各种各样的辩解。被告人辩解的情况也是相当复杂的。有些真正的犯罪分子，为了掩盖罪行、逃避制裁，或者为了减轻罪责，总是想方设法把有罪说成无罪甚至是正当行为。例如，把犯罪行为说成是意外事件或正当防卫。有些被告人不仅会捏造事实、虚构情节、混淆是非、狡辩抵赖，而且会把自己的罪行推到别人身上，嫁祸于人，陷害无辜。一般来说，在被告人抗拒态度或侥幸心理转变以前，他们的辩解常常是虚假的。但是，决不能认为被告人否认犯罪，或者说明有减轻罪责、免除处罚的辩解都是虚假的。由于揭露犯罪、证实犯罪的过程是一场复杂的斗争，没有犯罪的人受到刑事追究，或者控告的犯罪事实与实际不相符合，是难以避免的。被告人针对控告提出有利于自己的材料和意见，说明自己无罪、罪轻或者应当减轻、免除处罚的辩解，有时是有根据、符合实际情况的。对于这种辩解，司法人员不应轻率地驳斥。

综上所述，被告人的辩解也是有真有假，真假混杂。因而，司法人员应当耐心地听取被告人的辩解，并认真地分析和进行查对，然后根据不同情况，或者予以采纳，或者有理有据地进行揭露和批驳。决不能一听到辩解就认为被告人态度不老实，是无理狡辩，随意加以否定。

(3) 被告人检举他人犯罪的复杂性

被告人检举他人犯罪，在共同犯罪案件中比较多见。这对于查清全部犯罪事实，打击隐藏较深或流窜作案的犯罪分子，具有重要的意义。根据我国的刑事法律和政策，真实的检举，属于被告人真诚悔罪的立功表现，可予以从宽处理。但是，被告人检举他人犯罪的情况也是比较复杂的。有些被告人企图推卸自己的责任，佯装检举犯罪而嫁祸于人；有的被告人故意虚构犯罪事实，挟嫌报复陷害好人；还有的被告人为得到从宽处理，争取"立功"，在检举时把一般违法行为夸大为犯罪。总之，被告人检举他人犯罪，既有真实的，也有虚假的，司法人员对此必须持特别慎重的态度，认真查证，切不可盲目相信，以免造成对无辜公民的错误追究。

在我国，被告人供述和辩解是一种独立的证据，经过查证属实后，就可以作为定案的根据。国外不同法系的国家，对被告人口供的问题，特别是被告人口供的可采性问题，有不同的立法规定和理论观点。

在大陆法系国家，被告人的供述一般具有证据价值，可以作为定案的根据。在某一具体案件中，被告人供述是否可采纳为定案根据，其证明力如何，均由法官根据内心确信自由判断。但是，某些大陆法系国家法律明确规定，用法律禁止的非法手段取得的被告人供述，不能作为证据。如德意志联邦共和国《刑事诉讼法典》第 136 条 a 条规定："禁止对被告人施加压力。（一）对于被告人决定和表达自己意志的自由，不能用非法折磨、疲劳战术、妨害身体、服用药品、拷问、诈欺或催眠等方法，予以侵犯。对于被告人，只有在刑事诉讼法律许可的范围内，才能施加压力。按照刑事诉讼法的规定，不许可用威胁的方法，而且严禁准许给予法律上没有规定的利益。（二）对于损害被告人的记忆力和理解力的方法，禁止使用。（三）以上两款中的禁止规定，不问被告人是否同意，必须适用。违反这些禁止规定所得到的陈述，即使被告人同意采用，也不可以采用。"日本宪法规定："由于强制、拷问或胁迫之招供，或经过不当之长久拘留或监禁后之招认，不得作为证据。"（日本 1946 年 11 月 3 日公布的宪法第 38 条）

英美法系国家，被告人的自白（即承认犯罪的供述）是否可采纳为证据，主要取决于自白是否是自愿的。自白只要出于自愿，便可采纳为证据。但自白不是一种独立的证据，而是包括在证人证言之中。

资本主义国家在法律上明确规定，用拷问、胁迫等非法手段提取的口供不能作为证据，是诉讼法和证据法发展过程中的一个重大进步。但是，在资本主义国家中，这些进步的法律规定，并不能得到认真的贯彻执行。在资本主义国

家的司法实践中，侦查、审判机关采取野蛮的肉刑等非法手段，强迫被告人招供并据以定案的现象，并不是个别的。这里仅举一例予以说明。英国上诉法院最近宣布，对1974年吉尔福德爆炸案中四名被告人的定罪不能成立。在此案中蒙冤入狱已达15年的杰勒德·康伦等四人，重新获得自由。这起冤案的发生主要是当年负责审讯的警察，为了获取口供而对被告人实施了种种非法的审讯手段。当时，一位刑事调查局的官员威胁杰勒德说，将为他的母亲和姐姐安排一次被枪击的"事故"。一系列的折磨使杰勒德精神崩溃，便在警察拟好的供词上签了字。对另一女性被告人卡罗尔，警察在她开口前对她使用了鸦片类药物。这种"屈打成招"造成错判的案件，也是对资本主义民主和法制的一大讽刺。

（二）刑事被告人供述和辩解的意义

刑事被告人供述和辩解虽然有真有假，不能轻信，但不能因此而否定它的作用。司法实践证明，被告人的供述和辩解，对于客观、全面地分析研究案情，正确认定案件事实，公正处理案件，具有重要的意义。

1. 真正有犯罪行为的被告人，如实交代自己的犯罪动机和目的，详尽地叙述犯罪过程和情节，有利于司法机关及时取得罪证，迅速查明犯罪事实。

2. 被告人的口供，不论是供认犯罪，还是辩解，或是检举他人犯罪，都会或多或少地讲到一些涉及案件的事实和人员，这就有利于司法机关发现新的情况和证据线索，及时确定或调整调查取证的范围，彻底查明案情，查获同案犯。

3. 被告人的辩解使司法人员听到与控诉方不同的意见，有利于"兼听则明"。刑事案件往往是错综复杂的，真象与假象混杂在一起，罪与非罪、此罪与彼罪的界限难以分清，有的案件各种轻重情节并存。司法人员要查明案情，在听取公诉人、被害人或自诉人从控告方面提出的意见后，还应注意听取被告人反驳控诉所提出的事实根据和理由。只有将正反两方面的事实材料和意见进行对比研究，才有利于全面了解案情，避免片面性错误，防止发生无罪受罚或罚不当罪的情况。

4. 借助被告人的供述和辩解，可以更好地审查和核实其他各种证据，有利于对其他证据作出正确判断。

5. 通过被告人的供述和辩解，可以衡量被告人是否认罪、悔罪和悔罪的程度。各个犯罪分子对待自己罪行的态度和悔罪的程度是不一样的：有的投案自首；有的在受到追究时很快坦白交待，有的还有立功表现；有的被告人则是在面对无可辩驳的证据时才被迫交待；有的犯罪分子不仅拒不认罪，还阻碍别

人坦白、检举。通过对被告人供述和辩解的分析，就可以判明被告人是否认罪、悔罪和悔罪的程度，对其进行改造的难易，从而有利于对其定案处理时正确贯彻“惩办与宽大相结合”的刑事政策。

二、如何对待翻供

（一）什么是翻供

所谓翻供，是指被告人推翻已向司法人员所作的供述。

翻供，在司法实践中并不鲜见，它是由被告人口供本身所具有的特征决定的。翻供，就其本身的性质而言，仍属被告人口供的一种表现形式。翻供现象的心理动机是多方面的，既可能是被告人因记忆原因而改变原有供述内容；也可能出于侥幸心理和抵赖动机而推翻原来的供述内容；还有可能是原有口供是在刑讯逼供，诱供、指供条件下产生，而之后又加以翻供。但无论如何，其目的往往比较一致：即通过翻供来否定原有对自己不利或不是很有利的口供，并提供对自己有利或更为有利的供述。作为口供的一种表现形式。翻供本身并没有为我国刑事诉讼法所禁止，主要就是充分考虑到形成翻供的原因往往不仅限于被告人的抵赖动机。翻供是否能成立，其条件与被告人口供作为一种证据的有效条件是一致的，即必须具备客观真实性、客观相关性、程序合法性。只要被告人翻供是基于充分、确凿的案件事实，则翻供的内容就可以成为有效的定案根据。

由此可见，允许合理翻供，既是保障被告人合法辩护权的需要，也是查清案件事实的需要。所以，司法机关应正确对待被告人翻供，既不能简单笼统地一概加以否定，也不能不顾已经查明的案件事实和其他充分、确凿的证据来轻易肯定被告人的翻供。我国刑事诉讼法第四十六条所规定的重证据、重调查研究、不轻信口供的原则，第四十三条所规定的严禁刑讯逼供的原则，应成为司法机关确定被告人翻供是否有效的重要法律依据。

（二）翻供的形式

司法实践中，被告人往往会出于不同的原因而翻供，故而就产生翻供形式的多样性，较常见的翻供形式主要有以下几种：

1. 被告人在前一个诉讼阶段作了供述，但在后一个诉讼阶段作了翻供，翻供的动机往往是对前一个诉讼阶段所作的事实认定和法律定性不服或不满。为求得对自己有利的或更为有利的事实和法律认定及相应的诉讼结果而翻供，是这种翻供形式最普遍的心理动因。常见的情形有被告人在侦查阶段作了供述，但却在起诉阶段因不满起诉书的事实认定和行为定性而翻供；也有的被告

人在侦查阶段、起诉阶段、一审阶段均作供认，但却在接到一审判决书后开始翻供等。这种翻供形式也可能是在被告人企图推翻因前一个诉讼阶段在司法人员刑讯逼供下所作的供述的心理基础上产生的。但从诉讼的总体情况来看，出于该原因而翻供的情况一般来说是极个别的，但作为司法机关在审查这种翻供的原因时却必须加以高度重视。

2. 被告人推翻前一次供述的部分内容，即只推翻原供述的部分事实。但这里应注意区分被告人所推翻的原供述内容是有关案件的一般事实，还是涉及案件的关键事实。一般来说，如果被告人不是想抵赖，只是想就原记忆错误所作供述的部分内容加以调整，则往往只推翻原供述的一些细枝末节的事实；反之，则被告人会推翻原供述的一些明显不应该有记忆错误的关键事实。

3. 被告人推翻前一次供述的全部内容，俗称"彻底翻供"。即被告人重新产生新的供述内容，该供述内容可能反映与原来供述内容完全无涉的案件事实，也可能反映与原供述内容完全相悖的案件事实。但总体上往往都产生一个共同的结果，即原供述所反映的案件事实为被告人的翻供所彻底否定。被告人这种翻供的心理动机很复杂，但绝大多数是出于抵赖及侥幸心理。

（三）制服翻供的对策

既然造成被告人翻供的原因是多方面的，那么司法人员就不能采用简单机械的对策来处理被告人翻供，而应该根据不同的情况采取不同的策略。

最常用，也是最基本最首要的对策是重证据，重调查研究，不轻信口供。只要除口供以外的其他证据充分、确凿，即使被告人翻供，也不影响司法机关定案。如果经审查发现，被告人原有的口供与司法机关所收集的其他证据能够互为印证，而被告人的翻供却无法取证来印证或与原已收集的其他证据无法相互印证，则被告人的翻供为无效翻供，司法机关仍可依据口供以外的其他充分、确实的证据所印证的被告人原有的供述定案。

针对被告人的无理翻供，司法人员应在摸准被告人侥幸抵赖心理的基础上，运用党的"坦白从宽，抗拒从严"的刑罚政策，及其相应的宣传媒体诸如报纸、电台、电视台所报道的实际案例对被告人进行政策攻心。帮助被告人端正供述态度，使被告人充分理解重证据，重调查研究，不轻信口供的证据运用原则，从而使被告人意识到抵赖不仅没有作用，反而还可能因此而影响认罪态度。

针对一些因记忆错误而造成的翻供，司法人员应该努力找出导致被告人翻供的错误记忆症结，并以相应的他证所反映的案件事实加以综合分析评价，而不作简单肯定或否定。有时候，因被告人记忆差错造成其适度的供述前后不一

致反而可能是正常的，而过分的一致却往往可能是虚假的。司法人员不要将审查思路囿于追究一些与定罪量刑的枝节事实差异的原因上。

针对因刑讯逼供、诱供、骗供或指供而造成的被告人翻供，司法机关应给予高度重视。首先，必须依法查清被告人所陈述的这一翻供原因，并根据审查的结果来确定原有的获取口供的程序是否合法。如果查明原取证中有逼供信现象，则可依法确认被告人原有供述无效，因为不论被告人原有供述是否具有客观性和相关性，其不具备合法性的条件就足以确认该口供的无效。其次，司法机关必须重新依照合法的取证程序进行重新审讯、重新获取被告人的口供。在确定重新获取的被告人口供的证据证明价值时，必须严格依照证据的三要素及法定的运用证据的诸原则。再者，如果查明刑讯逼供情节严重构成犯罪的，司法机关应当将依法追究有关办案人员刑事责任的情况及时通报给被告人，以树立起被告人对司法机关的信任，从而配合司法机关作如实的供述。

三、国外有关被告人口供的立法

（一）英美法系国家有关被告人口供的规定

在英美法系国家，被告人的自白即供述是否可作为证据被采信，主要取决于被告人是否自愿供述。如果其供述是自愿提供的，便可采纳为证据。但英美法系国家将被告人承认犯罪的供述归入证人证言中，并不将其作为一种独立的证据种类。英美法系国家一般都在法律上明确规定，用拷问、胁迫等非法手段提取的口供不能作为证据。这是西方资本主义国家证据法律制度的一个重大进步。

（二）大陆法系国家关于被告人口供的规定

在大陆法系国家，被告人的供述被作为一种独立的证据规定在其证据体系中。被告人所作的供述一般来说，具有证明的作用，可以被作为定案的根据。但是，被告人的供述是否被采信，其证明力如何，是由法官的“自由心证”即根据内心确信来自由判断的。大陆法系国家中，有些国家的宪法典及刑事诉讼法典中往往都明确规定，用法律禁止的手段获取的被告人供述，不能作为证据。如德意志邦共和国《刑事诉讼法典》第 136 条 a 规定：“禁止对被告人施加压力。(1) 对于被告人决定和表达自己意志的自由，不能用非法折磨、疲劳战术、妨害身体、服用药品、拷问、诈欺或催眠等方法，予以侵犯。按照刑事诉讼法规定，不许可用威胁的方法，而且严禁准许给予法律上没有规定的利益。(2) 对于损害被告人记忆力和理解力的方法，禁止使用。(3) 以上两款中的禁止规定，不问被告人是否同意，必须适用。凡违反前述规定所获取的陈

述，即使被告人同意采用，也不可以采信。”又如日本国 1946 年 11 月 3 日颁布的《宪法典》第 38 条明确规定：“由于强制、拷问或胁迫之指供，或经过不当之长久拘留或监禁后之招认，不得作为证据。”

第八节　鉴定结论

一、鉴定结论的概念和意义

（一）鉴定结论的概念

鉴定结论，也叫鉴定人意见，其书面表现形式为鉴定结论书或鉴定人意见书。它是由具有科学、技术、工艺等专门知识的人，根据司法机关的指派或聘请，对诉讼案件中需要解决的某些专门性问题进行分析、鉴别后所提供的结论性意见。这种受司法机关的指派或聘请，用自己的专门知识对案件中的专门性问题进行鉴定活动的人，叫鉴定人。案件中需要用专门性知识进行分析研究后才能鉴别或判明的某些专门性问题，是鉴定的对象（或称鉴定客体）。鉴定人运用专门知识对鉴定对象进行分析、鉴别的活动，叫鉴定。鉴定人在接受司法机关的指派或聘请后，应当对案件中的专门性问题作出结论。这种鉴定结论是鉴定人在分析研究案件的有关材料之后，对案件中的特定问题所作出的判断。所以鉴定结论都是鉴定人提供的判断性意见。司法机关根据鉴定结论，可以解决案件中的疑难问题，正确认定案件事实。因而我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》，都把鉴定结论规定为一种证据。

鉴定结论作为一种独立的证据，具有以下的主要特点：

第一，是鉴定人对案件中的专门性问题进行鉴定后提出的结论性意见。在鉴定结论中，鉴定人不仅要叙述依据鉴定材料所观察到的事实，而且必须分析研究这些事实，并以此为基础提出结论性意见。例如，解剖尸体的鉴定结论，不但要叙述在尸表检查中看到的情况（如身长、体重、尸斑、尸僵等情况），解剖时见到的情况（如死者肺、胃、肠的情况），还应就检查中所看到这些情况，通过分析作出死亡原因的结论，以便司法机关据以认定有关的案件事实。

第二，是鉴定人将自己的专门知识，用于分析、研究案内有关专门性问题的结果。这一点，使它与勘验、检查笔录这一证据有别，也使它与证人证言等有明显的不同，因为勘验、检查笔录是司法人员行使职权时对与案件有关的场所、物品、人身、尸体进行直接观察、检查所作的客观记载；证人证言则是证

人就他耳闻目睹的案件事实所作的陈述，而不是他对这些事实作出的判断。

第三，是鉴定人对案件中应予查明的案件事实中的一些专门性问题所作的结论，而不是就法律问题提供的意见。这是因为，后者属于司法机关的职权范围，只能由司法机关在查明案件情况的基础上，根据法律的有关规定自行作出决定。例如，在汽车肇事案件中，进行汽车技术鉴定的鉴定人所能确定的，是该汽车的技术状况以及失修对该事故的影响等，而不能是司机有无罪过的问题。

总之，在我国，鉴定结论是一种独立的证据，了解和掌握其特点，有利于在实践中正确地运用。

（二）鉴定结论的意义

鉴定结论在办案中的重要地位和作用，我国古代文献中就有反映。例如，在杀人案件中，就有主办案件的官员应“带仵作前往检验”的规定，这里所说的“仵作”，就是设置在官署衙门里的检验死伤的吏役，类似于现代的法医。

在国外，一些学者尽管对鉴定人及鉴定结论的性质有不同的观点，但对鉴定结论的重要作用大都是肯定的。鉴定结论在办案中的意义，主要有以下几点：

1. 它是查明案件事实，分清案件性质的重要根据

不论是刑事犯罪、民事、经济纠纷或者行政争议，都是发生在社会生活中的各种领域，要查明有关的案件事实，必然涉及这些领域里的各种专门知识。承办具体案件的司法人员只是具有法律专业知识的人员，不可能同时通晓各个门类的专门科学知识和技能。所以，他们办案中遇到某些专门性问题不能解决时，就需要有关专家运用专门性知识进行鉴定。这样，鉴定人就案件中的专门性问题作出的鉴定结论，就成为查明案件事实的一种必要根据，因为司法人员能够据以查明案情真相，进而分清案件的性质。例如，在刑事方面，发现某人突然腹痛死亡，经法医解剖鉴定，如果作出的结论是胃穿孔死亡，结合其他证据，并无谋杀现象，就可以认定该人属于病理死亡，没有犯罪行为发生；如果经解剖发现死者胃内有砒霜，系中毒死亡，结合其他证据，就有助于司法机关确认发生了杀人案以及杀人的方法和手段。对指纹、痕迹、书法、枪弹进行同一认定，有助于判断犯罪行为是否为嫌疑人所为。在民事方面，通过血型鉴定，有利于确定一方当事人与某人之间是否存在亲子关系；对行为人的精神状态进行鉴定，有助于确定当事人是否具有行为能力，其所为的法律行为能否发生法律效力，等等。

2. 它是借以鉴别案内其他证据是否真实的重要手段

由于鉴定结论是鉴定人运用科学知识和技术手段对专门性问题进行分析、鉴别后作出的，具有科学性特点。因而，也往往能成为审查案内其他证据的重要根据。如物证或书证的真伪，有时要通过鉴定来鉴别；刑事被告人的口供、民事和行政诉讼当事人的陈述以及证人证言等的真实性，也常常要结合鉴定结论来分析研究，进行判断和决定取舍。

有这样一个案件：深秋的一天，某市郊发现了一具女尸，经群众辨认，死者名叫卞某某，是该市某麻纺织厂的青年女工。公安局立即派侦查员和法医赶往发案现场勘验，见尸体仰面朝天，全身赤裸。法医对尸体作了检验，除了发现死者颈部有掐痕外，还在大腿根处发现精斑和数根男性阴毛。提取后进行化验，均属B型血型。分析后认定这是一起奸杀案，系一人犯罪。

侦查中经群众检举揭发，有两个青年嫌疑较大。一个是死者的未婚夫张某，群众反映他最近与另一女青年往来甚密，而对死者却日益冷淡，有作案的可能。另一个是与死者同厂的青工罗某，曾因犯强奸罪被判刑三年。释放回厂后，死皮赖脸地追求死者，知道死者和张有恋爱关系还不死心，也有作案可能。更可疑的是，发案那天晚上，这两个青年都不在家。向他们了解时，张某说是在看电影，罗某说是在抓鱼，但都无人证实。经血型化验，张属O型，初步排除了作案嫌疑。罗系B型血型，嫌疑增大，可是在讯问中他却显得很轻松，反复申辩，说与此案毫无关系。

为了寻找更有力的证据，法医再一次对尸体进行检验，结果从死者的右手指甲缝隙中发现了几条细纤维。这到底是麻纤维呢，还是别的什么纤维？如果是前者，那对破案毫无意义，因为死者生前是麻纺织厂工人。若是后者，很可能是被害者在反抗搏斗时从罪犯身上抓下来的，就是罪犯留下来的重要证据。经过科学检验，作出的鉴定结论确认这几条纤维不属麻类，而是分属于羊毛与兔毛这两类不同的兽毛。据此分析，认为很可能是身穿羊毛和兔毛混纺毛衣的罪犯作案。经进一步调查证实，发案那天，罗某上身穿的正是羊毛和兔毛混纺的毛衫，而张某从来没有穿过这种毛衫。公安局根据上述诸鉴定结论，认为罗某的申辩不可靠，遂拘捕了罗某。在确凿的证据面前，罗某只得交待了强奸杀人的全部罪行。

这个案件有力地说明了鉴定结论在审查案内其他证据时的重要作用。

3. 鉴定结论是司法机关据以定案和作出处理决定的一个重要根据。

由于鉴定结论是鉴定人对案内的有关材料（包括提供的物证、书证等），运用专门知识进行分析、鉴别后作出判断，并用文字加以客观地表述，使被鉴定的对象，即交付鉴定的专门性问题，得到了解决。这样，不仅属于鉴定对象

的证据的证明作用可以发挥出来（比如，一滴血迹的血型对案件事实所具有的证据意义，就是靠这滴血迹的鉴定结论发挥出来），而其他的专门性问题（如人的精神状态等），也可以根据鉴定结论而予以确认。不管鉴定结论所解决的是什么性质的专门性问题，只要它正确无误，与案件中其他证据所证实的事实能互相协调、相互印证、就可以成为定案和处理的根据。

二、鉴定结论的实质和种类

（一）鉴定结论的实质

鉴定结论的实质是什么，是长期有不同认识的一个问题。

较早的一种观点把鉴定看作司法勘验或检验，鉴定结论自然也就被看成为一种勘验或检验笔录。如前所述，这是没有看到鉴定与勘验的区别。勘验只是直观地反映事物，而鉴定则是要对有关鉴定的材料进行分析、判断，对鉴定的对象作出理性的反映；在勘验笔录中只记述客观事实，而在鉴定结论中除了叙述有关的客观事实外，还需基于对这些事实的分析，对需要解决的特定问题作出判断。所以，不能把鉴定混同于勘验或检验，把鉴定结论混同于勘验笔录或检验笔录。

后来，在一些资本主义国家，主要是英美法系国家学者中广为流传一种观点，是把鉴定人看作证人，把鉴定人意见（即鉴定结论）看作证人证言、意见证据或专家证言。他们认为，证人同鉴定人只是具有的知识在程度上有差异，鉴定人不过是“有学识的证人”；证人的证言同鉴定人的意见，无论从逻辑学的观点或从心理学的观点来看，都是没有什么区别的。基于这种认识，以致在英国就没有特殊的鉴定制度，而是把鉴定人看作特种证人，把鉴定人的意见看作特殊证言，适用证人的规定。其实，无论从鉴定人同证人或鉴定结论同证人证言来说，都是有重大区别的。这主要表现在：

（1）证人是由案件本身决定的，因而不能选择，也不能代替或更换。鉴定人则是在案件发生后，根据需要指派或聘请的，既可以选择，也可以更换或代替。

（2）证人是以证言，即向司法机关提供自己耳闻目睹的案件事实作证。鉴定人则不是陈述自己对案件事实的所见所闻，而是就案件中的某些专门性问题，通过鉴定作出结论去作证。如果鉴定人事先了解案件的情况，就只能作证人，而不能作鉴定人。

（3）鉴定人为了能作出正确的鉴定结论，首先必须具有有关的专门知识或技能，而证人则并不需要具有专门知识。

(4) 只要了解案件情况的人，都可以充当证人，不论他与案件本身有无利害关系，因而，不发生证人回避的问题。鉴定人则不一样，只要他与本案有利害关系或者有其他法定情况，就是有应当回避的理由，不能被指派或聘请作鉴定人。

(5) 鉴定人为了提供科学的结论，可以要求阅览有关的案卷材料；几个鉴定人共同鉴定时，可以互相讨论，如果意见一致，可以共同写出鉴定结论，共同签名。证人则没有阅览案卷材料的权利，同时，询问证人只能个别进行，证人之间不能互相讨论，不能以讨论的共同意见作为自己的证言。

从以上分析可以看出，鉴定人与证人，鉴定结论与证人证言是不能混淆的。在我国，鉴定人不同于证人，鉴定结论也是有别于证人证言的一种独立的证据。

关于鉴定结论的实质问题还有一些观点，例如有的学者认为：鉴定人是法官的辅助者，其鉴定结论不是证据方法，理由是，鉴定人的鉴定是补充法官所缺乏的知识。也有的学者认为：鉴定人的鉴定结论是证据方法，而不是审判机关的辅助者，其理由是，鉴定人提出的鉴定结论的证明力，还需要法官依自由心证去判断，等等。所有这些，都是对鉴定结论的实质及其作用片面理解的结果。殊不知鉴定人进行鉴定，对案件中的特定问题运用专门的知识进行分析，鉴别后所作出的判断性结论，就使被鉴定的专门性问题得到了解决，它与案件事实的联系就能被人们认识和了解。这既是鉴定结论作为证据所具有的证明作用，也是鉴定人对法官判明案情所起的实际辅助作用。正因为如此，才不宜将证人与鉴定人等同对待。

（二）鉴定的种类

司法机关在侦查或审判过程中，遇到与案件有关的专门性问题无法解决时，都有可能指派或者聘请具有专门知识、技能的人进行鉴定。关于案件中的专门性问题是各种各样、非常复杂的。例如，死亡原因的问题；刑事被告人和受害人的精神状态问题（对其是否有辨别自己行为和控制自己行为的能力发生疑问时）；现场上留下的手痕脚印与嫌疑人的手痕脚印是否同一问题；签名是否别人模仿问题；账目是否伪造问题；交付的货物是否符合约定的质量标准问题；建筑工程是否偷工减料问题，等等。根据案件中需要鉴定的专门性问题的不同，可以把鉴定区分为以下种种：

1. 法医学鉴定。包括确定死者死亡的原因，死者或伤者的伤害情况，当事人的劳动能力、精神状态等。它有助于判断有无犯罪行为的发生，犯罪的性质、方法、手段和轻重程度，还有民事纠纷中需要借助法医学知识才能解决的

问题。

2. 司法精神病鉴定。其目的在于确定当事人、受害人、证人的精神状态，以便司法机关借以确定被鉴定人精神是否正常，有无行为能力和责任能力。

3. 刑事科学技术鉴定。主要是对指掌纹、脚印、痕迹、字迹、枪弹等进行同一认定。它有助于判明犯罪行为为何人所为，从而查获罪犯。

4. 一般技术鉴定。对案件中涉及到工业、农业、交通运输业、建筑业等方面的专门技术问题进行的鉴定。通过这种鉴定，可以确定事故发生的原因和造成的后果等，有助于判明有无犯罪行为或者其他违法行为的发生，判明实施犯罪或违法行为的方法、手段和造成的后果等。

5. 会计鉴定。其目的在于确定账目、簿册、报表等是否真实地反应了有关的经济活动，是否符合会计制度。它有助于司法机关判明经济方面的犯罪等情况。

随着科学技术的进步，不仅犯罪分子的犯罪手段将会日益多样化和复杂化，就是在民事纠纷以及行政争议中，也会出现许多新情况、新问题，因而需要鉴定的专门性问题将会越来越多，鉴定的种类也会发展。

总之，司法机关在办案过程中，凡是遇到自己无法解决的专门性问题，都应依法指派或聘请鉴定人进行鉴定。否则，就不能对案件中的有关情况作出正确的认定。

三、国外及台湾地区关于鉴定结论的理论

（一）英美法系国家关于鉴定结论的理论

在英美法系的证据法中，鉴定结论不作为一种独立的证据形式，鉴定结论与证人证言没有明确区分。他们将鉴定结论称作意见证据或专家证言，认为鉴定结论和证人证言的区别在于知情程度的差别，鉴定人只不过是“有学识的证人”。诉讼中，鉴定人的诉讼权利和义务与证人一样。对“有学识的证人”询问一般以诉辩双方交叉询问为主，当法官在诉、辩双方的交叉询问后仍认为有不清楚的地方才询问鉴定人。

（二）大陆法系国家关于鉴定结论的理论

大陆法系证据法中将鉴定结论作为一种独立的证据形式，不同于证人证言。鉴定人必须具有专门知识，必须受法院的选任或当事人的委托产生。在德国，鉴定人可以是个人也可以是政府机关。在实施鉴定时，鉴定人享有较为广泛的权利，一般均享有阅卷，调查取证等权利。大陆法系证据法要求鉴定结论的采纳，应经过对鉴定人的询问程序，一般先由审判长主持询问，然后接受检

察官、被告人和辩护人的询问。

（三）台湾地区关于鉴定结论的理论

台湾地区的法律制度属大陆法系，其证据制度也与大陆法系国家的证据制度相似。法律规定鉴定结论是独立的一种证据方法。承担鉴定职务的可以是自然人，即鉴定人，也可以是鉴定机关。担任鉴定人的，一是就鉴定事项有特别知识经验的，如专家、医师、技师；二是经政府机关委托有鉴定职务的，如检验员、法医师。鉴定人的选任在侦查中一般由检察官进行，审判中则由审判长或受命推事进行。如无司法官员的选任而对事项进行判断的人，称之为鉴定证人。鉴定机关，是法院或检察官所委托鉴定的有关机关，如医院、学校等。鉴定机关有二项任务，一是就委托事项作鉴定，并提供鉴定结论；二是审查他人的鉴定，提供审查的意见。对于前者，与鉴定人的鉴定作用相同。对于后者，如审查的结论与他人的鉴定结果相同，则供裁判者参考，不作为新的证据；如不同，则作为另一鉴定结论，其可信性由裁判官自由裁量。鉴定机关实施鉴定的人所作的判断意见，属鉴定机关的意见，而不属鉴定人个人的意见。对于鉴定人询问与证人相同。

第九节　勘验、检查笔录

一、勘验、检查笔录的概念和意义

（一）勘验、检查笔录的概念

勘验、检查笔录离不开勘验、检查。诉讼过程中的勘验、检查，是司法人员凭借自己感官的感觉（包括视觉、听觉、嗅觉、味觉和触觉）作用，对于与案件有关的场所、物品、尸体、人身等，进行观察、检验，借以收集证据、了解案件情况的活动。它在侦查阶段属于侦查行为，在审判阶段属于法院的调查行为。

古巴比伦的《汉谟拉比法典》中，有若干进行水、火考验的规定。考验自然需由司法官吏亲临现场观察、查验。该法第194条规定："倘自由民以其婴儿交与乳母，而此婴死于乳母，乳母并不告知其父母而易之以他人之婴，则她应受检举，因其不告婴儿之父母而易之以他人之婴，应被割下乳房。"执行这一规定，司法官吏对于死婴及所易之婴需亲自查验，也是情理中事。因此，可以认为当时诉讼中已存在勘验、检查活动，但法典中无明文规定。

在我国古代的司法制度中，即已重视勘验、检查。据《礼记·月令》记载："孟秋之月……命理瞻伤、察创、视折、审断。决狱讼，必端平。"这是说周代已要求治狱之官的"理"，应以瞻、察、视、审等方法，对人体的皮、肉、骨等伤情进行检验，以保证公正裁判案件。到了封建初期的秦王朝，据《睡虎地秦墓竹简》中《封诊式》记载，当时办理刑、民事案件，不仅需要对现场、尸体、人身进行勘验、检查，而且还需将上述活动的过程与结果记录在卷，作为司法官吏裁判案件的凭据之一。其中一些记载还总结了若干经验教训，具有一定的科学性、实用性。如认为舌不吐出，口鼻没有叹气的样子，绳的痕迹不淤血，绳索紧系颈上不能把头脱出，就不能确定是自缢。因此，对疑似自缢而亡者必对上述各项详加勘验、检查。秦后历代王朝，都有关于进行勘验、检查的法律规定，甚至还有这方面的专业著作。南宋宋慈所著的《洗冤集录》，就记载有当时法定验尸文书格式等规定："诸初、复验尸格目，提点刑狱司依式印造，每副初、复各三纸，以千字文为号确定，给下州县。遇检验，即以三纸先从州县填讫，付被差官。候检验讫，从实填写。一申州县，一付被害之家（无即缴回本司），一具日时字号入急递，径申本司点检。（遇有第三次以后检验，准此）。"据此可见，勘验、检查程序及其笔录，当时已经规范化了。

中世纪欧洲，在采用法定证据制度的国家中，勘验检查笔录被视为完善的、证明力最强的证据之一。

近现代世界各国的诉讼法都有勘验、检查的规定，但对勘验、检查的主体、内容，勘验、检查笔录的证据意义的规定却不完全相同。勘验、检查的主体，一般为警察机关的官员或有侦查权的检察官、预审法官，有的国家负责审判案件的法官也可进行，但都规定必要时可以指定或聘请具有专门知识的人参加。勘验的对象，有的称为勘验的"标的物"，主要是现场、尸体、各种物品和文件，检查的对象主要指人的身体，也有的包括文件。有的国家只将勘验、检查作为核查证据的一种方法，有的国家则将勘验、检查笔录作为一种独立的证据。多数国家对勘验、检查程序有明确规定，有的还对拒绝勘验、检查规定有罚则等。根据《法国刑事诉讼法典》的规定，司法警察官、检察官、预审审判官均有权进行勘验、检查。如该法第 54 条规定："司法警察官知悉有现行重罪案件时，应当立即通知共和国检察官并迅速亲自前往重罪现场踏勘，采取一切有效措施。"第 174 条规定："遇有发现尸体，不问是否暴死，如死因不明或是可疑时，司法警察官经告知后，应立即通知共和国检察官，并迅速踏勘现场，进行初步察看。共和国检察官认为有必要时，应当到达现场并指定具有法定资格而能判断死亡情况性质的人协助自己。但他也可以选派一名司法警察官

代表自己，前往现场。”第 92 条规定：“预审审判官可以踏勘现场，进行一切有效的察看或实施搜查。他应当通知共和国检察官，由其自行决定是否陪同前往。”第 97 条还规定：“预审审判官或其指派的司法警察官独自有权在扣押前先行检查文件。”上述活动均应制作笔录。《法国民事诉讼法典》第 179 条到 183 条规定了法官亲自查证的程序，第 249 条至 255 条则规定了法官委托具有专门知识的人验证的程序。如规定：法官必要时可以亲临现场进行验证、行为复演等活动；上述活动应作出记录；接受委托的验证人应提交验证报告，但法官决定用口头形式陈述验证的除外。口头提出的验证结果则应加记录。刑事诉讼中的勘验检查笔录以及民事诉讼中法官亲自验证的笔录和委托验证的报告或笔录，其证据力大小，可否作为认定案件事实的根据，由法官依“自由心证”原则判断。

英国对尸体的勘验十分重视，设有专门的验尸官和验尸法院。每一验尸官都有其一定的辖区，充当验尸官的是高级律师、初级律师或医师，由郡议会任命。任何人发现尸体，均应向验尸官报告。管辖权以尸体发现地为准。普通法上还规定，意图逃避验尸官的勘验而埋葬尸体者为犯罪。验尸具有审判形式，但并不是审判，其任务主要是辨认死者，确定死因，案件仍要经法院审判，因而，其作用相当于侦查和预审。有下列情形之一者，验尸官都应进行尸体勘验：有合理根据怀疑为暴力致死或非自然死亡的；属于突然死亡而死因不明的；在监狱或某些规定地点死亡的。死亡有下列情形之一的，勘验时应召集 7 至 11 名陪审官参加：可能由于谋杀、非预谋杀人或溺婴而死亡；死于监狱或某些规定的地点；由于疾病、毒药或某些需要报告政府有关部门的事故而死亡；在汽车事故中死亡；死于某种如再度出现将危及公共健康的情况。勘验有时需要通知死者家属的代理律师、警察或者可能受民、刑事追诉者到场，并且传唤证人到场。受传唤的证人拒不到场或拒绝回答的可处罚金。验尸官应亲自勘视尸体，而且可以邀请陪审官一同勘视。陪审团宣誓后，验尸官即询问证人。任何人非经验尸官许可不得提问。证言应制成笔录，并由证人和验尸官签字。勘验时还可提取书证。验尸官可以命令证人在以后的刑事审判中出庭作证。然后，陪审团评议作出勘验结论，由陪审官与验尸官签署。结论应由陪审团以多数通过，少数票不得超过两票，否则解散陪审团，召集新的陪审团重新勘验。勘验结论如确定某人犯谋杀、非预谋杀人或溺婴罪等，则其效力视同起诉书，勘验也就代替预审。除勘验尸体以外，法官对某些与案件有关的场所、物品或人身也常进行勘验和检查，以取得证据。罗纳德·沃克在其所著《英国法律制度》一书中提出，英国证据法规定的实物证据至少有三种类型。第一

种，是交由法庭检验的物体又称物证。第二种，人的身体外貌，如在要求人身损害赔偿之诉中，受害人的伤情及外貌损伤与损害赔偿金的估量有关时，法庭就要对受害人的伤情及外貌进行特别检验。第三种，视察通常也被归为实物证据，而视察是指“在法庭外对地点或物体之物理性的检查”，因该地点或物体之物理特性而属案件相关事实。无论上述何种实物证据，均需由法庭进行检验或不能脱离法庭的检验。

《日本刑事诉讼法》规定，法院为发现事实认为必要时，可以进行勘验。在勘验中可以检查身体、解剖尸体、挖掘坟墓、毁坏物件或作其他处置。检察官、检察事务官或者司法警察职员为侦查犯罪认为必要时，可根据审判官签发的命令文件进行勘验。在此种场合下检查身体时，必须有检查身体的命令文件。根据逮捕状执行逮捕过程中以及因情况紧急而逮捕被疑人时，上述人员有权同时在现场进行勘验。法律并规定，记载有法院或审判官检验结果的材料，记载有检察官、检察事务官或司法警察职员的勘验结果的书面材料，当供述人在公审期日作为证人受到询问，且供述该材料的写成为真实时，均可作为证据。《日本民事诉讼法》亦对勘验作了规定。

《苏联和各加盟共和国民事诉讼纲要》规定，证据分为当事人和第三人的说明、证人证言、书证、物证和鉴定人的结论。勘验检查笔录并非独立的证据种类。法院在必要时可勘查现场，并制作笔录，这被认为是调查、保全证据的措施。《苏联和各加盟共和国刑事诉讼纲要》则将勘验检查笔录纳入“侦查行为和审判行为笔录”，为一种独立的证据。这种笔录是调查人员、侦查员、检察长和法院对勘验、检查、提取、搜查、拘留、提供辨认和侦查实验等侦查、审判活动的程序、进程和结果所作出的书面文件。它应该反映制作笔录的个人（或几个人）根据对物质的状况、犯罪痕迹和对案件有意义的行为、现象进行直接了解而得到的情况，并且可以附有在侦查和审判活动时所摄制的照相底版或照片、电影底片、幻灯片、录音带、图片、图表、罪迹的模印等。由此可见，在苏联，民事诉讼和刑事诉讼中的勘验、检查笔录，具有不同的性质和意义。

我国台湾地区的刑事诉讼法与民事诉讼法均在“证据”一章中，将勘验与人证、鉴定等并列。勘验以法官或检察官的直接体验为其内容。具体包括物体检验、身体检查、现场勘验、尸体检验与解剖等。有的台湾学者认为，勘验与证人证言、当事人陈述、鉴定结论、书证一样，是独立的证明方法。有的则将勘验视为一种“检证”行为，并认为它在程序上可分为单纯检证和复合检证。前者指由法院或检察官单独进行的检证。后者指以法院或检察官为主体而在其

他人（如证人、鉴定人）的协助下进行的检证。勘验的过程与结果应制作笔录。笔录需经在场人签名、盖章或按手印。勘验笔录同讯问笔录、扣押笔录等一样，是“得为证据者”的一种“证据书类”。

在我国，勘验、检查，不包括对文件的“勘验”，因为它是对书证的审查活动。勘验、检查既是发现与获取物证、书证的重要手段，也是制作勘验、检查笔录的前提。我国刑事诉讼中的勘验、检查笔录，是侦查、审判人员对于与犯罪有关的场所、物品、尸体和人身进行勘验、检查所作的实况记录，包括现场勘验笔录、物证检验笔录、尸体检验笔录、侦查实验笔录以及对人的身体进行检查时所作的人身检查笔录等。民事诉讼和行政诉讼中的勘验笔录，是审判人员对于与案件有关的现场或者物品进行勘验所作的实况记录。勘验、检查笔录，均以文字记录为主，同时可辅之以绘图、照相、录像、录音、模型等。

《行政诉讼法》规定的证据种类，把勘验笔录与现场笔录并列，是因为两者有所不同。这里所说的“现场笔录”，是指国家行政机关在作出具体行政行为前，对有关事项当场所作的笔录，其直接目的是提供作出具体行政行为的依据，只有当事人对该具体行政行为不服，向人民法院提起诉讼后，它才具有行政诉讼证据的意义。这就是说，这种现场笔录是行政诉讼中的被告制作的。而刑事、民事和行政诉讼中的勘验笔录则是审判人员或侦查人员在诉讼过程中，为查明一定的案件事实，对于案件有关的场所、物品、尸体进行的勘查、检验、测量、拍照、绘图等行为所作的笔录。现场笔录可以包含行政机关对违反行政法规的当事人进行讯问所作的笔录，而勘验笔录则只能是勘验有关场所、物品等的如实记述，不包括讯问当事人的记录。现场笔录必须经过当事人核对无误并在笔录上签名或者盖章，才能作为证据。而在进行勘验时，并不要求刑事诉讼中的当事人到场；民事诉讼或行政诉讼中的当事人或者他的成年家属应根据通知到场，如果他们拒绝到场，并不影响勘验的进行。由此，没有他们签名或盖章的勘验笔录，并不影响其证据效力。根据上述，勘验笔录包括司法人员勘验现场的笔录，它不同于《行政诉讼法》所规定的由行政机关制作的现场笔录。

勘验、检查笔录不同于鉴定结论，因为它是司法机关的司法人员对与案件有关的场所、物品、尸体、人身进行观察，就观察所见作出的如实记录，而不是司法机关指派或聘请的具有专门知识的人对案件中的特定问题提供的判断性意见。勘验、检查笔录虽然是以其记载的内容证明一定的案件事实，类似书证，但它是案件发生后，由司法机关的司法人员对勘验、检查所见而作的一种纪实的诉讼文书，因此不同于书证。勘验、检查笔录虽然要详细记载现场、物

品、人身、尸体的情况，并常附加绘图、照片等，使物证的某些情况得以固定，但它并不是物证本身。由于勘验、检查笔录既记载勘验、检查的过程，又记载勘验、检查的结果，能反映各种痕迹、物品存在或形成的环境及其相互关系，因而涉及的范围广泛，是具有综合证明作用的一种证据。正因为如此，我国《刑事诉讼法》才把勘验、检查笔录规定为一种独立的证据，《民事诉讼法》和《行政诉讼法》则把勘验笔录规定为一种独立的证据。

（二）勘验、检查笔录的特点

在诉讼证据中，作为一个独立种类的证据，其与案件事实的证明关系同其它种类的证据存在着区别。例如，物证以其存在、外部特征、位置及构成属性来证明案件事实，书证则以记载的内容来证明案件事实，而证人证言是以证人对案件事实的客观感知来证明案件事实，勘验、检查笔录虽与某些种类的证据甚至某些证据资料，如询问笔录，存在相似之处，但更存在十分重要的区别。这一重要区别体现了勘验、检查笔录与案件事实特有的证明关系，即通过勘验、检查活动所发现的各种情况，包括现场的状况和环境，发现的痕迹、物品、书面材料、尸体等一系列证据材料，用文字、绘图、摄影摄像、模型等形式加以固定的而形成的笔录，能够揭示这许多证据材料之间存在或形成的具体环境、条件及相互关系，体现了一种具有综合证明力的新的证据形式和来源，而不仅仅停留在作为证据的一种固定方法上。

勘验、检查笔录不同于书证。勘验，检查笔录一般以文字来表述，有时辅助于绘图等方法，这种以笔录所记载的内容来证明案件事实的形式与书证颇为相似，但却存在实质差别。书证形成于案件的发生过程或有关过程中，它是案件事实的客观存在物，是案件事实的一部分，是当事人等记载的与案件事实有关的内容，其内容是记载者的主观思想或客观事实的反映、凝固，并产生于司法人员收集之前。如，某现场发现的一张反动标语，这一书证只证明标语的内容和案件性质。而勘验、检查笔录则在案发后的诉讼中，由司法人员通过勘验、检查活动将现场等有关的事物作全面、细致和如实的记录，来明了各事物本身的特点、状况，体现事物间的存在环境和相互关系。如前例，对有反动标语的现场进行勘查，司法人员不但要如实记录反动标语的内容、书写材料、书写大小等特征，还要记录反动标语的张贴位置和高度等情况。这样，勘验笔录不仅反映了反动标语这一书证的内容和特征，还体现了反动标语与现场的关系等情况。

勘验、检查笔录不同于物证。一方面，勘验、检查笔录虽然客观地记录了与案件有关的场所、物品、尸体、人身等物证资料，但它不是物证本身，也不

能替代物证。另一方面，有些物证的特征等情况易变化，不稳定，并且物证只证明自己。通过勘验、检查而形成的笔录，不仅反映和固定了物证，使其特征稳定下来、而且还显示了物证的形态，物证与所处空间及与其他物证之间的相互关系。

勘验、检查笔录也不同于鉴定结论。勘验、检查同鉴定的对象虽然有时相同，如被害人的伤害情况，但勘验、检查笔录的制作者及与案情事实的证明关系仍不同于鉴定结论。勘验、检查笔录是司法人员运用自己的感官或借助于一定的仪器设备直观地对现场等对象进行如实记录的结果，目的在于对有关场所、物品、人身、尸体有个清晰明确的认识，也有助于收集和保存有关证据材料，它不具有分析和判断的性质。而鉴定结论则是鉴定人运用专门知识和技能对鉴定对象进行检验和分析后所作的判断。可见，勘验、检查笔录只以如实记录的内容来证明案件事实，而鉴定结论则以检验和分析所作的判断来证明案件事实。当然，在诉讼中，勘验、检查的结果往往为以后进行鉴定提供必要情况，收集必要的材料，而鉴定结论又往往有利于对勘验、检查情况的分析、判断。

此外，勘验、检查笔录还不同于审讯笔录、询问笔录等证据资料。作为证据资料的笔录，仅仅是对证据进行固定和保全的一种方法，如询问笔录仅仅是固定和保全当事人陈述、证人证言和被害人陈述的一种法定方法，它不具有新的证明作用，不属证据种类的范畴。勘验、检查笔录虽同样有固定和保全证据的作用，也是一种固定、保全证据的方法，但它更是以记载的案件客观内容来体现综合证明力的具有新的证明作用的证据种类。

（三）现场笔录的概念

现场笔录是行政诉讼证据的一种，行政诉讼将其与勘验笔录并列为第七种证据种类。现场笔录不同于勘验笔录。所谓现场笔录，是指国家行政机关及其工作人员在作出具体行政行为时，就有关事项当场所作的记录。现场笔录主要是行政机关在进行当场处罚或其他紧急处理时所作的记录，其旨在防止相对人事后翻供而又难于取证情况的发生。因此，现场笔录通常成为行政机关当场处罚或及时处理等具体行政行为的依据。只有在当事人对该具体行政行为不服，向人民法院提起诉讼后，才具有行政诉讼证据的意义。

现场笔录同勘验笔录的主要区别有：(1) 现场笔录是行政诉讼中的被告即行政机关制作的，而勘验笔录是由侦查、审判人员对与案件有关的场所、物品等进行勘查、检验时制作的。(2) 现场笔录是在实施具体行政行为时制作的，也即在行政诉讼发生前制作的，而勘验笔录则在行政诉讼过程中制作的。(3)

现场笔录可以包含行政机关对违反行政法规的相对人进行讯问所作的笔录，而勘验笔录不包括讯问当事人的笔录。(4) 现场笔录必须经过具体行政行为相对人核对无误并在笔录上签名、盖章，才能作为证据，而在进行勘验中，当事人不到场或者未在勘验笔录上签名盖章，并不影响其证据效力。

(四) 勘验、检查笔录的意义

在刑事诉讼中，由于现场、物品、尸体、特定的人身与犯罪有某种客观联系，常常存留有可据以了解案件真实情况的各种信息，因而科学的勘验、检查和全面准确的记录，能客观地反映现场、物品、尸体或人身的各种情况。这就为司法人员研究分析犯罪的时间、地点、作案人数、作案的具体方法、手段、过程等，提供了重要的依据，从而有助于确定侦查方向和范围，正确认定案件性质，查获犯罪分子。同时，勘验、检查笔录也是固定证据的重要手段，当司法人员需要了解现场某一具体情况时，勘验笔录能够成为考察的依据，必要时，还可根据笔录的内容，恢复某些现场的原始状态，以便与案内其他证据对照分析，作出正确的判断。民事诉讼与行政诉讼中的勘验笔录，对于查清民事、行政纠纷发生的原因和发展过程，判明损害的程度、后果，确定当事人间的权利与义务，正确处理民事和行政案件，也具有重要的作用。此外，通过勘验、检查笔录，还可了解勘验、检查是否合乎法定程序。由此可见，重视勘验、检查，作好勘验、检查笔录，以获得这一重要证据，是正确处理案件所必需的。

二、国外及台湾地区关于勘验、检查笔录的理论

勘验、检查历来被认为是一项有效的获取证物的行为，并要求对这种行为及其结果进行记载。早在古巴比伦的《汉谟拉比法典》中，勘验、检查活动已有反映。在中世纪欧洲实行法定证据制度的国家中，勘验、检查笔录被视为完善的证明力最强的证据，因为勘验笔录是审判官亲自对有关案件的场所、物品进行勘验活动所作的记录，被认为是无可争议的事实。在自由心证制度取代法定证据制度之后，十分注重现代科学技术的运用，诉讼中重视勘验、检查的作用，因此，近现代世界各国的诉讼法都有勘验、检查的规定。但对勘验、检查笔录的证据意义的规定却有差异，有的国家仅将勘验、检查作为取得和核查证据的一种方法，而有的国家则将勘验、检查笔录作为一种独立的证据。

在英国，勘验、检查很受重视，特别是对尸体勘验。英国设有专门的验尸官和验尸法院，在普通法上将意图逃避验尸官的勘验而埋葬尸体的行为规定为犯罪。验尸具有审判形式，作用相当于侦查和预审，任务主要是辨认死者，确

定死因。验尸的结论需由验尸法院的陪审团多数通过，由验尸官和陪审官签署。在审判中，验尸官作为证人陈述其验尸所见，分析验尸结论。此外，法官和陪审员的“视察”，即在法庭外对地点或物体的物理特性的检查，被归为实物证据的一种。如法官对机器运行情况的检验，法官邀请陪审员于夜间到某地检查街灯的效果，这种检验、视察的结果，为实物证据的一部分。并在程序上要求，凡在陪审团参加的审理中，必须是在全部陪审团成员到场的情况下视察的结果才具合法性。

在美国，勘验、检查所用的辅助性视觉材料，如现场的模型或模拟物、图示或解剖模型等，被作为实物证据的一种，即“示意证据”。它的作用在于说明或解释现场情况和已收集的另一种实物证据，即“实在证据”。而勘验人能用文字描述和记载的事项或实在证据，应由勘验人以证人身份出庭陈述，以证明所收集的“实在证据”具有证明力。“示意证据”在法庭上完成“示意”功能后，不能像“实在证据”那样由陪审团带去评议室判断其证明力。

在日本，裁判所为了发现案件事实，认为有必要勘验时，可以进行勘验。在勘验中可以检查身体、解剖尸体、挖掘坟墓、毁坏物件及作其他的处理。检察官、检察事务官或司法警察为侦查犯罪而认为必要时，可根据审判官签发的命令文件进行勘验。法律规定，记载有审判官、检察官、检察事务官或司法警察的勘验检查结果的书面材料，在供述人在公审期日作为证人受到询问且供述该材料的制作为真实时，可作为证据。

在法国，司法警察官、检察官、预审审判官均有权进行勘验、检查。如刑事诉讼法规定，遇有发现尸体，不问是否暴死，如死因不明或是可疑时，司法警察官经告知后，应立即通知共和国检察官，并迅速勘查现场，进行初步察看。共和国检察官认为有必要时，应当到达现场并指定具有法定资格能判断死亡情况性质的人协助自己。民事诉讼法规定，法官必要时可以亲临现场进行验证、行为复演等活动，这种活动应作出记录；接受委托的验证人应提交验证报告，但法庭决定用口头形式陈述验证的除外。对口头提出的验证结果则应加以记录。刑事诉讼中的勘验检查笔录以及民事诉讼中法官亲自验证的笔录和委托验证的报告或笔录，其可否作为认定案件事实的根据及证据力的大小，由法官依“自由心证”原则判断。

我国台湾地区的刑事诉讼法与民事诉讼法均在“证据”一章中，将勘验与人证、鉴定并列。勘验以法官或检察官的直接体验为其内容，包括物体检验、身体检查、现场勘验、尸体检验与解剖等。勘验的过程与结果应制作笔录，并经在场人签名、盖章或按手印。勘验笔录同讯问笔录、扣押笔录、搜索笔录、

审判笔录一样，属“卷宗内的笔录”类的“证据书类”。

第十章　证据调查

第一节　证据调查概述

一、证据调查的概念

证据调查是与证据的收集、审查和运用有关的各种调查活动的总称，是司法人员和行政执法人员及其他法律工作者，为查明和证明案件事实而进行的专门调查活动。在各种执法活动和司法活动中，证据调查都是一项首要工作。上述概念包含以下要点：

第一，证据调查的主体是司法人员和行政执法人员及其他法律工作者，包括法官、检察官、警察、律师、公证人员、仲裁人员、内部保卫人员、纪检监察人员、海关执法人员、工商执法人员、税务执法人员等。虽然一些案件的当事人也要收集证据并进行调查，但是那些活动不属于本书中讲述的证据调查的范畴。

第二，证据调查的目的是查明案件事实和证明案件事实。对于司法人员和行政执法人员及其他法律工作者来说，案件事实往往都是发生在过去的事件，而且是他们无法直接感知的事件。他们只有通过深入细致的调查来查明这些事实，才能保证其行为的科学性和决定的正确性。然而，查明案件事实并没有完成证据调查的全部任务，因为调查者不仅要自己明了案件的真实情况，而且要用合法的证据来证明案件的真实情况。查明案件事实和证明案件事实是两个既有联系又有区别的概念。查明案件事实是证明案件事实的前提和基础，但是查明案件事实并不等于证明案件事实，后者往往比前者的要求更高且难度更大。我们强调证明案件事实是证据调查活动的目的之一，也在一定程度上说明了证据调查的特殊性，说明了证据调查活动与一般调查活动的区别。

第三，证据调查是一种专门的调查活动。这种专门性表现在以下几个方面：首先，这种调查都是由专门人员实施的；其次，这种调查都是针对案件中的专门问题进行的；再次，这种调查往往都要按照专门的程序进行，而且经常要采用一些专门的调查方法；最后，这种调查都是围绕证据而进行的，其结果都是专门服务于各种司法活动和执法活动的证据。

证据调查并不等同于犯罪侦查，它们是两个既有联系又有区别的交叉概念。犯罪侦查中当然包含有证据调查活动，或者说很多犯罪侦查活动就具有证据调查的性质。但是二者又有区别。一方面，证据调查不仅存在于刑事案件之中，也存在于民事案件、经济纠纷案件、行政诉讼案件以及其他执法活动之中。另一方面，犯罪侦查活动并不都属于证据调查的范畴。例如，公安机关为了查缉案犯而采取的某些侦查措施就不属于证据调查活动。

证据调查也不同于人们在日常工作和生活中进行的一般调查活动。调查是人类认识客观事物的基本方法之一。它普遍存在于人们的社会生活实践之中、存在于各行各业的工作之中。证据调查与一般调查活动的区别就在于它总是围绕证据进行的，总是服务于证据的收集、审查和运用的。一般调查活动往往以查明事实为基本任务。换言之，只要情况查明了，调查的任务也就完成了。但是对证据调查来说，查明事实只完成了调查任务的一部分，更重要的任务是证明案件事实，即用合法的证据来证明调查者已经查明的案件事实。诚然，在某些情况下，调查者查明案件事实的同时也就掌握了证明案件事实的证据。但是在有些情况下，调查者虽已查明案件事实却并未掌握证明案件事实的充分证据。我们把证明案件事实与查明案件事实明确地区分开来，就是为了强调证据调查的特殊性，就是为了强调证据在司法活动和执法活动中的重要性。

重视并加强证据调查工作对我国的社会主义法制建设具有十分重要的意义。社会主义法制建设的重要内容之一就是要提高司法活动和执法活动的科学性，而这种科学性必须以准确地认定案件事实为基础，因此必须加强证据调查工作。无论是在刑事案件中还是在民事案件中，无论是在经济纠纷案件中还是在行政诉讼案件中，只有通过深入细致的调查，只有依靠确实充分的证据，才能正确处理案件，使违法犯罪者受到应有的处罚，使诉讼当事人的合法权益得到切实的保障，使国家和集体的利益得到有效的保护。实践经验表明，很多冤假错案和不恰当的司法裁定都是因为缺乏证据或者证据不实，都是因为证据调查工作中的失误。此外，重视证据调查工作还可以提高办案的效率和质量，取得事半功倍的效果。

二、证据调查的原则

证据调查是一种重要的专门调查活动。为了保证其正确实施，调查者在整个调查过程中必须遵循以下原则：

（一）实事求是的原则

实事求是就是要从客观实际情况出发去调查研究和分析问题，从而得出正确的结论。从理论上讲，证据调查就是一种"实事求是的活动"，或者说实事求是体现了证据调查活动的本质属性。无论是发现提取证据还是评断使用证据，其基本宗旨都是要从案件的客观实际情况出发去对案件问题做出正确的结论。但是，证据调查的这种内在要求并不能自动地转化为调查者的行动。只有调查者严格按照实事求是的原则办事，才能使这种内在要求转化为现实行动。

在证据调查中坚持实事求是的原则，就不能凭想当然，不能主观臆断。即使是经验特别丰富的调查者，也必须深入细致地调查研究，根据案件的具体情况去收集证据，特别要注意研究案件的细节并竭力去发现那些不引人注意的证据。只有真正从客观实际出发，才能在错综复杂的案情中找到正确的答案。

在证据调查中坚持实事求是的原则，就不能先入为主，不能偏听偏信。调查者在案件中所处的位置不同，其对案件的态度也有所不同，因此在进行调查时往往会带有一定的心理倾向，甚至会形成一定的偏见。坚持实事求是的原则，就必须克服这种心理倾向或偏见，客观全面地收集证据和使用证据，不能只收集或使用对己方有利或符合自己需要的证据，更不能为了己方利益或所谓的"工作需要"而弄虚作假、制造或使用虚假证据。无论调查者是谁，只有客观全面地收集证据，实事求是地使用证据，才能准确地查明案件事实，为正确处理案件奠定基础。

（二）遵守法制的原则

证据调查本身就是司法活动或执法活动的一个环节，就是为维护法制服务的，因此必须严格依法办事，这是不言而喻的。但是，证据调查又是一种自主性或随意性很强的行为，很容易出现违法乱纪的情况，因此必须强调遵守法制的重要性。

在证据调查中坚持遵守法制的原则，就必须严格按照《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》以及有关的行政法规中规定的程序去收集证据和使用证据，而且要认真遵守《法官法》、《检察官法》、《律师法》等职业性法规中规定的行为准则，既不能允许任何人在法律面前享有特权，也不能非法侵犯任何公民的人身权利和民主权利。

在证据调查中坚持遵守法制的原则，还必须强调证据调查人员的独立依法办案。一方面，任何机关、团体和个人都不得干涉调查人员的正常办案活动，不得以“领导指示”等名义让调查人员违反有关法律的规定。另一方面，调查人员也不应去寻求“领导的帮助”，不应利用各种“关系”去规避法律的有关规定，而应充分发挥自己的主观能动性，独立地依照法律规定完成调查任务。

在证据调查中坚持遵守法制的原则，必须严禁刑讯逼供或采用威逼、引诱、欺骗等手段获取证人证言。任何证据调查人员实施了上述被禁止的行为，都应依法受到处罚。

实事求是原则和遵守法制原则是相辅相成的。在证据调查中，只有坚持这两条原则，才能正确地查明案件事实，才能可靠地证明案件事实；而违反了这两条原则，就会造成冤假错案，给国家、集体、个人造成无可挽回的损失。试举一例说明之。

1989年4月5日深夜，黑龙江省伊春市友谊林场发生了一起凶杀案——护林防火员关××在林场办公室附近的小路上被人连刺20余刀后死亡。侦查人员根据尸体上创口的形状推断凶器可能是军用刺刀，遂怀疑住在死者隔壁且从部队转业回家刚9天的石××。4月6日，警察询问了石××，发现其在5日夜里有一段时间的行踪无人证明。4月7日，警察在石××家中搜出一件带血的军衣和一把黑塑料把的单刃水果刀。法医检验后确认衣服上有O型血和A型血，而死者关××的血型为A型。于是，警察突击审讯石××。开始，石××坚持说自己没有杀人。但是在审讯持续30多个小时而且3颗门牙失落之后，石××终于“招供”了。4月18日，检察院批准逮捕石××并以杀人罪起诉。1991年4月5日，伊春市中级人民法院判处石××死刑。被告人以没有杀人为理由提出上诉。黑龙江省高级人民法院在审理后认为原判认定的部分事实不清，发回重审。9月19日，伊春市中级人民法院重新开庭审判，随后判处石××死刑，缓期二年执行。石××开始在判决书上写了“不服”，但后来又改为“不上诉”。1992年1月7日，伊春市中级人民法院将此案移送省高院复核并获批准。同年8月31日，石××被送进北安监狱。1994年7月22日，石××因在劳动改造中表现突出并有立功表现，被减为无期徒刑。然而，他并不知道自己的案子已经出现了新的转机。

1994年4月，伊春市公安局在押的蒙面入室抢劫犯马××在书面材料中揭发检举道：“我要立功活命，1989年4月5日的杀人案不是石××干的，真凶是梁××!”伊春市公安局立刻成立了“89.4.5”案件复查专案组。然而，梁××已于1990年10月被他人伤害致死。专案组人员通过深入细致的调查工

作，终于查明梁××因家庭仇怨欲杀护林防火员夏××却误杀了关××的事实，并发现了原案卷宗中的大量漏洞和自相矛盾之处。例如，尸检照片表明尸体上的创口系由双刃刺器形成，而该案认定的凶器却是一把单刃水果刀；侦查人员提取石××的“血衣”时发现被扯掉的3枚钮扣都放在衣袋里，而现场地形复杂，案发时正值停电，伸手不见五指，如果那钮扣是石××与被害人搏斗时扯掉的，他根本不可能找回失落的钮扣；此外，案卷中也记载有石××衣服上的血迹是其与弟弟在4月4日下午打架时沾上的其弟和其父的血的证言。更有甚者，被害人关××的血型本为AB型，竟被误定为A型！1995年4月22日，石××被无罪释放。但是这起错案给石××及其家人造成的损害却是无法挽回的。

在这起错案的形成过程中，正是由于侦查人员、检察人员、辩护律师和法官都没能坚持实事求是和遵守法制的原则，没有重视证据调查工作，才造成了事实认定上的根本错误。其教训是明显的，也是深刻的。

第二节 证据调查思维

一、证据调查思维概述

（一）证据调查思维的概念

如前所述，证据调查是与证据的收集、审查和运用有关的调查活动。同时，证据调查又是一种思维活动，因为证据调查过程实际上是对案件的认识过程。不论是侦查人员、检察人员、审判人员，还是律师、公证人员、仲裁人员、行政执法人员，在办理案件时都必须首先通过一定方式获取案件的感性材料，然后进行由此及彼，由表及里，去粗取精，去伪存真的分析思考，使感性认识上升为理性认识，制订调查计划，实施调查措施，最后实现查明和证明案件事实的目的。

证据调查思维是指调查人员在办理案件过程中，对证据调查思维的客体——案件中的人、事、物、时、空及其相互关系的分析、判断、推理的认识活动。这个概念包括以下几个含义：第一，证据调查思维的主体是调查人员。根据我国法律的规定，在诉讼案件中有权调查证据的人员是侦查人员、检察人员、审判人员、律师。在非诉案件中，如在行政执法案件中，有关的行政执法人员也有权调查证据；在公证和仲裁案件中，公证人员和仲裁人员也有权调查

证据。这些人员在办理案件，行使法律规定的证据调查权，从事证据调查活动时，就是证据调查思维的主体。第二，证据调查思维的客体是案件的客观事物。证据调查主体在进行证据调查思维时，必然要指向某一客体，这一客体就是调查人员所办案件中的客观事物，表现为人、事、物、时、空及其相互关系。在刑事案件中，就是指犯罪嫌疑人、被告人及其所实施的犯罪行为；在民事案件中，就是指当事人发生争议而要求人民法院作出裁判的法律关系，及其所依据的法律事实；在行政诉讼案件中，就是指引起行政诉讼的被告人所作出的具体行政行为，及其所依据的法律法规和法律事实。这些成为证据调查思维客体的客观事物是独立于调查主体之外的。客体的种类、性质和状况影响着调查思维的内容，因此，进行证据调查思维时，必须注意研究客体的情况，从案件的客观实际出发，这样才能寻求到正确的答案。第三，证据调查思维的具体表现就是运用科学的调查思维方式，对案件中的事物和关系进行分析、判断和推理。任何一种调查思维活动都是在一定的思维方式下进行的，具体表现为逻辑思维、辩证思维、形象思维、灵感思维等，这些思维方式是调查思维活动的外在表现形态。同时，调查思维活动必须通过一定的思维方法，如分析与综合、归纳与演绎等，才能达到思维活动的目的，这些思维方法成为调查思维的“桥梁”和“中介”。

（二）证据调查思维的特征

由于证据调查思维的客体、过程、内容和要求有不同于其它思维之处，所以调查思维有其自身的特征。认识这些特征对正确进行证据调查思维具有重要意义。

1. 逆向性

辩证唯物主义认为，任何事物都是相互联系的，而且联系的方式是多种多样的。其中，引起与被引起的联系方式即为因果关系。因果关系的一个重要特点是顺序性，即原因与结果在时间上有先后次序，原因在前，结果在后。在现实生活中，人们的思维一般是按照事物的顺向发展，先看到原因，而后看到结果，知道这个结果是由某种原因引起，由此认识了这个事物的前因后果。这就是大多数思维所采取的顺向性认识方法。

但是，证据调查人员在进行思维时却往往不是这种情况。因为调查人员一般是在案件发生之后才介入的，在这之前，他对案情并不了解。可见，调查思维主体在认识案情时只能根据案件的结果，有时甚至连结果也没有看到，只是从材料中获悉有这个结果存在。这就决定了调查思维主体不可能按顺向的方式认识案件的发生和发展，而只能按逆向的方式去认识案件，即通过各种调查措

施去收集证据和案情信息，并从这些证据和信息中一步一步地查明案件的因果联系。调查思维主体在逆向思维过程中，从现有的案件证据材料出发，正确地运用抽象与概括、分析与综合等思维方法，从纷繁复杂的案情表象中，抽象出科学的、能反映本质和规律的东西，以便“再现”案件的真实情况。然后运用各种措施，收集证据，证实或否定自己的种种假设，如此反复进行，从而更深刻、更正确、更完全地认识案情，揭示案情真相。这就使证据调查思维表现出明显的逆向性特征。

2. 对抗性

由于违法犯罪行为是危害社会、应承担法律责任的行为，案件中的行为人知道自己的违法行为一旦得到揭露和证实，就会受到法律的严厉制裁，因此他们对调查思维主体的态度是对抗的。这种对抗性的突出表现就是作案人实施反调查手段，他们千方百计采用各种各样手段和伎俩，以假乱真，故布疑阵，扰乱调查视线，使本来比较简单的案情变得错综复杂，使比较复杂的案件变得更加扑朔迷离，使调查工作常常出现“山穷水尽”的局面，给查明案情，收集证据带来很大困难。例如，多数犯罪分子从开始实施违法行为时就考虑了一套对付调查的狡猾手法。他们或者采用十分隐蔽的手段实施犯罪行为，使调查人员难于取得证据；或者在作案时制造假象，用以迷惑调查；或者伪造痕迹、物证，转移调查视线。在犯罪行为实施之后，还会千方百计掩盖事实真相。

调查思维的对抗性给证据调查人员提出了以下要求：第一，主动性要求。当前刑事犯罪正日益暴力化、团体化和流窜化，各种经济犯罪案件也呈现数额巨大，手段日益隐蔽和智力化的趋势。因此调查思维主体在办案过程中，必须增强主动性和责任感，快速反应，主动出击，以迅速取得证据，最大限度地避免和挽回损失。第二，敏锐性要求。犯罪分子作案后往往采用破坏现场、销毁物证、制造假象等方法来掩盖自己的犯罪行为。这就要求调查思维主体在分析案情时必须具有思维的敏锐性，善于疑人所不疑，想人所未想，洞察秋毫，认清本质。第三，意志性要求。调查客体为了逃避打击，逍遥法外，甚至嫁祸于人，必然想方设法制造假象，实施各种反调查伎俩，给调查工作设置种种障碍，使得办案难度越来越大。这就要求调查思维主体必须具有百折不挠的毅力，勇于在困境中，在变幻莫测的案情中，寻找各种案情细节，从不被人们注意的微量物证、习以为常的环境信息中挖掘具有调查价值的细枝末节，并通过扎扎实实的调查取证工作来加以印证。

3. 时效性

证据调查思维的时效性是因为各种证据随着时间的变化，或者难于收集，

或者证明力降低，甚至消失。对于物证来说，可能因为自然条件的影响而模糊、变样或消失。如雪地上的脚印会消融，露天现场的痕迹会被雨水冲掉，尸体会腐烂等。对于人证来说，当事人、知情人对案件事实的记忆因时间的延长会模糊，难以表达清楚，或者有关人员远离发案地而使收集证据变得困难。因此，要取得确实、充分的证据，调查人员必须讲求思维的时效性，即树立“时间就是胜利”的观念，增强快速反应能力，快速获取案件信息，快速分析案情，快速制订调查对策。

4. 复杂性

证据调查思维的客体是案件中的客观事物，它同其他思维活动的客体相比有着特殊的复杂性。这主要表现在以下几个方面：第一，法律保护客体的广泛性。我国法律全面保护各种组织、公民的合法权益。刑法对社会公共安全、公共秩序，国家、集体和个人的财产，公民的生命健康给予保护；民法对平等主体之间的人身权利、财产权利进行调整；行政诉讼法则保护因行政机关具体行政行为违法而侵害的公民、单位和其他经济组织的合法的人身权和财产权。第二，证据种类的多样性。我国法律规定凡是能证明案件真实情况的一切事实都是证据，具体表现为物证、书证、勘验检查笔录、当事人陈述、被告人口供、鉴定结论、视听资料等，并且每一种证据的表现形态又是多种多样的，如物证有物质、物品、文书、痕迹等形式，特别是形形色色的微量物质更是复杂多样。这些都决定了证据调查思维的复杂性。

（三）证据调查思维的构成要素

证据调查思维是由多种要素构成的复杂系统，它是目的、知识、观念、材料等要素相互联系、相互作用的动态结构。剖析调查思维的构成要素及其在思维中的地位和作用，有助于我们理解调查思维的本质和结构，把握调查思维的规律。

1. 目的

人类的思维是一种有目的的活动。目的是思维活动所追求的目标和要完成的任务，证据调查思维的目的就是查明案情，收集证据，以便正确地适用法律，处理案件。只有树立明确的目的，调查思维活动才能有确定的方向，才能使各种调查措施的实施有条不紊地进行，制订的调查计划才有针对性。

2. 知识

知识作为证据调查思维的基本要素，直接关系到调查思维方式的形成、存在和变革。这主要表现在：第一，知识是认识调查客体的一个基本要素。如调查人员掌握了物证技术的基本知识，就可以在现场勘查中有意识地发现和提取

各种物品和痕迹，并对它们的分布规律、证据意义进行分析。第二，知识是构建科学思维方式的直接条件。调查思维方式的科学化程度直接取决于调查人员知识的质和量。第三，知识是引起调查思维方式变革强有力的杠杆。每一时代调查思维方式的重大变革，都是在旧知识不断更新和新知识产生的基础上实现的。

3. 观念

证据调查主体在思考某一对象或案情时，总要涉及一定的观念，因此观念也就成了调查思维的基本要素之一。作为调查思维要素的观念主要是指主体的社会意识，如哲学观念、审美观念、价值观念、伦理观念、道德观念、法律观念等。观念在调查思维中的作用具体表现在：第一，观念是调查主体思维活动的方法论原则。调查主体在办理案件、思考特定案情时，总是以有关的观念作为其指导原则。如一个讲究效率、坚持迅速及时原则的侦查人员，在侦查中就能做到不仅勘查犯罪现场迅速及时，采取搜查措施迅速及时；就是在询问证人，讯问被告人时也是抓紧进行，以便抓住战机，获取证据，迅速破案。第二，观念制约着调查主体的思维定势。作为思维要素的观念，能规定调查主体的思维方向，对主体的思维活动具有定向作用。第三，观念对主体的思维活动具有选择作用。观念作为主体认识客体的先验框架，具有思维准则的功能，能对客体及其所发生的信息进行认知，并作出筛选。

4. 材料

材料是证据调查思维加工、处理的对象，是调查思维不可缺少的要素。调查思维的材料可分为两类：一类是感性材料，一类是理性材料。调查思维的感性材料，包括调查中的各种感觉、知觉、表象材料等，感性材料是思维加工的原始起点。如杀人的刀子、爆炸残留物、强奸现场的精液、毛发、伪造的合同文本、侵权的产品、被非法吊销的营业执照等，这些材料反映了案件某一方面的具体情况。调查思维的理性材料，主要指的是概念、判断和推理，它们是思维的形式。调查思维活动正是通过从感性材料中形成概念，运用概念进行判断，进而做出推理，以此来认识案情。调查感性材料和理性材料虽然不同，但它们都是在调查实践中形成的，既相互对立，又相互联系。

5. 传统习惯

传统习惯又称为思维传统，是构成思维的要素之一。它是在知识观念的参与下，由社会中各种复杂因素凝结而成的作为主体从事思维活动的惯性。这种惯性同主体观念、社会心理、文化等各种复杂要素凝聚在一起，积淀而成为主体思维的参照系，形成主体头脑中的思维传统。它一旦形成，就带有极大的惯

性、顽固性，对人的思维产生强烈的作用。例如，在调查实践中，不少调查人员有下列传统的思维习惯：现场翻动乱而大，作案者为“生人”；杀人劫财手段残暴，案犯必有犯罪前科；嫌疑人若有人证明案发时不在现场便可否定等等。

传统的思维习惯对思维的影响存在着两重性：一方面，它的某些部分在调查实践中起着积极作用，这是传统思维的精华部分。如：传统的经验思维重视现场勘查、重视调查访问、重视群众和基层组织参与调查的积极性。另一方面，传统的思维习惯经过长期积淀而内化为调查主体头脑中的思维框架，成了“天经地义”的思维信条，就必然带有保守性和惰性，是一种消极的破坏力量，这是传统思维中需要扬弃的部分。例如，在调查实践中，现场翻动乱而大，可以是熟人作案后故意制造的假象；没有犯罪前科的人作案，现场上同样可能呈现凶狠残暴的景象；有人证明嫌疑对象没有作案时间，可能是案犯蓄意精心制造的伪证。我们不能满足于现成的思维成果和调查经验，而要突破原来形成的习惯和模式，并有所发展，有所创造。

6. 情感

情感作为处理和调节人的行为的一种方式，能影响思维的波动性和逻辑性，因而也是证据调查思维的要素之一。例如，在办案过程中，调查主体过分注重情感，就容易形成偏颇、固执的心理定势。在这种情况下，调查思维中的理性因素易受压抑，会造成由于情感的本性而对案件作出错误判断，导致调查工作走弯路。因此，调查人员要注意培养自己稳定的心理素质，不能让自己的情感随着案情而大起大落，特别是不能偏袒某一方，而要保持公正客观的立场，维护法律的正确实施，维护当事人双方的合法权益。

7. 语言

语言是思维的工具，调查语言丰富，可以使调查思维活跃、开放。调查语言的更新预示着调查思维方式的更新和调查主体行为的更新。因此，调查语言同调查主体的思维能力是密切联系在一起的。

（四）证据调查思维的运行机制

“运行机制”又叫“机理”，是指一个事物或一个系统各构成要素的相互关系及其工作原理。任何一种具体的调查思维活动都有其内在的运行机制。如精确性调查思维必须有定量分析的机制，才能形成思维活动过程和结果的精确性；创造性调查思维必须有直觉、想象和猜测的机制，才能产生创造的意向和行为，等等。

1. 选择机制

调查主体在思维活动中对来自外界的各种证据信息绝不是兼收并蓄，而是通过思维的选择机制，有过滤、有取舍的吸收。从这个意义上说，选择是调查思维的根本机制。任何一种调查思维都需要有选择机制，都需要主体具有运用选择机制从复杂的案情信息中作出筛选的鉴别能力。

司法实践中的证据信息是多种多样的。其中对调查工作十分重要的是哪些证据信息为真，哪些证据信息为假。由于调查主体思维活动的指向是多种多样的，因此，必须借助于调查思维的选择机制来作出判断，决定取舍。因为证据信息和其它信息一样，也有一个质量问题，并非一切证据信息的来源都绝对可靠。实际上不少是属于谣传、误传或搜集过程中掺杂水分的东西，特别是有的案件涉及到先进的科学技术，或是专业性比较强的工作，或是案件中当事人众多，诉讼参与人之间关系复杂等等，在这种情况下对案情证据信息真假作出正确判断显得尤其重要。逻辑思维所揭示的同一律、矛盾律和排中律，就是思维中判定真假的重要机制。

2. 协调机制

所谓协调，就是调查主体的思维活动不断依据内部和外部条件的变化而进行调整，以达到思维目的的过程。它要求调查思维实现对外界案件信息的控制，使外部案件信息按照主体思维活动的目的发展，并与自身的性质、类型相协同。思维的协调机制要求主体在各项调查思维活动中，要善于配合、调整和理顺思维各要素及其与调查思维客体的关系。只有协调思维各要素，才能提高调查思维活动自身的有序性，促进思维内在机制正确运行。因此，调查主体把外来信息与主体认知结构的内在信息相互作用，相互协调配合，使外在案件信息或者被剔除，或者被改造，导致案件信息的再次组合、编码，产生出反映事物本质的概念。概念信息的相互渗透、组合，形成判断。不同系列的组合信息按照逻辑规则排列和再组合，形成推理。这个过程就是我们通常所讲的“去粗取精，去伪存真，由此及彼，由表及里”的加工制作过程，它推动思维活动趋向有序性。

3. 转换机制

由于思维主体不断地吸收外来信息，从而使思维结构发生变化，这会导致原有思维方式的变化。一种调查思维方式向另一种调查思维方式的转换，其根本原因是由于思维结构的变化，没有由背景知识的变化而引起的结构上的变化，也就没有调查思维方式的变革。例如，一个原来理科知识缺乏的调查人员通过系统地学习痕迹技术、法医技术、生物物证技术，学习物理学、化学、生物学等自然科学和技术科学知识，就能形成一个合理的知识结构。在现场勘

查、调查取证中分析问题时，可以运用文理结合的思维方式，对现场中各种潜在的、微量的痕迹物证，从多侧面、多角度进行发散思维。这些背景知识，技能训练，有力地推动了调查主体思维方式的转换机制，使思维从原来的经验型、单维型转换成扩散型、多维型、创造型。

（五）证据调查思维的功能

调查思维是由主体的知识、观念和传统习惯等要素相互作用，有机联系而形成的一种思维结构。这种思维结构对外界的信息在一定范围内具有输入和输出的反馈作用，这就使调查思维具有特定的功能。

1. 证据调查思维的认识功能

调查思维的认识功能是指调查思维对分析案情、制定调查计划和对策具有分析、解释、辨别的作用。这种认识功能主要表现在对外界调查信息具有筛选、解释和组织作用。

（1）筛选作用

调查思维犹如一个筛子，它能从复杂繁多的案情材料、多种思路和方案中选择与调查目标相适宜的思路和方案，也就是主体以自身积累的约束信息（知识、技能、经验）来“同化”或“顺应”外来的案件信息。不同的调查主体在进行同一项调查活动时，所获得的证据信息及其思维结果有时会大相径庭，这是因为调查主体总是按照自己的思维方式来筛选证据信息，因此，会产生出不同的思维结果。调查思维通过对外界信息的筛选，可以限定主体的思考范围，这样就能克服信息载量的超负荷现象，从而保证了调查思维的有效进行，提高了思维效率。

（2）解释作用

调查思维的解释作用就是通过对案件中的信息作出解答和说明，让人们都能理解和接受。只有通过解释作用，认识各种案情信息的意义，才能便于筛选作用、指导作用等其它思维功能的发挥。不同的调查思维方式有不同的解释方式，对不同的调查对象也要选用不同的解释方法，如对案件性质的解释往往使用“定性”分析方法，而对微量物证的解释常常使用“定量”分析方法。调查中常见的解释有因果解释、时空解释、心理解释、形象解释等。因果解释，目的在于揭示案情之间的因果关系，以明确调查方向；时空解释要弄清法律行为实施的时间和空间，为确定行为的意义提供客观依据；心理解释要发现当事人在实施行为时的心理特征，以便更好地把握当事人的主观动机和个性特征；形象解释，目的是把握当事人的形象特征，为寻找有关人员提供外表形象依据。

（3）组织作用

即通过对进入大脑中的各种散乱的、个别的、表面形象性的案情信息及时地进行调整和组织，使各种案情信息形成概念，或是形成对案件整体的认识，或是发掘其本质和规律，这就是调查思维的组织作用。不同的思维方式具有与之相适应的整合原则，以此作为统摄外部案情信息的机制。如立体思维的整合原则是立足于全方位的开放，以具有立体结构的纵横交错的认知图式作为参照系，把思维的线性集中性和平面扩散性有机地进行组合，以形成对案件整体和本质的认识，使案件得以查清。

2. 证据调查思维的行为功能

调查思维对调查主体的行为具有积极的作用，它能有效地调节和控制主体的行为。思维就其本质来说，是主体行为的内化，当主体的行为以一定的动作图式移入人的头脑中，成为主体的思维结构时，就形成一定的思维方式；反过来，思维方式一旦形成，又对主体的行为产生指导、调节控制作用。

(1) 指导作用

调查主体的任何一种行为活动都有一定的具体目标。调查思维对主体行为的指导作用，主要表现在对调查行为目标的确定、预测和实现上。首先，在确定调查目标时，科学的调查思维要求充分发扬民主，广泛征求意见，由此产生出多个目标和方案，体现出多方位性。其次，科学的调查思维有助于预测调查目标。因为事物发展有其固有的规律，调查思维的科学性，决定了它能发现事物发展中的这种固有规律，准确地进行预测。再次，调查思维对实现调查目标，规定具体的调查行动步骤、措施和方案具有指导作用。如，在科学调查思维指导下，同一认定的正确步骤是：分别检验——比较检验——综合评断。

(2) 调节控制作用

调查主体在调查活动中的行为方式，在很大程度上就是其思维的外化。主体行为活动的类型、层次和水平，往往取决于思维的类型、层次和水平。如保守的思维会导致调查主体刻板地按文件办事，一切按常规行动，不愿也不会自己拿主意解决面临的实际问题。科学的调查思维是多样化的思维，它能不断强化主体行为的自主性和主动性，从而有助于调查主体调整行为，采取对策，有助于解决案件中的新情况、新问题。

二、证据调查思维的种类

人们可以依据不同的标准，从不同的角度对证据调查思维进行分类。首先，依据思维对象的类属边界及其性态的清晰度不同，可以把调查思维分为模糊性思维和精确性思维两种性质的思维。模糊性思维就是主体对思维对象的类

属边界及其性态的不清晰、不确定的思维。如，在现场勘查和现场访问刚结束时，由于取得的证据材料和案情信息不充分，且真假难辨，这时对嫌疑人摸底排队时，就要把侦查范围划得大一些，尽量不让真正的罪犯漏掉。相反，精确性思维则是主体对思维客体的类属边界及其性态的清晰、确定的思维。如，调查主体在进行物证同一认定时，要对比较检验发现的特征符合点和特征差异点进行综合评断，这时就要运用精确性思维。

其次，依据思维解决问题时寻找方法、途径的不同，可以把调查思维分为发散性思维和收敛性思维。发散性思维是从一个问题出发向多个方面、多个角度进行与之有关的思维，它具有多维性、灵活性的特点，能够增强发现和解决问题的能力。在调查中分析与案件有关的具体事物时，能够发现事物与案件的多种联系，最大限度地挖掘出多种证据信息。收敛性思维则是由多方面、多角度向一点集中思维的一种调查思维，它能够增强认识问题的准确性，在分析案件要素时，能够增强分析结论的可靠性。

再次，依据思维活动的形式结构不同，可以把调查思维分为纵向思维和横向思维两种类型。纵向思维是对事物的过去、现在和未来进行系统性思考的方法，它又分为后馈性思维和超前性思维。后馈性思维是由现在追溯过去的一种思维，这在进行现场勘查时，分析行为人在现场的活动过程时经常用到。超前性思维，是由现在预测未来的一种思维。主要运用于对行为人后续行为的分析判断，预测行为人可能前往某个地方，预测罪犯销赃的途径，预测其可能出现的反常表现等等。横向思维是截取事物的某一横断面加以研究的思维，它能够增强看问题的广度和协调能力。对案件的各种要素进行横向思维，可从其内在联系中把握案件的本质，有助于对案件形成整体认识。

最后，依据调查思维的形式和途径不同，可以把调查思维划分为感知类、理性类和想像类三种类型。这也是本节要讨论的主要内容。

（一）感知类调查思维

感知类调查思维是以感觉、知觉、经验等作为思维形式的一种调查思维，包括情感思维和经验思维两种。

1. 调查情感思维

情感思维又称动作思维或形体思维，它是通过调查主体的语言（口语）、行为、动作或面部表情来表达主体的心理意愿或思维动向的思维。这种心理意愿或思维动向，除了反映调查思维主体的理性追求外，往往还是喜、怒、哀、乐即七情六欲的映射。因此，情感思维与纯理性的思维或纯直观的本能欲求不同，它是理性、情欲兼有的思维，是调查主体对调查案件的一种倾向或态度，

并能鼓励或驱使调查主体去追求迅速查明案情。情感作为主体对客体所持态度的体验，是可以用语言表达的，但由于情感体验的错综复杂，又往往难以用语言来尽述，常常要借助于表情和动作。情感表达的特征是感性形式的，但其内涵却表现为理性的沉积。只有在理性上把握主体和客体的关系，才能具有深沉的、持久的、充满激情的情感，相反的则是肤浅的、单调的、瞬间的、毫无生气的情感。情感思维在询问证人、讯问被告人时用得非常普遍。

2. 调查经验思维

经验思维就是停留在直接具体经验水平的思维，以直接的经验来思考和把握调查对象，其思维的加工是简单的、初步的。经验思维是形成调查经验的方法。调查经验是与调查实践活动直接相关但尚未揭示案件事物的本质，是对事物现象的反映。但是，调查经验知识又与感知觉、表象不一样，经验知识的陈述要通过概念和判断，可以用语言表述出来，或者用文字记载下来。因此，经验知识虽尚未揭示事物本质，却也是思维的产物。在经验的形成中，感知觉、表象只提供初步材料，还有待于进一步加工。经验思维具有实践性、具体性、个别性和习惯性的特点。在调查实践中，调查经验思维目前还占有很重要的位置，是用得很广泛的传统思维。

经验思维主要有两种方法：观察和实验。观察就是人们通过感觉器官，对自然状态下发生的现象，进行有目的研究活动。在调查工作中，勘查现场，检验尸体、物证和文件等都要用观察。实验是为了某一目的的需要，人工地制造一定的条件，引起某种现象的变化，以便在最有利的情况下进行观察。因此，实验本质上也是一种观察，是观察的高级形式。实验比观察优越：一是在实验中主体可以纯化某种现象，人为地控制某一现象的发生和变化，而使另一现象不发生或不变化；二是在实验中可以人工安排发生某些现象，便于观察；三是在实验中可以改变某些现象的自然状态，便于加深认识。调查思维中的实验主要是现场模拟实验和实验室实验两种。

（二）理性类调查思维

理性类调查思维又叫科学类调查思维，它主要是以概念范畴体系的形式把握调查对象，又分为逻辑思维和辩证思维两种。

1. 调查逻辑思维

逻辑思维又叫抽象思维，是以概念、判断、推理等形式进行的思维活动。它是人们在实践中，在感知觉的基础上进行分析与综合，抽象与概括，形成抽象概念，并应用抽象概念进行判断和推理，认识事物的一般的和本质的特征及其规律性联系的思维。逻辑思维有四条基本规律：同一律，不矛盾律，排中

律，充足理由律。这四条规律保证了思维具有确定性，不矛盾性，一贯性和论证性。逻辑思维的方法主要有比较、分类、定义和划分，其目的在于界定事物，赋予概念确定性。

逻辑思维是调查主体运用得相当普遍的一种思维，它一方面可以获得对案情的新认识，另一方面，可以防止在分析案情时犯逻辑错误。调查思维主体在办理案件时，开始所能了解的只是一些分散的、个别的情况。这些情况使调查人员产生了初步的看法和印象，这就是感性认识。随着调查工作的深入开展，这些感性材料不断积累，经过大脑思维加工，就成了理性认识。理性认识的形式是概念、判断和推理。到了这个阶段，调查人员对案件就开始有所判断，并能从一个或几个判断中推出另一个新的判断，这就是逻辑思维中的推理。调查逻辑思维所反映的正是主体如何使用概念，如何从事判断，以及如何进行推理（包括直接推理、演绎推理、归纳推理、类比推理等），如何进行论证。

2. 调查辩证思维

调查辩证思维是指调查主体在办案过程中，自觉和不自觉地按照辩证法去进行的思维，它在本质上是唯物辩证法在调查思维这个特殊领域中的具体化。调查辩证思维是以相互联系、互相制约的观点，从矛盾的运动、变化和发展中去研究案件。它的特点在于揭示了案件中事物及其概念的矛盾运动、变化、发展及其规律性，这就能更准确地把握调查对象，更顺利地查明案情。

辩证思维有两个基本特征，一个是联系的特征，一个是发展的特征。前者是指案件中的诸要素之间，该案件与周围环境之间都存在着普遍的联系。行为人实施任何行为，都必然要同行为所指向的客体及其周围事物发生联系，也必然同案件涉及到的一切关系发生联系。联系的客观普遍性是任何案件的本性。因此调查主体在思维时，必须非常重视运用一切手段去发现和寻找这种联系。调查辩证思维中的发展，是指主体对案情认识的由低级到高级的前进运动，是新的正确认识的不断产生和旧的错误认识的不断消除。在调查过程中，与案情有关的各种事物和现象的相互联系和相互作用，形成了调查思维的辩证运动。在运动过程中，由于新的线索不断发现，新的证据不断获取，因而使调查主体在思维中，对这些新的材料不断进行新的分析和综合，由此产生出更符合案情实际的新的正确认识，而原来不符合案情实际的错误认识也必然得到消除。没有调查思维的发展，就没有对案情认识的新突破，也就谈不上最终查明案情。所以对调查主体来说，把握辩证思维的发展特征是极其重要的。

在进行调查辩证思维时，必须遵循对立统一规律、质量互变规律、否定之否定规律；把握好分析与综合方法、归纳与演绎方法、逻辑与历史相统一的方

法；科学应用原因与结果、偶然与必然、现象与本质、可能与现实等范畴。

（三）想像类调查思维

想像类调查思维是主体通过想象、直觉等形式、途径来把握对象的思维。它包括形象思维、直觉思维和灵感思维三种类型。

1. 调查形象思维

调查形象思维，就是调查主体在办案过程中自觉地加工感性形象认识，反映调查客体的形象特征，把握客体形象的本质，从而能动地指导调查实践的一种思维。在这种思维活动过程中，调查主体通过自己的感官将案件中的人、事、物和现场中的色彩、线条、形状等形象信息摄入大脑，在进行感受、储存的基础上，通过意象、联想、想象、直觉、猜测和典型化等思维方法，把感性形象上升为理性形象，并用它去揭示案件事实。在犯罪案件侦查中给犯罪嫌疑人画像，使用的就是形象思维。形象思维还可用来再现案情，为调查提供假设，为逻辑思维补充必要的环节，活跃的形象思维还有助于调查直觉的产生。

2. 调查直觉思维

直觉思维是调查主体在办案过程中，以高度省略、简化的形式，凭借相似、比较和启发方法，对调查对象中的事物和联系进行一种豁然洞察和本质理解的思维。它是调查主体在自觉或不自觉地想着某一问题时，在头脑中突如其来地产生的一种使问题得到澄清的思维，是创造性思维的一种。在案件的调查过程中，许多调查人员常常通过直觉思维，突然地获得了某种启示，解决了某个不得其解的重要问题，从而使调查局势“柳暗花明”。

直觉思维不仅有实践基础，而且有相应的物质基础。现代脑生理学研究表明，人脑左半球主要具有逻辑思维功能，右半球主要具有形象思维功能，而左右半球的联合以及胼胝体（即左右半球连接部分）是直觉思维的脑生理基础。因此，调查主体在经常使用左半脑、注意逻辑思维训练的同时，要特别加强右半脑的使用和左右两半脑的结合，注意直觉思维的训练。

直觉思维的特征是：①它的表现具有突发性，是一种突如其来的顿悟和理解，人们既不能预先知道也不能自觉选择触发方式。②它的结构具有跳跃性，即不是按照仔细规定好的逻辑步骤前进，而是以凝聚简约的形式在瞬间直接悟出问题的答案。③它的内容具有创造性，总是同新问题的解决联系在一起的。这种创造性并不神秘，而是长期思维的必然结果。④它的结论常常需要用逻辑方法将推理展开，使之臻于完善。

3. 调查灵感思维

灵感是人在认识事物过程中的突然感想，是注意力、观察力、思维力和想

像力的巧妙融合，是对思维课题产生的顿悟。调查灵感思维是调查主体在分析思考案情达到一种思维饱和或超饱和状态时，使正常逻辑思维渐进过程中断，使百思不得其解的大脑顷刻陷入混乱无序的状态，即进入潜思维阶段。在潜意识推论过程中，一旦蕴育成熟，偶遇诱因触发而突然涌现出显意识，表现为灵感迸发，思维豁然开朗，从而使案情获得总体或局部上突破的一种思维。在调查实践中，每当调查主体对某一关键性问题进行了一段时间的专注和研究，伴之以对解决办法的渴求，放下工作转而考虑其它，然后一个想法戏剧性突然闪现，常常有一种种种疑团豁然开朗的感觉，调查主体为眼前的这种想法感到惊奇甚至狂喜。例如，1979 年到 1980 年期间，某市连续发生了 56 起强奸案件，涉及 50 多个单位。侦查机关多方努力，久侦不破。一次偶然的机会，侦查人员将案件的发生地点一一标明在市区图上，惊奇地发现：案件反复发生在一个成马蹄形的线路上。因而联想到可能是同一个人作案，马蹄形线路正是他工作到住地的必经之路，于是进行并案侦查，统一指挥，很快便把罪犯逮捕归案。

灵感思维的发生机制，大体要经过境域——启迪——顿悟——验证等几个环节。

境域：就是指那种足以萌发灵感的充分而且必要的主客观条件。当案件发生后，调查主体现场勘查、案情分析、调查取证、摸底排除，连续紧张地思考，以期揭示案件的本质，精神和心理完全沉浸于“不破楼兰誓不还”的状态。

启迪：即客观存在的案情信息，在意外的场合，以意外的形式偶然为调查主体所捕获，“忽如一夜春风来”，成为沟通显意识与潜意识的诱因。

顿悟：指灵感在潜意识蕴育之后，同显意识沟通时的瞬间契合，使调查问题得到戏剧性的解决。顿悟的内容不是对犯罪现象的感性认识，而是对案件本质和规律的洞悉，它是思维跨越推理程序的非连续的质变方式。

验证：调查工作不同于文艺创作，它对灵感思维的成果尚有一个分析与鉴别过程。随着灵感的迸发，新的思路、新的调查假说脱颖而出。尽管灵感的产生归根到底仍是源于案件事实，但由于主体的直觉具有模糊性，还必须回到调查实践中去检验其真伪。根据灵感发生在何种阶段上的不同，验证的手段和方法也有区别，一般说来证明的手段有：调查取证、物证技术鉴定、调查实验、辨认以及逻辑证明等。

三、证据调查思维的方法

（一）调查思维方法的概念

调查思维方法，是指调查人员进行思维活动，形成方法论原则所运用的手

段和工具。它是主体通向客体的“桥梁”和“中介”，没有思维方法，一切调查思维活动都无法取得有效的成果。

调查思维方法具有关系性、动态性和手段性三个特性。调查思维方法的关系性首先表现在它是作为思维主体与思维对象之间的操作关系而存在。思维方法是工具，在思维主体与思维对象之间充当着联结的中介。其次，在思维操作中，思维方法是主体加工思维对象的程序和方式。调查思维方法具有动态性，因为在思维活动过程中，思维方法就是思维加工的运动程序，它涉及对思维对象先后加工的方式。调查思维方法的手段性是因为思维方法是思维主体与思维对象之间的中介因素，是思维主体对思维对象施加作用的手段和工具。思维方法不论多么完善、新颖，都不是调查人员思维所要达到的目的，而是达到思维目的的桥梁。

调查思维方法是多层次、多结构、多样化的。按其作用范围和功能的不同，可大致分为两个层次：一层是作为调查思维过程中的方法，如：归纳方法、演绎方法、抽象方法、类比方法、调查假说方法等；一层是作为理论工具的方法，如：哲学方法、数学方法、系统方法、信息方法、控制方法、模型方法等。这些处于不同层次上起到不同作用的调查思维方法，各有其不同的适用范围和功能，它们在不同的调查思维种类中具有不同的意义和作用。本书中我们重点介绍分析与综合、归纳与演绎、“人、事、物”联系法、调查假说方法。

（二）分析与综合方法

分析，就是在思维过程中把对象的整体分解为各个部分、要素、环节、阶段并分别加以考察的方法。分析方法在调查思维中是经常运用的。因为当我们刚办理一个案件时，开始得到的只是一个模糊整体，对案件各个方面及其内在联系和矛盾运动还没有清楚的认识。而要查清这个案件，取得证据，就必须在勘查现场，调查访问的基础上，对案件中的人、事、物等分别加以考察。为此，就必须对案件中的各种信息和事实材料进行分析，以便得出对案件某个方面的正确认识。比如，对现场的态势、物体移动的痕迹等进行分析，就可以对出事地点是否为第一现场作出判断。分析从表面上看是把一个整体分解为各个部分，把一个复杂的事物分解为各个要素。但是实质上，分析的目的是要在对事物的各部分、各要素进行比较和研究的基础上，分析它们在事物整体中处于何种地位，它们彼此间的关系，以便从各要素中找出主要要素，从偶然中发现必然，从现象中找出本质，从特殊中找出一般。

综合，就是在思维中把对象的各个方面、要素、环节和阶段有机地结合成整体的方法。在证据调查中，综合从表现形式上看，就是把部分组合为整体，

把局部组合为全局，把阶段联结成过程。但从实质上看，综合并不是把案件的各个部分、方面机械地凑合在一起，把分析的材料简单地相加，而是按照案件本身各部分之间固有的、内在的、必然的联系，将其综合为一个统一的整体。所以，综合的过程本质上是一个由简单到复杂，由低级到高级的上升思维过程。例如，调查主体在对案件经过科学分析之后，将某案件的作案时间、地点、手段、方法、动机以及具体情节等各个方面的情况综合起来，就能形成对这个案件的总体性认识。

分析与综合是一对相反相成的思维方法，它们之间有着密切的辩证关系。首先，分析和综合相互依存、相互渗透。一方面，分析是综合的基础，分析的结果是综合的出发点；另一方面，综合是分析的发展，分析如不向综合发展，认识就不能统观全局，同时综合也是分析的指导，人们总是通过综合来检验分析得到的认识成果是否正确。实际上调查人员在对案件的认识过程中，都是分析过程中有综合，综合过程中有分析的，任何纯粹的分析和综合都是不存在的。其次，分析和综合可以相互转化。在调查思维过程中，调查主体对各种案情信息和事实材料分析到一定的程度，初步把握了案件各个方面的本质及其内在联系后，思维运动必然由分析转化为综合。通过综合从本质上把握了多样性统一的整体之后，又需要进行新的分析，这时思维运动就又由综合转化成了分析。调查人员对案件事实的认识，就是在这种“分析——综合——再分析——再综合”的不断循环往复中，逐渐深化和发展的。

（三）归纳与演绎方法

归纳就是从个别事实推出一般结论的一种思维方法。归纳的前提是一些关于个别事物或现象的判断，而结论都是关于该类事物或现象的普遍性判断。在调查工作中，调查主体经过现场勘查和调查访问，接触了大量的个别事实，在收集大量案情信息的基础上，对其进行分析研究，从中概括出一般性的结论，这种思维方法就叫归纳法。

按照归纳法所概括的对象是否完全，把归纳分为完全归纳法和不完全归纳法两种。完全归纳法是根据某类对象中的每一个对象具有或不具有某种属性，进而推出这类对象的一般结论的方法。不完全归纳法是对某类事物中的部分对象作了考察研究之后，发现它们具有或不具有某种性质，从而概括出一般性结论的方法。

演绎就是从一般原理、原则中引出个别性结论的思维方法。在调查工作中，调查主体用归纳法所得来的调查案件的一般规律，再去分析同类案件中的某一具体案件，从而得出关于这一具体案件的个别性认识，这种思维方法就叫

演绎法。

演绎法的主要形式是三段论法。三段论法就是从两个判断（其中的一个一定是全称判断）得出第三个判断的一种推理方法。演绎法在调查思维中有重要作用。首先，演绎法是逻辑证明的重要工具。要证明某行为是否某人所为，调查人员可以以确实可靠的命题作为前提条件，经过合乎逻辑规则的推理过程，就能证明和反驳某个命题，得出必然性的结论。其次，演绎法是由已知进到未知，探索新知识的重要方法。如果作为推理前提的一般性科学原理是被实践证明过的真理，那么，由演绎推理合乎逻辑地推出的结论同样也是有科学根据的。最后，演绎法是发展调查假说的必要环节。调查过程实际上是一个提出假说并不断证实假说的过程。具体用什么来检验它，如何去检验，就需要在调查假说中运用演绎法来指导和检验。

归纳法和演绎法是辩证统一的两种思维方法。第一，归纳和演绎两者互为条件、相互渗透。一方面由于作为演绎出发点的一般性知识往往是由归纳得来的，归纳为演绎准备了前提，演绎中包含有归纳。另一方面，归纳离不开演绎的指导，如果没有演绎的一般性原理作指导，归纳就缺乏明确的目的；同时，演绎也为归纳活动提供了应当遵循的逻辑原则。第二，归纳和演绎在一定条件下互相转化、相互过渡。由归纳得出的结论，成为演绎的前提和出发点，这样归纳即转化为演绎；而以一般性原理为指导，对大量事实材料进行归纳，从而得出一般性的结论，这样演绎又转化为归纳。调查主体正是在归纳与演绎的交替转化中，思维不断地得到深化和发展，不断获得对案件本质的认识。

（四）“人、事、物”联系法

“人、事、物”联系法，即通过分析案件中人、事、物三要件之间的必然联系，以查明案情，收集证据的调查思维方法。这种方法的理论根据是唯物辩证法关于事物普遍联系和辩证发展的观点。人，指案件当事人及有关人员；事，指案件中有关人员实施的行为；物，指案件涉及的物质条件及其造成的物质现象和周围环境。这三要件的不同组合，便构成不同性质的案件。因此在具体的案件中，都存在着这三个要件之间特定的必然联系，揭示这种联系就成为认识案件本质的一种基本方法。对此，我们在后面的章节中还将做专门的讨论。

（五）调查假说方法

假说就是人们对于所研究的事物或现象作出的一种假定性解释，也可以称为调查假设。所谓调查假说就是调查主体根据与案件有关的案件信息，运用以

往的知识和经验对需要查明的问题所作出的推测性说明和解释。

调查假说具有以下特征：首先，调查假说具有科学性。调查假说总是以一定的案件客观事实和调查理论为依据，按照逻辑方法推理出来的。假说不等于胡说，没有任何根据地胡编乱造是形不成假说的，缺乏科学论证的简单推测和幻想也不是假说。因此，假说是一种基于客观案件事实和一定科学知识的合乎逻辑的思维成果。其次，调查假说具有推测性。调查假说从内容构成来看，虽具有一定的真实性、科学性，是建立在对案件事实材料反映基础上的产物。但由于案件本身是错综复杂的，其偶然因素和必然因素往往交织在一起，真象与假象同时并存，在没有得到验证之前，毕竟还是假说，是关于某些案件事实或现象的推断，必然接受调查实践的检验。调查假说是科学性与推测性的统一、缺少任何一点，都不是假说。

调查假说的提出一般要经过三个阶段。第一阶段，随着案件的产生，出现许多疑难问题和无法解释的事实关系。第二阶段，以现场上掌握的事实材料和科学原理为依据，通过思维加工做出假定。要提出一个假说，不仅应用了分析、综合、比较等逻辑方法，而且更突出的是应用联想、想象等方法。同时还要注意提出假说的根据必须确实可靠，假说不能与案件的其它事实有矛盾。第三阶段，从形成的假定出发，运用证据调查学理论和尽可能多的案情事实材料，进行广泛的论证和补充，使之发展为比较系统的假说。调查假说提出后，必须经过验证，不断地进行修正、补充，甚至推翻，再提出新的假说。因为调查主体对案件的认识都不是一次能完成的，随着认识的提高，调查假说在不断验证中会得到新的发展。调查办案的过程，实际上就是一个提出假说、形成假说、验证假说的过程。

调查假说具有重要的作用。第一，调查假说能使调查主体明确具体的调查步骤。调查假说的提出和验证，能使调查人员明确案件性质，确定调查任务、方向和范围，从而拟订出详细的调查计划，推动调查工作步步深入地开展。第二，调查假说有助于深化对案件的认识。调查假说的提出和验证不断推动着调查工作，使调查人员的主观认识更接近于客观实际。第三，调查假说是调查过程中不可缺少的重要环节。由于案件的复杂性，调查人员不可能一下子达到对案件本质的认识，而必须借助于假说这个重要环节。在掌握的事实材料基础上建立的调查假说，随着调查活动的展开，有的将被否定，有的将不断通过补充新内容得以修正。在这一过程中，假说是沟通主观与客观的重要环节。

四、提高证据调查思维能力的途径

调查思维的重要性决定了提高调查思维能力对完成调查工作任务具有重大

意义。调查思维是由多因素构成的综合体，因此，影响和提高调查思维能力的因素和途径也是多种多样的。这里我们只研究一些主要的途径。

（一）建立良好的知识结构

知识是调查思维的重要构成因素、调查主体的思维活动是在一定知识结构的基础上进行的，换言之，调查思维主体是运用已有的知识去把握思维客体的。首先，知识结构是构成调查思维的基础内容。只有具备良好的知识结构，调查主体才能从多方面、多角度进行立体思维，使思维活动呈现多维性。其次，知识结构是产生调查思维形式和思维方法的土壤。调查主体把握客体的思维活动，总要运用一定的思维形式和思维方法，而任何思维形式和思维方法都是在科学知识的土壤中生长起来的，是在科学知识的基础上经过抽象、概括和升华而形成的。调查主体要掌握科学的思维形式和思维方法，就必须具备合理的知识结构。最后，知识结构是引起调查思维方式变革的重要原因。思维方式的重大变革，都伴随着科学知识的巨大进步，都是在新科学知识的基础上产生和实现的。

调查人员的知识结构包括以下几个方面：第一，调查业务知识。如现场勘查、调查访问、物证技术、调查情报、调查谋略等。第二，哲学和思维科学。这是一类专门研究思维规律和认识方法的知识。第三，法学、心理学、社会学。第四，自然科学。如数学、物理学、化学、工程技术等。

（二）提高心理素质和认知能力

心理素质对提高思维能力关系极大。它要求调查人员具备坚韧的性格，顽强的意志。坚韧的性格包括是否热爱生活、关心集体，行为是否有竞争性，工作是否有计划，情绪是否稳定、持久、强烈，性格是否开朗、乐观，情感是否亲切等。顽强的意志要求调查人员在明确的目的指导下，积极地控制对案件的调查和控制自己，表现为调查人员具有坚定的意志，在遇到困难时能不屈不挠，有极大的韧性和毅力，对自己确定的目标有坚定的信念。

调查活动离不开观察，尤其在现场勘查、询问证人时，调查主体如果不能进行周密的观察，就不能获得有价值的案情信息，甚至不能得到有价值的证据材料，因此，敏锐的观察力是调查人员重要的“武器”。记忆是调查思维得以进行的十分重要的条件。调查人员有了准确的记忆，才能把过去获得的调查经验，保存在头脑中的各种信息，以及调查中得到的各种线索和证据联系起来，并在思维过程中得心应手地运用，促进思维活动深入展开。理解能力对提高加工和处理信息的能力具有重要作用，理解是调查人员用自己已有的调查知识和

经验，去处理或解释案件情况的思维活动。如果对案情不理解，就既不能确定案件性质，也不能确定调查方向和范围，更不能正确地选择和运用必要的调查措施。因此，调查人员要自觉地培养自己的记忆能力和理解能力。

（三）积累和总结调查经验

调查办案的实践需要是调查思维的动力源泉，提高思维能力的目的，归根到底在于提高实践水平，因此要根据调查实践发展的需要去确定提高思维能力的方向、任务和途径。调查人员经常置身于调查实践的第一线，有机会经常接触各种案件。知识是基础，实践出真知，要注意把知识和实践结合起来，提高调查思维能力才有保证。

思维虽然发端于实践，但这个过程并不是一个直线过程，而是一个曲折复杂的过程。调查人员在实践中不自觉地运用一些来自实践启迪的方法，但这种运用十分零乱，不规范，不能发挥其应有的作用。尽管有时会获得成功，但却不知道成功的原因何在。因此，努力从思维活动的成功经验中概括出新的思维规律，是提高思维能力的重要途径。要善于学习和运用科学的方法论和认识论，增强提高思维能力的自觉性，把调查实践中的经验方法总结和概括到理论高度，再反过来指导实践。

第三节　证据调查步骤

一、证据调查的任务

证据调查的目的是查明案件事实和证明案件事实。无论是在刑事案件还是在民事案件之中，无论是在经济纠纷案件还是在行政诉讼案件之中，各种证据调查活动都是为了实现上述目的服务的。

证据调查的目的与证据调查的任务是两个既有联系又有区别的概念。首先，证据调查目的是证据调查任务的核心与集中概括；证据调查任务是证据调查目的的扩展和具体体现。其次，证据调查目的是案件中调查活动的总体方向和最终目标；证据调查任务是案件中调查活动的具体工作和阶段要求。最后，就每个具体案件而言，就每次具体调查活动而言，证据调查目的有可能实现也有可能实现，而证据调查任务则是应该完成的。由此可见，证据调查目的是抽象的，它强调的是证据调查活动的结果；证据调查任务是具体的，它强调的是证据调查活动的过程。

由于证据调查目的是证据调查任务的核心，而证据调查目的就是查明和证明案件事实，所以我们在具体阐述证据调查任务之前，有必要先剖析一下案件事实的构成要素。

（一）案件事实的构成要素

案件是一种社会现象。社会生活的复杂性和多样性决定了案件事实的复杂性和多样性。每起案件都有其自身特点，都有不同于其他案件之处。换言之，世界上绝没有完全相同的两个案件。不过，形形色色五花八门的案件之间亦有内在的共性，这就是构成案件事实的基本要素。

各种各样的案件都是由一些基本要素构成的。我们可以将这些要素概括为"七何"，即何事、何时、何地、何情（如何）、何故（为何）、何物、何人。在英文中，有人亦将其概括为七个"W"，即 What（matter）、When、Where、How、Why、What（thing）、Who。下面，我们便分别考察一下案件事实构成的"七要素"。

1. 何事（What matter）

任何案件都是一种事件，因此都有一定的性质。所谓"何事"，即什么性质的事件，而事件的性质往往有多个层次。例如，当我们发现某人死亡时，首先要判断这起死亡事件是正常死亡事件还是非正常死亡事件；如果确定为非正常死亡事件，则要进一步判断它是自杀事件还是他杀事件；如果确定为他杀事件，还要进一步判断它是犯罪杀人事件还是非犯罪杀人事件（如正当防卫）；如果确定为犯罪杀人事件，仍要进一步判断它是仇杀、财杀、情杀还是流氓杀人或激情杀人等。案件发生后，有些层次上的事件性质是不查自明的，有些则需要去推断和查明。准确地判断案件的性质，对于证据调查工作的效率乃至成败均有重要意义。

2. 何时（When）

任何案件都是在一定时间内发生的，因此时间是案件的重要特征之一。所谓"何时"，指的就是案件的这种时间特征。它是三层含义：其一是某案件在客观世界时间进程中的顺序性，或者说该案件是在什么时间发生的。例如，某盗窃案发生于1996年7月18日凌晨2点30分，某交通事故发生于1996年7月18日晚9点21分，某货物购销合同签署于1996年7月18日上午10点20分等；其二是某案件在客观世界时间进程中的连续性，或者说该案件持续了多长时间。例如，该盗窃持续了40分钟，该交通事故持续了20秒钟，该合同签署持续了15分钟等；其三是某案件在客观世界时间进程中的关联性，或者说该案件与其他事件的时间关系。例如，该盗窃发生在下雨之前，该交通事故发生

在司机饮酒之后，该合同签署发生在一方当事人于另一地点参加另一会议的同时。在证据调查开始时，有些案件发生的时间是已知的，有些案件发生的时间是可推知的，有些案件发生的时间是需要查知的。而且有些案件是只知时间点不知时间段，有些案件虽不知准确时间却知其与其他事件的先后关系。无论在何种情况下，案件发生时间都对查明和证明案件事实具有重要意义，因为它或者是证据调查的重要内容，或者是证据调查的重要依据。

3. 何地（Where）

任何案件都是在一定空间内发生的，因此空间也是案件的重要特征之一。所谓“何地”，指的就是案件的这种空间特征。空间表示物体在宇宙中的位置及其与其他物体的相互关系。它具有广延性、三维性、排列性等特征，这是毋庸赘述的。除此之外，案件的空间特征还应包括自然形态特征和社会形态特征。案件空间的自然形态特征主要指案件发生场所的地形、地物、地貌等自然环境和自然因素特征。它对证据调查具有重要意义，因为它往往蕴含着与案件有关的信息。例如，公安人员在某河中发现一具溺水死亡的尸体，那么该河流及其周围山林的情况就有可能为查明死者系他杀、自杀还是意外死亡提供依据；如果确定为他杀，还有可能为查找罪犯提供线索。案件空间的社会形态特征主要指案件发生场所的社会属性及其周围环境的政治、经济、文化、宗教等社会背景特征。它对证据调查也具有重要意义。例如，某重要法律文件上签字的场所是办公室还是酒吧，可能为查明签字人的真实意愿提供佐证；某房屋产权纠纷案发生地区的民族聚居和宗教信仰等情况也可能为查明案件事实提供依据。一般来说，案件发生的地点或场所在证据调查开始时都是比较明确的，因此证据调查的主要任务不是去查找这地点或场所，而是发掘这地点或场所上与案件有关的各种信息。不过，在有些案件中，查明案件发生在“何地”也会成为证据调查的首要任务，因为办案人员接案时并不知道案件发生的地点或场所，或者那已知的场所并不是案件发生的真正场所或主要场所。杀人抛尸案就是典型的例证。

4. 何情（How）

“何情”指的是案件发生时的情况，或者说案件是在何种情况下发生的、是如何发生的，因此又可称为“如何”。它包括案件发生的方式和过程。首先，任何案件都是以一定方式表现出来的，而不同案件的表现方式又有所不同。例如，民事案件与刑事案件的表现方式不同；在民事案件中，离婚纠纷案与继承纠纷案的表现方式不同，扶养纠纷案和赡养纠纷案的表现方式不同，房屋纠纷案和债务纠纷案的表现方式不同，侵害人身权利案和侵害知识产权案的表现方

式也不同；在刑事案件中，杀人案件与伤害案件的表现方式不同，强奸案件与抢劫案件的表现方式不同，盗窃案件与诈骗案件的表现方式不同，纵火案件与爆炸案件的表现方式不同，贪污案件与贿赂案件的表现方式也不同。严格地说来，每一起案件都有不完全等同于其他案件的表现方式。例如，同为杀人案件，其表现方式又有毒杀、枪杀、勒杀、扼杀、闷杀、溺杀、电杀、刺杀等。因此，证据调查的任务之一就是查明具体案件的表现方式。其次，每个案件的发生都有其独立且完整的过程，因为每个案件都是由相关人员的一系列行为或活动所组成的。例如，在简单的公民债务纠纷案件中，这一过程可以包括债权人和债务人达成口头或书面借款协议的行为、债权人把钱款交给债务人的行为，债权人向债务人追索借款的行为等；在复杂的中外合资企业纠纷案件中，这一过程可以包括合资双方为建立合资企业而进行可行性研究和合同谈判的活动，双方签订合资企业合同的活动，双方共建合资企业的活动，双方共同经营管理合资企业的活动，产生纠纷的具体活动，以及双方为解决纠纷而进行的活动等。查明案件发生的过程也是证据调查的重要任务，因为只有查明案件过程才能对案件有个完整的认识，才能保证调查结果的准确性。例如，在一起入室盗窃案件的调查中，侦查人员应该从作案分子如何准备行窃、如何进入现场、如何实施盗窃、如何逃离现场、如何销赃灭证的整个过程中去发掘案件信息和收集证据，并在整体上把握它们之间的相互关系，从而对案件事实做出完整的判断。

5. 何故（Why）

"何故"指的是案件发生的原因，或者说案件为何发生，所以又可称为"为何"。它包括案件发生的主观原因和客观原因。前者指案件当事人或行为人的动机和目的，如某人提出离婚之诉的动机、某人实施贿赂的目的等。后者指促使或导致案件当事人或行为人做出某种决定或实施某种行为的外界因素，如导致某人决定离婚的家庭因素和社会环境因素，促使某人去实施贿赂的外界诱因等。此外，"何故"还可以指造成案件后果的原因，如造成某块麦田减产的原因，造成某条河流污染的原因等。在证据调查中查明案件发生的原因或造成案件后果的原因，其实质就是要查明案件中的因果关系。案件中的因果关系具有复杂性和多态性的特点。首先，因果关系的形式是多种多样的，既有一因一果，也有多因多果，既有一因多果，也有多因一果；其次，因果关系的性质是多种多样的，既有直接联系，也有间接联系，既有必然联系，也有偶然联系；再次，因果关系的组合也是多种多样的，既有直链式，也有网络式，既有并联式，也有交叉式。在证据调查中认真查明案件因果关系具有非常重要的意义。

一方面，查清案件中的因果关系往往是正确认定案件事实的关键。例如，在麦田减产的案件中，查清了减产是由于劣质麦种或劣质化肥还是由于旱灾、虫灾或管理不当，案件中的事实认定问题也就迎刃而解了。另一方面，案件中的因果关系还可以为查明未知事实提供线索乃至桥梁。例如，在杀人案件中，根据现场情况和证人陈述确定杀人动机为复仇、图财或奸情，往往可以明确查找作案人的范围和收集证据的方向。总之，查明案件中的因果关系应该是证据调查的重要任务之一。

6. 何物（What thing）

任何案件都发生在客观物质世界之中，因此都会涉及一定物体。所谓“何物”，即与案件有关的是什么物体。根据这些物体与案件的关系或者说在案件中的地位，我们可以将其分为三类：第一类是案件中的标的物，如继承纠纷案中的遗产，购销合同纠纷案中的货物，诈骗案件中骗取的财物等；第二类是案件中的使用物，如加工合同纠纷案中使用的机器，运输合同纠纷案中使用的车辆，杀人案件中使用的凶器等；第三类是案件中的关联物，如离婚案件中涉及的信件，运输合同纠纷案中涉及的票据，盗窃现场上遗留的作案人衣物及有关痕迹等。由于这些物体都以不同方式记载着与案件有关的信息，所以查找这些物体并译释其蕴含的信息对查明案件事实具有重要意义。在大多数情况下，这些物体都会转化为案件中的证据，因此查明“何物”就是证据调查的基本任务之一。

7. 何人（Who）

刑事案件、民事案件、经济纠纷案件和行政诉讼案件都是人与人之间的纠纷。离开了人，任何案件都失去了其存在的基础和意义。所谓“何人”，即与案件有关的是什么人。根据这些人与案件的关系或者说在案件中的地位，我们可以将其分为三类：第一类是案件中的当事人，如刑事案件中的被告人和受害人，民事案件中的原告人和被告人等；第二类是案件中的关系人，如刑事案件中被告人或受害人的亲友，民事案件中与原告人或被告人有利益关系的人等；第三种是案件中的知情人，他们虽然与案件当事人无利益关系，但是了解与案件有关的情况，如交通事故的目击人、书写遗嘱时的见证人、发现无名尸体的报案人等。他们一般都可以成为案件中的证人。实际上，案件中的关系人也可能是案件中的知情人，而我们这种分类是基于他们与案件的关系。如果关系人了解案件中的某些情况，他们也可以成为案件中的证人。查明“何人”，可以收集与案件有关的信息或证据，这是不言而喻的。在有些案件中，查明“何人”还是证据调查的中心任务。例如在刑事案件中，侦查工作往往就是围绕着

查明作案人来展开的。由此可见，查明“何人”在证据调查中具有特别重要的意义。

（二）证据调查的任务

在分析案件事实的构成要素时，我们实际上已经谈到了证据调查的任务。为明确起见，我们现将其概括如下：

1. 核查案件事实要素中的已知内容

如前所述，各种案件的基本事实都是由何事、何时、何地、何情、何故、何物、何人等七项要素构成的，而且它们也都是证据调查工作要解答的问题。但是证据调查人员在开始工作时并非对案件事实一无所知。以刑事案件为例：侦查人员在决定立案侦查时可能已经知道了何事与何地；辩护律师在接受被告人委托时可能已经知道了何人与何事；检察官和法官在准备起诉或审判时可能对七项要素都有了一定的了解。然而，上述人员对这些事实的认知都是间接的，都有可能存在着误差。为避免先入为主和偏听偏信，证据调查人员必须首先核查这些已知要素或者某项要素中的已知部分。换言之，核查已知内容是证据调查的首位任务。

2. 查明案件事实要素中的未知内容

证据调查的中心任务是查明案件事实要素中的未知内容。未知内容可以是某项要素，如案件发生的时间或地点；也可以是某项要素的组成部分，如“何人”中的知情人；还可以是某项要素的细节，如“何情”中案件发生过程的某些具体情况。在这些未知内容中，往往有一项要素或内容是整个案件证据调查工作的关键。而对于不同种类的案件来说，这一关键也有所不同。例如，在盗窃案件调查中，“何人”往往是关键；在合同纠纷案件中，“何时”和“何地”很可能是调查的关键；在交通事故调查中，“如何”往往是最重要的环节；在民事侵权案件的调查中，“何故”很可能是关键的要素。因此，查明未知内容应围绕着关键内容来进行。

3. 全面收集有关案件事实要素的各种证据

正如笔者在第一章第一节中所指出的，查明案件事实并没有完成证据调查的全部任务，因为调查者不仅要自己明了案件的真实情况，而且要用合法的证据来证明案件的真实情况。诚然，在有些情况下，查明某项案件事实要素的同时也就掌握了证明该项要素的证据，但二者并不总是同步完成的。一般来说，证明一项事实要素的难度要大于查明该事实要素，因此前者对证明材料的要求无论在质上还是在量上均较后者为高。众所周知，你知道“1+1=2”并不等于你能证明“1+1=2”，并不等于你能让别人都相信“1+1=2”。为了证明一

项事实要素，调查者必须全面收集有关的各种证据。根据作用或功能的不同，需要收集的证据可分为以下五种：1. 主体证据，即直接证明某项事实主张的证据；2. 背景证据，即通过相关事件来间接证明某项事实主张的证据；3. 解说证据，即解释或说明某项事实主张的证据；4. 信用证据，即支持或削弱某项事实主张之可信性或其陈述人之可信性的证据；5. 情感证据，即能够唤起裁断人员某种情感使之易于相信某项事实主张的证据。在实践中，一件证据可能同时具有上述多种功能。例如，在一起债务纠纷案中，原告方为了证明被告人就是向其借款不还的人，举出该被告人在此之前曾多次向别人借款不还的证据。这一证据既有背景证据的功能，也有情感证据的功能。然而，区分这五种证据有助于调查人员明确收集证据的具体任务，因而也有利于整个证据调查任务的顺利完成。

4. 综合评断有关案件事实要素的各种证据

对已收集到的各种证据进行综合评断也是证据调查的任务。理由如下：第一，证据调查的目的是查明和证明案件事实，而对证据的综合评断既是查明和证明案件事实的保障也是查明和证明案件事实的需要；第二，对证据的综合评断本身也需要通过一系列调查行为来完成，如询问有关人员，检验有关物证等；第三，对证据的综合评断是每个案件中证据调查活动的重要环节，这项任务的完成情况会直接影响到整个案件调查工作的成效；第四，对检察官和法官等司法人员来说，对证据的综合评断往往是其证据调查工作的主要内容。总之，明确了综合评断属于证据调查的任务，有利于保证具体案件中证据调查工作的完整性和科学性。

二、证据调查的途径

所谓证据调查途径，即具体案件中证据调查活动的起点和走向，也就是从何处入手去开始调查和沿着什么方向去展开调查。证据调查犹如行路，选择途径至关重要。如果道路选择不当或出现错误，那轻则舍近求远、事倍功半，重则南辕北辙、贻误战机。因此在明确了证据调查的任务之后，我们有必要专门探讨一下证据调查的途径。

如前所述，证据调查人员在开始工作时往往已经掌握了案件事实构成要素中的一项或几项，而在那些未知项中往往有一项是整个案件调查工作的关键或中心环节。证据调查的基本途径就是从已知事实出发去查明未知事实，而且往往以对关键未知项的调查为主线。不过，任何案件中证据调查行动最终都要解答人与事的关系问题，即某人是否做了某事。例如，某甲是否借过某乙的钱；

某丙是否与某丁签订了某种合同；某人是否留有某种遗嘱；某人是否实施了某盗窃行为等。诚然，这里所说的“解答”并不意味着对上述问题一定做出肯定的回答。无论答案是“某甲借过某乙的钱”还是“某甲没有借过某乙的钱”，都是对人与事的关系的解答。在不同案件中，调查人员完成这一任务的过程有所不同。

（一）证据调查过程的两种基本形式

根据调查人员是从“某人”出发还是从“某事”出发去查明案件中“人与事的关系”，我们可以把证据调查过程划分为两种基本形式：其一是从事到人的调查过程；其二是从人到事的调查过程。

所谓从事到人的调查过程，就是说调查人员首先得知发生了某一事件，然后再去寻找和认定谁是造成这一事件的人。大多数刑事案件中的调查过程都属于这种形式。例如，侦查人员在某地发现一具尸体，经法医检验确定为他杀，于是就要查明谁是杀人凶手；公安机关接到某家失窃的报案，经现场勘查认定确有盗窃发生之后便要去寻找和认定谁是盗窃人。不过，从事到人的调查过程并不局限在刑事案件的范围之内。例如，某环境保护机关发现某河流或湖泊中出现鱼类大量死亡的情况，经检测确认水域受到污染，便要查明谁是造成污染的人（或法人）；某交通队接到交通事故的报案后，经现场勘查认定确有事故发生而且肇事者逃逸（但因损失不大并未构成犯罪），便应去查找谁是肇事人。

所谓从人到事的调查过程，就是说调查人员首先得到了针对某人的指控或起诉，然后再去调查那个人被指控或起诉的事件是否存在。例如，某甲指控某乙侵害了他的名誉权，审判人员就要调查某乙是否确有侵害某甲名誉权的行为；甲公司起诉乙公司违反建筑工程承包合同，审判人员就要调查乙公司是否有违反该合同的事实；某公民控告某行政官员侵犯了他的人身权利或财产权利，裁判人员也要调查其控告之事是否属实。刑事案件中的调查也可能按照从人到事的过程。例如，侦查机关接到某人贪污公款或收受贿赂的举报之后，其调查工作便主要围绕该贪污或受贿是否属实来进行。

证据调查过程的两种基本形式，实际上也是案件中证据调查的两种基本途径，即从事到人的证据调查途径和从人到事的证据调查途径。这两种证据调查都有自己的运做规律，而且各有自己的具体调查途径。

（二）从事到人案件中的证据调查途径

1. 从“何故”到“何人”

这是以案件当事人或行为人与特定事件的因果关系为依据的调查途径。调

查人员在已经掌握的案件事实的基础上，分析案件中可能存在的因果关系，然后依据这因果关系去查找案件中的当事人或行为人。例如，在一起杀人案件的侦查过程中，侦查人员根据现场勘查的情况推断为仇杀，然后在与被害人有仇怨关系的人中间去查找凶手。

2. 从“何时”与“何地”到“何人”

这是以案件当事人或行为人与特定事件的时间联系和空间联系为依据的调查途径，或者说，是以案件当事人或行为人的时空位置特征为依据的证据调查途径。所谓时空位置特征是指客体在一定时间内占有的空间位置。时间和空间是物质存在的基本形式，因此任何客体都具有时空位置特征，人亦然。时空位置特征具有唯一性和排他性的特点。前者指一个客体不能同时占据两个空间位置；后者指两个客体不能同时占据一个空间位置。这两个特点就使得调查人员可以依据人与特定事件的时空联系去查找案件当事人或行为人。例如，在一起盗窃案件的侦查过程中，侦查人员可以根据“案件发生时是否到过现场”或“案件发生时是否去向不明”来查找和审查嫌疑人。

3. 从“何情”到“何人”

这是以案件发生时的有关情况或案件发生的方式方法与案件当事人或行为人之间的关系为依据的调查途径。调查人员根据已知事件中与案件当事人或行为人有关的情况可以去查找该当事人或行为人。例如，在刑事案件调查中，侦查人员可以根据犯罪分子在作案过程中表现出来的语言习惯特征、动作习惯特征和作案手法特征等去查找嫌疑人。

4. 从“何物”到“何人”

这是以案件中有关物体与案件当事人或行为人之间的关系为依据的调查途径。这主要有两种情况。一种是调查人员在案件发生的场所提取了案件当事人或行为人遗留的痕迹物品，然后根据这些痕迹物品去查找该当事人或行为人。例如，在刑事案件调查中，侦查人员可以根据现场勘查中发现的手印、足迹、血痕、毛发等去查找和审查嫌疑人；在交通肇事逃逸案件调查中，调查人员可以根据现场上发现的车轮痕迹和漆皮、玻璃片等去查找肇事车辆，然后再根据车辆去查找肇事人。另一种是调查人员通过与案件有特定关系的物品去追查案件当事人或行为人。例如，在盗窃、诈骗等案件的调查中，侦查人员可以通过查找有稳定特征的赃物去查找作案人。

（三）从人到事案件中的证据调查途径

1. 从“何时”到“何事”

这是以事件之间的时间联系为依据的调查途径。调查人员根据已知当事人

或行为人的某些活动时间及其与案件中待查事件的时间关系来查明该事件的真相。例如，在遗产纠纷案中，调查人员通过对双方当事人有争议的遗嘱进行书写时间鉴定，得知其写于该遗嘱人死亡多年之后，于是便可查清该纠纷的事实真相；在涉嫌更改合同内容的争议案件中，调查人员通过鉴定得知该合同中某些字迹与其他字迹并非同时书写，也可以查清该争议的事实真相。

2. 从“何地”到“何事”

这是以客观事物之间的空间联系为依据的调查途径。调查人员根据已知当事人或行为人的某些活动场所或者与案件有某种关联的场所的特征或情况来查明案件中的事实真相。例如，在某人被指控有强奸行为的案件中，调查人员通过所控强奸行为发生场所的特点，有时可以查明该指控的事实是否存在；在土地或山林所有权纠纷案件中，调查人员通过分析该地域的地形、地貌、地物及有关情况，有时可以找到查明事实真相的线索或根据。

3. 从“何情”到“何事”

这是以案件细节及有关情况与案件性质之间的关系为依据的调查途径。调查人员根据已知当事人或行为人在案件发生过程中的某些行为或作法来查明案件性质或事实真相。例如，在某人被举报有受贿行为的案件中，调查人员通过审查其主管或经手的业务活动，有可以发现其是否有受贿行为的线索或证据；在合同纠纷案件中，调查人员通过分析双方在谈判过程中的具体行为和表现，有可能找到正确认定双方意思表示及有关事实的依据。

4. 从“何故”到“何事”

这是以事件之间或者行为与事件之间的因果关系为依据的调查途径。调查人员根据已知当事人或行为人的某些行为或有关情况与案件中待查事项之间的因果关系来推断和查明案件事实。例如，在某人被举报有贪污行为的案件中，调查人员通过调查被举报人的经济收入状况，看其是否急需用钱或是否有来源不明的收入，有可能为查明案件事实提供线索和帮助；在民事侵权案件中，调查人员对被告人行为与侵害结果之间因果关系的分析，往往是准确认定案件事实的关键。

5. 从“何物”到“何事”

这是以案件中有关物体与事件之间的联系为依据的调查途径。调查人员根据与已知当事人或行为人有关的物品或痕迹来查明案件中的事实真相。例如，在某人被举报有贪污行为的案件中，调查人员通过审查其掌管的账目和其他会计资料，有可能发现查明案情的线索或证据；在商标侵权案中，调查人员通过检查有关商品及相关文字材料，可以查明侵权事实是否存在。

由于案件情况复杂多样，所以证据调查途径也多种多样。以上只是举例说明，并非全面列举。此外，每一起案件往往都具有多条证据调查途径，而如何选择最佳途径恰恰是证据调查人员必须根据案件具体情况来解答的问题。

三、证据调查的基本步骤

案件的种类、性质和具体情况不同，证据调查的程序或步骤也有所不同。但是就大多数案件来说，证据调查过程都应该包括明确调查任务、分析已知证据材料、提出证据调查假设、收集证据材料、审查运用证据等基本步骤。

（一）明确调查任务

虽然证据调查的基本任务是一样的，但是对每一起案件来说，具体的调查任务并不完全相同。例如，各种案件中证据调查的首要任务都是核查已知事实并在此基础上查明未知事实，但是在不同案件中，调查人员已知事实要素和未知事实要素的组合各不相同。有的已知“何事”、“何时”、“何地”；有的已知“何人”、“何情”、“何故”；有的已知“何物”、“何事”、“何地”，等等。同样已知“何人”，有的已知的是当事人，有的已知的是证人，有的已知的是关系人。而且对不同案件来说，“何事”、“何情”、“何故”等要素也有各不相同的内容。此外，不同证据调查人员接手案件的时机和角度并不相同，因此其调查任务也不相同。例如，在刑事案件的调查过程中，侦查人员接案最早，其主要任务是尽快破案并收集证据；审判人员接案较晚，其主要任务是全面审查证据。在民事案件或经济纠纷案件中，原告律师从原告的角度进行调查，其主要任务是证明原告方的事实主张；被告律师从被告的立场进行调查，其主要任务是推翻或反驳原告方的事实主张。因此，证据调查人员在接手案件之后应该首先明确自己的任务。

明确调查任务包括两层含义：其一是明确本案调查的总任务，即所要查清的究竟是什么问题，如有无专利侵权的事实，有无刑讯逼供的行为，造成海运货物损害的真正原因等；其二是明确调查人员所应完成的一系列具体任务，如勘查出事场所、查找证人、提取书证、委托鉴定等。案件调查的总任务是由案件本身性质所决定的，而且一般是由调查工作的领导者或委托人确定的；案件调查的具体任务则是由案件具体情况决定的，而且往往是由调查人员自己确定或者与领导者或委托人商定的。调查人员在明确了案件调查的各项具体任务之后，还应确定完成这些任务的先后顺序并做好相应的准备工作。

（二）分析已知证据材料

证据调查人员在明确调查任务之后，不应仓促开始调查，而应首先分析已

知的证据材料。无论在何种案件中，调查人员在明确调查任务的同时都会通过某种方式——如询问报案人或委托人等——了解一定案情，即掌握一定的证据材料。此外，调查人员在开始调查之前还应该在法律允许的限度内了解其他调查人员——包括对立方调查人员——已经掌握的证据材料。换言之，本案中其他调查人员掌握的证据材料也应属于已知证据材料的范畴。

分析已知证据材料时要坚持客观全面的原则。这有两层含义：其一是要客观全面地分析所有已知的证据材料，既要认真分析能证明己方事实主张的证据材料，也要认真分析能证明对方事实主张的证据材料；其二是要客观全面地分析每一项证据材料，既要从己方立场进行分析，也要从对方立场进行分析。坚持这项原则，既是证据调查人员职业道德的要求，也是顺利完成证据调查任务的要求。因为只有客观全面地分析已知证据材料，才能制定出切实可行的调查计划，才能有效地防止人力、物力和财力的浪费。

（三）提出证据调查假设

证据调查人员在分析已知证据材料之后，应进一步提出证据调查假设，即根据具体调查任务和已知事实推测未知事实及可能性潜在证据，以便采取措施去发现和提取之。所谓可能性潜在证据，即有可能存在且尚未被调查人员发现的证据材料。为了叙述方便，我们将其简称为“潜在证据”。一般来说，任何案件都可以有多种关于证据的假设，调查人员应尽量从中找出最合理或者可能性最大的假设，并以此为基础确定证据调查的途径。从某种意义上讲，筛选证据调查假设的同时也就选择了调查途径。

证据调查假设在案件调查中是必不可少的，也是十分重要的。正确的假设可以使调查工作选取捷径；错误的假设则可以使调查工作步入歧途。因此，调查人员在进行假设时应保持思维的开放性或“多维性”，不能“一条道儿走到黑”，也不能“不碰南墙不回头”。假设的依据都是可能性。虽然可能性有大有小，但是再大的可能性也不等于现实，再小的可能性也有可能成为现实。调查人员必须不断开拓自己的思维领域，尽量多考虑几种可能性，特别是要注意从不同的方位和角度进行思维，以便在调查中少走弯路甚至不走弯路。诚然，调查人员的这种多维思维要处理好各“维”之间的关系，既不能片面单一，也不能不分主次，要把它们看成有机联系的整体，不断在动态中进行调整，以便及时选择并保持证据调查的最佳途径。

（四）收集证据材料

证据调查人员在提出证据调查假设的基础上应制定本案的证据收集计划或

证据调查计划。这计划实际上是对前一阶段工作的总结和对下一阶段工作的部署，因此其内容应包括本案的调查任务、对已知证据材料的分析、对潜在证据材料的推断、以及拟采用的调查途径和方法等。当然，计划应根据案件的具体情况而可繁可简。

证据调查人员在制定计划之后，就应该开始调查行动，运用恰当的技术和手段去发现和提取证据材料。常用的收集证据方法包括询问或讯问有关人员，勘验或搜查有关场所，检查或检验有关的物证和书证、查阅或检索有关的档案或信息资料，查找或收集有关的视听资料，以及在必要时组织辨认、再现性实验和科学鉴定等。

调查人员对于收集到的证据材料应当妥善保管，使其不受损毁，以便在诉讼活动中使用。如果对收集到的证据材料未加妥善保管，使其改变性状态受到污染，甚至发生损坏或丢失的情况，则会使其失去证据价值，给以后的诉讼活动带来困难。因此，妥善保管也是收集证据活动中的一项重要工作。

收集证据是一项重要的诉讼活动，必须遵循法律的有关规定，特别是《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》中有关收集证据的各种规定。违反法律规定收集的证据材料不应作为诉讼中的证据。违反法律规定收集证据者应该受到处分，情节严重者应追究其刑事责任。此外，为了保证收集证据工作的科学性和可靠性，为了提高收集证据工作的效率，调查人员应充分利用各种科学技术手段。

（五）审查运用证据

证据调查人员对于收集来的各种证据材料都要进行审查与核实，以保证所用证据的可靠性和使用证据的科学性。在司法实践中，无论是刑事案件还是民事案件，无论是经济纠纷案件还是行政诉讼案件，调查人员收集来的证据材料中往往有真有假，有相关的也有不相关的，有相互一致的也有相互矛盾的。因此，这些证据材料必须在经过认真的评断与核实之后才能用作证据。

对证据材料的审查包括三方面的内容：其一是审查判断其真实可靠性，即判断这些证据材料所反映的或者所证明的是否为案件中的真实情况；其二是审查判断其证明价值，即判断这些证据材料究竟能在何种程度上反映或证明案件的真实情况；其三是审查证据的合法性，即审查其收集的方法和程序是否合法。这三项内容虽有区别，但又是互相联系的，不可截然分开。

对证据材料的审查核实可分为三步：第一步是对每个证据材料的单独审查，即单独地分析每个证据材料的来源、内容及其与案件事实的联系，看其是否真实可靠，看其有多大的证明价值；第二步是对案件中相关证据的比对审

查，看其是否一致，是否能合理地共同证明某一案件事实；第三步是对案件中所有证据材料的综合审查，即通过综合比较和相互印证来分析各个证据材料的可靠性和证据价值，并在此基础上判断案件中证据的整体可靠性和总体价值。证据调查人员在评断核实证据时可采用的方法很多，如比对法、印证法、鉴别法、验证法、质证法、对质法等等。逻辑推理在评断核实证据的思维过程中具有非常重要的作用。

虽然我们把审查证据列为案件中证据调查的最后一个步骤，但实际上它往往贯穿于案件调查的始终，而且往往是与收集证据材料交叉进行的。一方面，调查人员收集证据材料的过程中经常要进行评断与核实；另一方面，对证据材料的及时评断又可以指导和促进证据收集工作。

证据调查人员在审查核实全案的证据材料之后，便要决定如何运用这些证据。运用证据时既要注意科学性又要讲究艺术性。这就是说，既要正确地使用每一个证据，又要最大限度地利用每个证据的证明价值。即所谓“物至其用”和“物尽其用”。不同的调查人员要根据自己的调查任务来决定运用证据的策略和方法。

第四节　证据调查方法

一、证据调查方法概述

（一）证据调查方法与同一认定

1. 证据调查方法的分类

证据调查的方法是一个多层次多单元的系统。因此，从不同的角度出发可以对证据调查方法进行不同的分类。

(1) 根据调查方法的功能层次不同，我们可以将其分为证据调查的认识方法、证据调查的思维方法和证据调查的行动方法。

证据调查的认识方法即证据调查的认识论和方法论。它在证据调查方法的功能系统中处于最高的层次，因而对各种证据调查活动都具有指导意义。毫无疑问，唯物辩证法在证据调查的认识方法中处于核心地位，各种证据调查方法都必须以它为基础或出发点，因此它实际上也是整个证据调查学的理论基础。此外，证据调查的认识方法还应包括系统论、控制论、信息论等科学认识方法和同一认定等专门认识方法。

证据调查的思维方法即证据调查的思维活动中使用的各种方法。

证据调查的行动方法即证据调查活动中采用的各种具体措施和手段，如询问、讯问、辨认、勘验、搜查、鉴定等。这些正是本篇要讲述的主要内容。

(2) 根据证据调查的具体功能不同，我们可以将其分为分析证据的方法、收集证据的方法、审查证据的方法和运用证据的方法。我们在本书第二篇中对此已有详细的介绍。

(3) 根据证据调查的对象不同，我们可以将其分为人证调查方法、物证调查方法、书证调查方法、视听资料调查方法等。这也是本篇分章的主要依据。

(4) 根据证据调查的主体不同，我们可以将其分为侦查人员的证据调查方法、检察人员的证据调查调查方法、审判人员的证据调查方法、律师的证据调查方法、其他法律工作者或执法人员的证据调查方法等。这种分类主要反映了不同证据调查人员在实践中运用各种证据调查方法的特殊要求和规律。

(5) 根据证据调查的案件不同，我们可以将其分为刑事案件的证据调查方法、民事案件的证据调查方法、经济纠纷案件的证据调查方法、行政诉讼案件的证据调查方法、其他案件的证据调查方法等。这种分类主要反映了不同种类案件中证据调查方法的特点。

上述证据调查方法的分类是相互交叉的。例如，勘验既属于证据调查的行动方法，又属于收集证据的方法，还属于物证调查方法；而且很多证据调查主体都可以在不同案件中采用。由于各种证据调查方法在其他章节中都有专门论述，所以我们在本章中将重点讨论一下同一认定的方法。

2. 同一认定方法

同一认定是人类认识客观事物的一种基本方法，它普遍地存在于人们的社会生活之中。虽然人们对“同一认定”这个概念可能不太熟悉，但是每个人在日常生活中都无数次地进行着“同一认定”。例如，当你去火车站接人时，你一眼就在熙熙攘攘的人流中认出了你要接的朋友。在这一过程中，你的大脑及眼睛等器官就进行了一系列复杂但迅速的同一认定活动。你的眼睛不断地把看到的人的形象输入大脑，大脑便迅速地把每一个输入的形象与储存在里面的你要接的朋友的形象进行比对，并在多次否定之后，终于认定了同一。又如，你正坐在屋里看书，走廊里传来两个人的谈话声，你立刻就听出那是你的邻居小王和小赵。这也是一种同一认定，只不过你的耳朵代替眼睛充当了“信息接收器”，而你大脑中比对的特征也由相貌改成了“声纹”。由于这些同一认定活动都是在瞬息间完成的，而且整个程序是高度自动化的，所以你可能根本没有意识到其中的同一认定过程。

同一认定既是人们认识客观事物的一种基本方法，也是人天生就具有的一种认识能力。当然，这种认识能力是人类生活中客观需要的产物。从自然界的角度来说，离开了同一认定这种认识方法，人们便无法把握具体认识对象的特定属性，便无法把某个客体从某类客体中识别出来。从社会的角度来看，离开了这种认识方法，人们的交往对象就都变成了没有个性的种类人，而没有个体的社会生活显然是不可思议的。难道你能说你的妻子或丈夫是某一类人而不是某一个人吗？回答当然是否定的。

理解同一认定这一概念的核心在于“同一”二字。那么，究竟什么是同一呢？从哲学上讲，同一就是表示事物或现象同其自身相等同的范畴。俗话说：人各有别，万物皆异。世界上的事物各不相同，再相似的两个物体之间也终有差异。事物之间这种绝对的差异性是我们理解同一的基础，因为它说明世界上任何两个物体之间都不能同一，同一的只能是一个客体，即客体与自身的等同。由此可见，同一是客观事物所固有的属性。同一性是人们认识客观事物的依据。如果世界上的万事万物都不与自身同一，人们便无法去认识这些客观事物。当然，我们这里讲的同一并不是僵死和永远不变的同一，而是包含有自身差异和变化的同一，即辩证的同一。

也许有人会说：既然同一是客观事物所固有的属性，那么世界上的一切事物就都是与自身同一的，这个人就是这个人，这支枪就是这支枪，又何必去进行同一认定呢？通过前面的实例，我们可以看出进行同一认定的需要是因为认识对象先后出现了两次或两次以上。你去火车站接你的朋友，而你以前见过他，他的外貌特征曾被你“认识”过。如果某个客体只在你的认识活动中出现一次，那就谈不上去认定其是否同一。正因为这两次或多次出现割裂了客体之间的时空联系，所以客体是否同一才成了认识活动需要解决的问题，也就是说要回答这第二次出现的客体是不是你以前认识过的那个客体。

要认定这两次出现的客体是不是同一个客体，必须依据客体的某些特征，如人的外貌特征和声纹特征等。离开了客体的特征，同一认定便无法实现。由此可见，同一认定就是依据客体特征来判断两次或多次出现的客体是否同一个客体的认识活动；而同一认定方法即依据客体特征来判断两次或多次出现的客体是否同一个客体的认识方法。

3. 同一认定方法在证据调查中的作用

同一认定是证据调查活动中一种非常重要而且应用非常广泛的专门认识方法。这表现在两个方面：第一，同一认定是任何案件中证据调查工作的中心内容和最终目的；第二，同一认定渗透于各种证据调查措施和方法之中。

(1) 同一认定是任何案件中证据调查工作的中心内容和最终目的

如前所述，案件中的证据调查过程有两种基本形式：从事到人的调查过程和从人到事的调查过程。在从事到人的调查过程中，对人的同一认定就是案件调查工作的中心内容和最终目的。例如，侦查人员在某地发现一具尸体，经法医检验确定为他杀，于是，整个案件调查工作就要围绕对作案人的同一认定来进行，即通过各种调查途径来查明究竟谁是杀人凶手，而且对作案人的同一认定也是整个案件调查工作的最终目的。

就在我们撰写本书的时候，北京发生了我国首例利用电子邮件侵犯姓名权案。北京大学研究生薛燕戈于 1996 年 4 月 9 日收到美国密执安大学通过国际互联网络发给她的电子邮件，得知密执安大学已录取她并将向她提供 18000 美元的奖学金。然而，她几周后得知有人在 4 月 12 日以她的名义向密执安大学发了一个电子邮件，拒绝该入学邀请，于是密执安大学将已准备给她的奖学金转给了他人。在这起侵权案中，调查工作的中心内容和最终目的都是人身同一认定，即谁是假借薛燕戈名义发出那封电子邮件的人。后来查明，发信人就是薛的同窗好友张某。

在从人到事的调查过程中，对事的同一认定就是案件调查工作的中心内容和最终目的。在此，我们可以把案件中的“事”看作认识活动的客体，其构成要素就是这个客体的各种特征，也就是对其进行同一认定的依据。例如，某甲指控某乙违反了建筑承包合同，证据调查人员就要通过各种调查途径来查明究竟有没有这人违约的“事件”以及这个事件在各构成要素上是否与指控事件相同，其中当然也包括行为人是否相同。在这种案件中，调查工作就要围绕对事件的同一认定来进行，而且这事件同一认定也是整个案件调查工作的最终目的，对于事件同一认定的问题，我们在下一节中还将进一步讨论。

(2) 同一认定渗透于各种证据调查措施和方法之中

从某种意义上讲，对作案人或行为人的同一认定和对事件的同一认定可以称为案件调查中的“大同一认定”。而这个大同一认定之中往往又包含着多个小同一认定。例如，在上文提到的那起杀人案件中，侦查人员在现场上发现一个鞋印，并在现场附近找到一把刀子，该刀尖部有新的断痕，刀把上还显现出一枚指印。在尸体检验过程中，法医在死者伤口处的骨头上找到了一小段刀尖，经与现场附近找到的那把刀子进行比较，发现二者不仅物质成分相同，而且断离痕迹吻合，遂认定它们原属同一整体，即认定了这把刀就是杀人凶器。后来，侦查人员进行了大量的调查访问，并请有关群众对那把刀进行辨认，终于查出了刀的主人。于是，侦查人员提取了刀主人的指印，经与刀把上的指纹

进行比较，认定二者为同一手指所留。然而，这仍不能肯定该刀主人就是杀人凶手。侦查人员又搜查了刀主人的家并提取了刀主人的鞋，经与现场鞋印进行比较，也认定了同一。然后，侦查人员对刀主人进行了讯问，通过他对作案过程和细节的供述，最终认定他就是杀人凶手。在此案中，正是这一个个“小同一认定”有机地连接起来才构成了案件调查中的“大同一认定”。

通过上面的案例，我们可以看出同一认定渗透在各种具体的调查措施和方法之中。其中，有些是为同一认定服务的；有些是同一认定的组成步骤；有些则是完整的同一认定。例如，现场勘查和询问知情人都是为后面的同一认定服务的；尸体检验和搜查可以说是同一认定的组成步骤；而对刀的辨认和对指印、鞋印、刀尖断痕的鉴定则是完整的同一认定。此外，对刀主人的讯问中也包含着同一认定的内容。一方面，讯问是侦查机关对作案嫌疑人的正面审查，其中心任务就是要查明该嫌疑人是否确为作案人；另一方面，侦查人员通过分析嫌疑人供述中对案情细节的描述来判断其是否为作案人也是一种同一认定，因为那些只有作案人才能知晓的案情细节就是对作案人进行同一认定所依据的重要“特征”。诚然，侦查人员在进行这种同一认定时必须格外小心谨慎，以免造成错案。

同一认定并不是证据调查中唯一重要的专门认识方法。种属认定在证据调查中的应用也十分广泛。所谓种属认定，即依据客体特征来判断某客体的种类所属或先后出现客体的种类是否相同的认识活动。在证据调查过程中需要进行种属认定的情况有两种：一种是要求认定与案件有关的某个客体所属的种类，如鉴定与案件有关的金属粉末的物质成分，确定现场血迹的血型等；另一种是要求认定先后出现的两个或多个客体是否种类相同，如鉴定与案件有关的金属粉末与某工厂生产车间内的金属粉末是否种类相同，鉴定现场血迹与嫌疑人的血是否属于同一种血型等。

同一认定和种属认定之间有着密切的联系。从人类认识的发展历史来看，种属认定属于人们对客体认识的较为低级的阶段，而同一认定则属于人们对客体认识的较为高级的阶段。因为前者对人类认识水平要求较低，后者对人类认识水平要求较高。在证据调查方法的历史沿革中，人们对许多客体的同一认定都是从种属认定发展而来的，如枪弹的同一认定；而今天的一些种属认定很有可能在将来发展为同一认定，如毛发鉴定。

从每一次具体的同一认定来看，也存在着由种属认定发展到同一认定的过程。同一认定要依据多个特征，而且要一步一步地进行比较。而每一次特征的比较都可以看作是一次种属认定，直至把客体限定在一个单一体的范围之内，

即该范围内只有一个客体，种属认定才转化为同一认定。不过，种属认定向同一认定的转化是有条件的，有时因条件不具备，这一认识过程便只能停留在种属认定阶段。

综上所述，同一认定与种属认定是相对而言的，二者之间既有区别又有联系。种属认定可以发展或转化为同一认定；而同一认定之中就包含着种属认定，或者说同一认定要通过种属认定才能实现。一般来说，只要理解了同一认定的原理和方法，种属认定的问题就不难理解了。因此，我们在本章中主要讨论同一认定的问题。

二、人证调查的方法

（一）询　问

1. 询问的步骤和方法

(1) 询问的准备

询问是一种非常重要的人证调查方法。证据调查的实践表明，在询问前做好如下准备工作是很有必要的。

①了解案情

调查人员应该了解本案已有的材料，如案件发生的时间和地点、案件的性质和经过、已有的证据材料等。了解这些基本案情，可以提高询问的效率，减少询问的盲目性。

②确定询问对象

在一起案件中，询问之前要仔细研究，确定询问对象，主要是确定哪些人可以作为证人。确定询问对象的依据通常是：a. 案件已有的线索；b. 现场的地域范围；c. 刑事被害人的亲属关系及社会关系；d. 犯罪嫌疑人或刑事被告人的亲属关系及社会关系；e. 民事诉讼当事人的关系人；f. 与案件有关的物品的来源和去向；g 证人提供的情况；等等。

③了解询问对象的基本情况

在询问之前，调查人员应当尽量了解被询问者的基本情况，包括其年龄、性别、民族、职业、文化程度、健康状况、性格特点、个人爱好、生活习惯等。了解询问对象基本情况的途径通常是：a. 向举报人了解；b. 向询问对象所在单位了解；c. 向询问对象所在地的派出所、居委会、村委会了解；d. 向询问对象的邻居和同事了解；e. 通过案件已有材料了解；等等。

④确定询问的时间和地点

除紧急情况需即时询问和法庭审理阶段询问外，调查人员应当事先选定恰

当的时间和地点进行询问。选择询问时间应当考虑以下因素：a. 询问对象是否有空闲或感到方便；b. 询问对象的情绪是否稳定；c. 询问对象的精力是否充沛；d. 及时询问，即可避免询问对象遗忘，又可防止其因时间推移而可能造成的情绪变化和受到外界影响。

选择询问地点应考虑以下因素：a. 是否有利于询问的保密并使询问对象感到安全；b. 询问对象会不会感到紧张或拘束；c. 询问环境有无噪音和是否容易受到外界因素的干扰。

⑤制定询问计划

除了即时询问外，一般都应制定询问计划。好的询问计划可以保证询问的顺利进行。

制定询问计划包括以下内容：a. 应明确本次询问的主要目的和所要查清的主要问题；b. 确定准备向被询问者提出的问题及提问方式；c. 预测询问过程中可能遇到的问题和困难，并准备好相应的措施和对策。

(2) 询问的实施

调查人员在进行询问时既要了解不同询问对象的心理特点，有针对性地做好思想工作，又要掌握询问的一般方法，注意询问中的一般性问题。

①询问的开始。正式询问开始时应当做好如下工作：a. 调查人员应向被询问者出示有关证明文件，向询问对象说明来意或告知请其作证的理由；b. 向询问对象告知有关法律规定，如告知询问对象应当如实提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。向询问对象告知有关法律规定时，应讲究方法，避免使被询问人产生紧张和恐惧感；c. 确定询问对象的身份及与案件的关系，主要是确定被询问人与案件有无特殊关系，如系同学、朋友、亲属等，以及与案件有无经济上的利害关系或其他关系等。非正式询问应根据具体情况选择适当的开始谈话方式。

②询问中应当注意的问题

a. 调查人员在进行询问时应注意自己的衣着和礼节。在走访询问中，这一点尤为重要。调查人员应注意衣着要整洁大方。到被询问者家中走访时，调查人员应遵守一般的社交礼仪，尊重被询问者，切不可以执法者自居，以免引起被询问者的反感而影响询问。

b. 调查人员要注意询问用语和掌握谈话气氛。调查人员在询问时，应注意用语要严肃、通俗、有准备、讲究策略。用语严肃是指调查人员的用语要符合法律规定；禁止使用不礼貌、带侮辱性的语言；除借用原话外，不得使用有伤风化和不健康的俗语；问话态度要庄重，不可心不在焉。用语通俗是指调查

人员的提问应让被询问者听得明白，必要时还可作些解释，否则被询问者可能难以回答或答非所问。用语要准确是指用语应规范，不能有歧义，不能引起被询问者的误解或被暗示。用语要讲策略是指调查人员不能在用语中向被询问者透露案情，但又要有助于被询问者的回忆和陈述。此外，询问用语一般应当一句问话只包含一个意思。

调查人员要想取得询问的最佳效果，应当掌握一些谈话技巧，其中之一就是适当地控制谈话的气氛，最好是轻松又严肃，也就是说既要使被询问者感到没有拘束，又要使被询问者意识到必须认真对待。在询问过程中，调查人员要善于根据对象的具体情况用自己的语言和表情来适当地调节谈话气氛。

c. 调查人员要善于引导被询问者。

调查人员要善于帮助或推动被询问者回忆。有时，由于记忆较浅或间隔时间较长，被询问者的回忆遇到了障碍。为了帮助被询问者克服这种障碍，调查人员可以采用接近回忆、相似回忆、对比回忆、关系回忆等方法来唤起对方的记忆，但不能提出具体情节让对方判断，而应让对方陈述具体事实。

在询问过程中，调查人员还要注意防止谈话出现僵局。有时，询问中会出现被询问者突然停止陈述的情况。遇到此类情况，调查人员不能简单地要求对方继续讲下去，而应当在谈话停顿时运用一些技巧使谈话继续下去。例如，转换话题，主动地承接对方中止的话题，巧妙地插入一些轻松的话题等。

有些被询问者在接受询问时有消极抵触心理或者拒绝作证。此时，调查人员要善于帮助被询问者克服消极心理，改变拒绝作证的态度。一方面，调查人员应注意自己的询问方法和态度，促进与被询问者的心理接触；另一方面，调查人员应加强对被询问者的思想教育，启发其正义感和社会责任感，打消其思想顾虑；必要时应宣讲法律并晓以利害。

d. 调查人员应掌握好询问时间。

一般来说，每次询问所持续的时间不宜太长，以免造成被询问者疲劳和反感。如果需要询问的内容较多，可以让被询问者在中途以某种方式休息一、二次，也可以用放慢询问节奏和改变谈话气氛的方法减轻被询问者的紧张感和疲劳感。如果问题尚未完而被询问者已十分疲倦，则应停止此次询问，改日再谈。

e. 调查人员进行询问时必须遵守法律的有关规定。

我国法律有关询问的规定主要包括以下几点：第一，调查人员在正式询问之前必须向被询问者出示有关调查机关的证明文件；第二，询问应当个别进行；第三，调查人员在询问之前应告知被询问者的权利和义务；第四，询问未

成年人可以通知其法定代理人到场；第五，正式询问应当制作笔录。上述规定在非正式询问时可以参照这些规定比较灵活地进行。

③询问的结束

询问结束时应当做好如下几方面工作：a. 调查人员应当将询问笔录交被询问者核对，对于没有阅读能力的，应当向他宣读；b. 对于那些如实陈述的被询问者，询问结束时，调查人员要向其表示鼓励，以便建立良好的心理接触，以便再次询问时有良好的心理基础；c. 对于要求保密的被询问者，应为其保守秘密；对于需要保密的询问内容也应当保密。例如，涉及国家机密和个人隐私的证人证言等不得向无关人员随意泄露。

(3) 询问的记录

凡是正式询问均应制作笔录，在必要时和条件允许时还可以同时进行录音。非正式询问无须制作笔录，但调查人员可以在询问之后把了解到的情况记录下来或整理成文字材料，以备查用。

制作询问笔录的方法和要求：

①笔录的开头应按统一格式填写询问时间和地点；被询问人的姓名、性别、年龄、籍贯、职业、工作单位和住址；参加询问的调查人员的姓名、工作单位、职务等基本情况。

②记载谈话内容应采用问答式，以便调查人员的提问和被询问者的回答都能如实地记录下来。记录被询问者的陈述时要力求详细具体，而且要尽量不失原意，最好使用被询问者的原话。笔录应字迹清楚，不得用符号来代替文字。

③对每个被询问者的陈述都必须单独制作笔录。

④询问笔录应当交被询问者核对，对于没有阅读能力的，应当向他宣读。如果记载有遗漏或者差错，被询问者可以提出补充或者改正。被询问者承认笔录没有错误后，应当签名或者盖章。负责询问的调查人员也应该在笔录最后签注自己的姓名和职务。

⑤如果被询问者愿意用书面陈述代替口头陈述，调查人员应当准许；必要的时候，调查人员也可以要被询问者亲笔书写证言。

2. 不同询问对象的心理特点和询问对策

询问是调查人员与被询问者之间一种特殊形式的思想交流。在这一交流过程中，询问双方难免有一些心理接触。因此，询问者应当研究并掌握询问对象的心理活动规律和特点，以便正确地制定有关询问计划和实施询问策略，使询问收到良好的效果。不同的询问对象有不同的心理活动规律和特点；同一种询问对象的心理活动规律和特点又因每个对象的具体情况而异。调查人员在询问

时，要全面考虑被询问者的性别、年龄、民族、职业、文化教养、道德品质、性格气质以及与案件的关系等情况，并据此采用适当的询问方法和对策。

(1) 刑事被害人

刑事被害人的心理特点主要是：内心十分痛苦；情绪高度激愤；怀有迅速破案、追回财物、严惩罪犯的强烈愿望；有的还会有恐惧感和羞辱感。当然，不同刑事案件中被害人的心理特点也有所不同。例如，强奸案件中有的被害人怕影响自己的名誉，不愿陈述受害情况；盗窃和诈骗案件的被害人往往要求迅速追回被盗或被骗的财物。这些心理特点可能在询问中反映出来。例如，有的人可能隐瞒对自己不利的事实；有的人可能夸大某些事实；有的人可能在感知、回忆和叙述时出现错误和混乱等。

调查人员对刑事被害人的询问最好采用走访的方式。询问开始时应做好稳定被害人情绪的工作，有针对性地做好思想教育工作。在询问过程中，调查人员的态度既要严肃认真，又要和蔼亲切，应表示对被害人遭遇的同情并对其情感反应表示理解；语言要诚恳，切不可使被害人产生被审问之感。被害人叙述的过程中，调查人员不要随意打断其谈话，即使发现了陈述中没有讲清楚的问题或自相矛盾的问题，也要待其讲完之后再进行提问。涉及个人隐私的问题，询问时以查明案情之必要为限。

(2) 民事诉讼和行政诉讼的当事人

民事诉讼和行政诉讼的当事人与案件有切身的利害关系，并且，当事人双方的利益是对立的。因此，当事人中无论是原告、被告还是诉讼第三人，其心理特点多表现为：维护自己一方的利益，希望自己一方胜诉，对对方的主张和依据的事实理由极力辩驳。这种心理特点往往使当事人不容易说真话、讲实情。例如，有的当事人为了自己能够胜诉，在询问中夸大对自己有利的事实和情节，缩小不利于自己的事实；有的歪曲事实，虚构情节；有的因对案件事实的理解有错误或记忆不准确而作虚假的回答；有的甚至拒绝回答提问。

审判人员在询问当事人之前应当充分作好询问前的准备工作。询问时，让双方当事人围绕案情，详细地陈述有关案件的各种事实和情节，待其陈述以后再提问题。提问应明确、具体。发现双方对事实的陈述不一致时，应即时详细询问以判明孰真孰假。询问过程中，审判人员应当根据当事人的回答等情况及时进行思想教育工作，教育他们采取正确的态度作实事求是的陈述。发现当事人的抵触情绪，拒绝陈述，应了解原因做好思想工作消除其顾虑。如果拒绝陈述应向其说明并不影响人民法院依据其他证据认定案件事实。询问过程中如果出现当事人对有的事实进行争执，询问者要分析其争执的原因，必要时，还可

重复提问要其回答。

(3) 证人

证人作为询问对象的心理特点比较复杂。与案件有利害关系的证人和与案件没有利害关系的证人的心理特点也不一样。证人的一般心理特点主要有主动作证心理、被动作证心理、拒绝作证心理、作伪证的心理或否定前证的心理。

证人主动作证，是指证人主动向调查人员提供证言。他们之中，有的是出于正义感和社会责任感；有的是因为与案件当事人有深厚的友谊；有的是出于个人私利；有的是案件当事人的亲友。证人主动作证时，陈述的案件情况有可能实事求是，也有可能夸大事实。调查人员在询问时要认真分析对方的心理特点。

证人被动作证，是指证人在调查人员的要求下才作证的，因而情况比较复杂。被动作证的证人，有的是迫于法律的威力或当事人的再三要求才作证；有的是不愿多管闲事或者应付了事；还有的是为了避免受到牵连而不愿作证。

拒绝作证心理有以下几种情况：证人本身缺乏正义感、社会责任感；为了包庇他人或对他人表示同情；因为恐惧或害怕被追究责任；被当事人收买等。

证人作伪证是为了包庇他人；或是出于报复、陷害；或是被他人收买、威胁；或是为了其他个人私利。还有的证人作证后又因种种原因否定前面的陈述。

调查人员在询问证人前，首先应当分清被询问者是否与案件有利害关系。与案件无利害关系的证人一般能比较客观地陈述自己知道的案件情况。但是也有人对询问采取消极、被动，甚至拒绝作证的态度。与案件有利害关系的证人一般都倾向于对自己有利的一方。对于与案件无利害关系的证人，调查人员在询问时要帮助其消除内心的紧张感，应尽量用自然随便的谈话方式引出所要询问的问题。在询问过程中，调查人员说话的态度要谦恭诚恳，努力获得对方的信任；要尽量让被询问者自由陈述有关情况，只有当其谈话离题太远时才适当加以引导；要善于发现其思想顾虑，并通过耐心和具体的解释来消除之。对与案件有利害关系的证人，调查人员应当做好思想教育和法律教育工作促使其如实提供证言。当刑事被害人的亲友作为证人时，要注意考察刑事被害人的亲友与刑事被害人关系的密切程度，掌握被害人亲友的不同心理活动特点，有的放矢地做好思想工作。调查人员对与案件有利害关系的证人既要耐心细致地做好思想教育工作，又要表现出对他们的理解、关心和尊重，以求取得他们的合作。

(4) 几种特殊的询问对象

①儿童

一般来说，儿童的判断能力、思维能力和语言表达能力较差，对语言的理解能力和记忆能力也比较差，因此他们的思维以形象思维为主；儿童容易接受他人的暗示，也容易产生幻想；但儿童比较诚实，一般不会说谎。

调查人员应尽量选择被询问儿童所熟悉的地点进行询问，例如该儿童的家里或学校；询问时，询问人员不宜过多，可以让儿童的父母或老师在场；询问儿童应使用儿童所熟悉的语言以免儿童难以理解提问或对提问作出随意理解而答非所问或难以作答；应尽量让儿童自由地主动陈述，不能使用暗示性或引诱性的语言提问，以免其"顺杆爬"；询问者的态度应和蔼可亲，宜由女调查人员询问；询问儿童，不应对同一问题进行反复的和进一步追问提示，以免儿童受到暗示，或由于难以回答而根据幻想、兴趣等作出简单的肯定或否定；在儿童陈述时，不要插话，要注意观察儿童的手势和表情；对儿童陈述的记录应有儿童语言的特色，不可按照自己的理解记录，对手势表情也应作记录。

②老年人

老年人社会经验较丰富，因生理上的原因感知迟钝，记忆力减退。在询问中，老年人易自负、固执，即使有错也坚持到底；年事较高者容易倚老卖老，对作证缺乏热情；老年人陈述时一般较为慎重，回答谨慎，逻辑较为严密，并易加进个人的主观意见和判断；文件水平较低的老年人陈述易唠叨，缺乏连贯，前后矛盾也不自知；老年人精力有限，反应较慢，对节奏较快的询问感到不适应。

询问老年人时，调查人员要持尊重态度，以晚辈向长辈请教的口吻和态度去取得合作；询问时不可操之过急，问话速度要减慢；老年人回忆发生困难时，要有耐心；陈述中出现的错误，询问者只需提醒，不可与之争论以免伤其自尊而不愿陈述下去；在老年人陈述不着边际时，询问者不要打断其陈述，可视情况用婉转用语引导；询问老年人时间不宜太长并注意让其休息；询问中的提问应简单明了，避免作过多的说明和解释，以减少老年人对其他问题的思考和可能引起的顾虑。

③聋哑人

聋哑人不能用听觉去感知与案件有关的谈话或其他声音，也不能用口头语言表达其所了解的情况。但聋哑人可利用视觉器官去感知案件事实。聋哑人多有较强的自卑心理，对询问者的态度极为敏感；聋哑人也较固执，容易产生误解并形成仇恨心理。聋哑有先天与后天之分。先天聋哑者与正常人心理差异较大。

询问前，调查人员应当了解其属于先天聋哑还是后天聋哑。对于受过教育的聋哑人可利用笔谈的方式进行询问；对于未受教育无法以文字表达意思的聋哑人则只能通过通晓哑语手势的人与其交谈，可以聘请聋哑学校的教师做翻译。在聋哑人的手势只有其父母、近亲属和邻居等人知晓时，可请他们做翻译，但对询问结果要持慎重态度。询问时，调查人员的态度要诚恳、真诚，要表现出对聋哑人的尊重；要耐心听取其“陈述”，要仔细观察其“陈述”时的表情和动作，以便准确理解其所要表达的意思。对先天聋哑人的询问，提问时应注意到可能的暗示和质问对其心理活动的影响，并对提问作反复解释。

④盲人

盲人虽然不能用视觉器官感知案件事实，但是他们的听觉、触觉和嗅觉往往比正常人灵敏。盲人的记忆力较强，回忆较为严密、准确，多数能将与案件有关的说话内容复述。他们一般有较强的正义感，也有一定的自卑感。盲人有先天失明和后天失明之分。

调查人员在询问盲人之前应了解被询问者是先天失明还是后天失明，了解其智力发育情况以及听觉、触角和嗅觉的灵敏程度，特别要注意其有无习惯性感知误差。询问盲人时要特别注意语言和语气；要表现出诚恳的态度和对盲人的尊重；要努力打消对方心中的疑虑，取得其信任；要耐心听取其陈述，不要干扰其回忆过程；要注意发挥盲人的感知优势，对于其感知能力较强的那些方面的情况可以要求其详细描述，对于其感知不清的情况不要反复追问，以免引起其反感或者为了证明自己的能力而随口编造谎言。

（二）讯　　问

1. 讯问的一般方法

(1) 讯问的准备

讯问前的准备工作十分重要。讯问是讯问人与被讯问人面对面的较量，讯问前准备工作做得如何，直接关系到讯问效果的好坏。讯问前的准备工作，一般包括以下几个方面：

①选定讯问人员

根据我国刑事诉讼法第 91 条的规定：“讯问犯罪嫌疑人必须由人民检察院或者公安机关的侦查人员负责进行。讯问的时候，侦查人员不得少于二人。”在侦查阶段讯问犯罪嫌疑人的讯问人员的具体人数，应视每起案件的难易程度和大小等具体情况确定。

讯问人员选定以后一般不宜中途更换，以便让讯问人员熟悉案件情况，保证讯问的质量。如果被讯问人是聋、哑人，还应当安排通晓哑语的人协助讯问

人员；讯问女性犯罪嫌疑人时，宜由女侦查人员进行。

②熟悉案件情况

讯问前讯问人员应当全面熟悉案件材料，主要熟悉以下情况：a. 案件的基本事实。例如，被讯问人被拘捕的主要依据，作案的时间、地点、经过、手段，已经查明的事实和尚待核查的事实等；b. 已知的证据材料，主要指通过现场勘查、询问、搜查、科学鉴定等调查手段获得的证据材料。对已知的证据材料要了解清楚哪些可以在讯问中使用，哪些需要通过讯问查证核实。

熟悉案件情况的主要方法有如下几种：a. 查阅案件材料，应当对全部案件材料逐件查阅；b. 由负责前一阶段调查工作的办案人员介绍；c. 翻阅有关犯罪情报资料，主要是了解在本地区或其他地区已破和未破的案件当中，有无在作案时间、作案手法等方面与本案有类似之处，目的是发现被讯问人是否有其他罪行或同案犯。

③研究被讯问人的心理状态和特点

讯问前，研究被讯问人的心理状态和特点，有助于在讯问中有针对性地对其进行思想教育，有助于讯问人员选用合适的讯问策略。

研究的内容包括以下几方面：

a. 被讯问人的个性特点，如性格、兴趣、气质、能力等。

b. 被讯问人的心理状态。讯问中被讯问人的心理是很复杂的，这是由他们在案件中所处的特殊地位决定的。被讯问人在讯问中常见的心理特征有如下几种：一是畏罪心理。这是有罪的犯罪嫌疑人或刑事被告人害怕罪行被揭露而受到惩罚的一种心理特征。犯罪分子实施犯罪时主要考虑的是犯罪的“有利后果”，如得到一定钱财，达到某种个人目的等；犯罪后，特别是在接受讯问时，他面临的是犯罪的“不利后果”即法律惩罚，于是产生严重的畏罪感。为此，他们千方百计逃避罪责，企图蒙混过关。在这种心理支配下，不供认自己的罪行是其“正常”的反应方式；二是恐慌心理。恐慌心理在初犯和偶犯当中表现尤为明显。有的被讯问人一走进讯问室就因司法机关的强大威力和感到罪行败露而产生恐慌心理。在恐慌心理支配下，被讯问人的内心防御体系会崩溃，甚至失去自我控制；三是侥幸心理。有罪被告人在开始接受讯问时往往存在一定程度的侥幸心理，即自认为能逃避罪责。产生这种心理的原因或者是自信自己行动诡密，不会露出马脚；或者认为讯问人员并未掌握其犯罪的证据；或者认为自己作案多起，不知哪起案件被查等。因而，他们在讯问时会千方百计试探讯问人员的虚实；或者采取对抗态度；或者沉默不语以不变应万变；或者假装积极合作以避实就虚或避重就轻；四是抗拒心理。这种心理多表现在侥幸心理

消失之后，但情况又有所不同。有的被讯问人自知罪行严重难逃罪责，在求生欲望支配下作垂死挣扎，以抗拒求一线生机；有的被讯问人基于顽固的犯罪立场，拒绝交代罪行；有的被讯问人硬充英雄，叫嚷“要关要杀悉听尊便，不必多问”等；五是戒备心理。讯问人员和被讯问人在讯问中处于攻守的地位，所以被讯问人本能地具有戒备心理，惟恐因说话不慎露出任何破绽。他们对讯问人员的提问往往不立即回答，即使问话很清晰也装作没听见，要求再重复一遍。有时还反问讯问人员以探虚实。

被讯问人的上述五种心理特征可以是同时存在，也可以是交替出现的。讯问人员应当注意分析对方所处的心理状态，以便采取相应的讯问对策。

不同性质犯罪案件的被讯问人，不同年龄、不同性别的被讯问人，不同类型的被讯问人，其心理特征亦有所不同，讯问前应注意研究以便讯问时区别对待。

c. 被讯问人的基本情况，如社会经历、有无前科、违法犯罪的历史等。

④制定讯问计划

为了有目的、有步骤地进行讯问，讯问人员应当在熟悉案件情况和掌握被讯问人特点的基础上，订出讯问计划。

讯问计划包括整个案件的讯问计划和每一次讯问时的讯问计划。整个案件的讯问计划，其内容一般包括：a. 案件的简要情况；b. 讯问的目的和要求；c. 讯问的重点；d. 讯问的步骤、方法和突破口的选择；e. 讯问中需要进行的调查工作；f. 讯问中可能发生的意外情况及其对策。每次讯问的具体计划，是每一次讯问之前拟定的问话提纲，其内容主要包括：a. 准备向被讯问人提出的问题及其先后顺序；b. 提问的方式、方法；c. 被讯问人可能提出的狡辩及其对策；d. 在讯问中需要使用哪些证据，何时使用以及如何使用；e. 讯问中应当注意的事项。

讯问计划并非一成不变，在计划执行过程中，要根据讯问的具体情况灵活运用并在必要时进行补充和修改。

(2) 讯问的实施

①做好第一次讯问

第一次讯问是指对犯罪嫌疑人或刑事被告人在其被拘留、逮捕的 24 小时内必须进行的讯问。我国《刑事诉讼法》第 65 条规定：“公安机关对于被拘留的人，应当在拘留后的 24 小时以内进行讯问。”第 72 条规定：“人民法院、人民检察院对于各自决定逮捕的人，公安机关对于经人民检察院批准逮捕的人，都必须在逮捕后的 24 小时以内进行讯问。”这一法律规定，既有法律程序上的

意义，又有讯问策略上的意义。一方面，它有助于及时审查拘留和逮捕是否有错；另一方面，对确实有罪的被讯问人，可以利用其刚刚被拘留、逮捕时的紧张心理和尚未来得及充分考虑如何对付讯问而促其如实地供述罪行。

第一次讯问的基本步骤：先问清被讯问人的基本情况，包括姓名、年龄、文化程度、民族、籍贯、住址、家庭成员、主要社会关系、个人经历、有无前科等；然后向被讯问人讯问是否犯有被指控的罪行，并听取其对犯罪事实和情节的供述或者无罪的辩解，被讯问人陈述以后再向其提出问题；制作讯问笔录。

第一次讯问应当注意的问题：第一，当被讯问人承认有罪并作出某些交代时，要抓住时机及时追问清楚其犯罪的主要事实和情节，追问中注意不要被其有罪的供述迷惑以致让其摸清讯问方的底细；第二，在被讯问人作无罪或罪轻的辩解时，讯问人员不应随便指责其不老实，以免因此而堵塞其言路，应当耐心听取其辩解并及时查证核实。如果确系无罪，应立即释放；第三，如果第一次讯问对主要案情无重大突破，不要急于求成，以免造成僵局不利于以后的讯问。遇到此类情况，讯问人员应当通过对一般问题的讯问摸清被讯问人不交代主要案情的原因，从中发现问题，为下次讯问创造条件。

②做好思想、政策教育

做好思想、政策教育，是讯问的重要环节之一，其目的是促使被讯问人如实供述。教育的内容通常包括：政策教育、法律教育、形势教育和前途教育。教育的方式方法主要有：a. 口头教育。利用这种形式向被讯问人宣讲政策、法律规定。运用这种形式，应注意采取正面宣讲与问答形式的对话相结合，并贯穿整个讯问过程，尤其要注意让被讯问人听得懂、听得清；b. 用典型案例、书刊报纸、判决书、布告等书面材料进行教育。讯问时可由讯问人员出示并宣读的方法，也可由被讯问人自己阅读或朗读；c. 用录音、录像、电影、幻灯等视听材料教育。运用视听材料，应注意选材适当；d. 组织社会力量进行教育，讯问人员可以有目的、有计划地组织被讯问人的亲朋好友，对其有影响的人物用通信、接见、作报告等形式进行教育。

对被讯问人进行思想、政策教育应当注意以下几点：a. 选择时机，掌握火候。讯问实践表明，对那些顽固狡猾的犯罪分子泛泛地对其宣讲“坦白从宽，抗拒从严”的政策，一般来说收效不大。因此，要善于选择有利的时机来进行政策教育。例如，当被讯问人处于矛盾或者理屈词穷之时，讯问人员便可及时进行政策攻心，晓以利害，指明出路，促其交代；b. 因人而异，有的放矢。讯问时，对不同的人和不同的情况，应采取不同的做法。讯问前应先研究

被讯问人的思想情况，找准其拒不认供的症结所在，然后再针对不同情况，有所侧重地进行教育。例如，对于那些对立思想严重的有罪的被讯问人，在进行政策教育时，应当侧重宣讲抗拒从严的道理，并结合运用实践中从严案例进行教育。只有有针对性地进行教育，才能收到良好的效果；c. 晓之以理，动之以情。晓之以理，就是在讯问中，以理服人，使被讯问人口服心服。例如，对有罪的被讯问人，说清其犯罪行为对国家、社会、受害人造成的危害，提高其悔罪感。动之以情，即用正义、良心唤起被讯问人的良知，使其树立认罪伏法、悔罪自新的决心和信心；d. 实事求是，注意分寸。对被讯问人进行思想、政策教育，必须实事求是。讯问人员讲话要有分寸，不应言过其实，随便向被讯问人许诺、“打保票”或利用政策搞变相诱供、骗供。e. 消除对立情绪。讯问人员要善于与被讯问人进行心理接触，以便消除对立情绪，创造良好的对话气氛。为此，在讯问开始时，可以先结合被讯问人的职业、兴趣爱好谈一些对方感兴趣的问题，逐步缓解对立情绪，使其感到讯问人员是通情达理的人从而愿意与之打交道。在这种情况下，再针对被讯问人存在的某些消极、抗拒心理，进行疏导。例如，有的被讯问人担心家庭破裂，妻离子散而对生活丧失信心；有的被讯问人自知罪行严重，不能活着出狱，只求早死了此一生等。对于有此类心理的被讯问人，讯问人员要实事求是、有分寸地做好思想教育，唤起其自尊、自信和自重，使其看到一线生机，促其走坦白从宽的道路。

(3) 做好讯问笔录

讯问应当制作笔录。讯问笔录是将讯问犯罪嫌疑人的全部活动用文字如实记录的一种司法文书。

讯问笔录由三部分组成：①基本情况部分。这一部分主要记清案由、讯问次数、讯问开始和结束的时间、讯问地点、讯问人的姓名和职务、被讯问人的姓名、性别、年龄、现住址、工作单位等。②提问和回答部分。这一部分是讯问笔录的中心内容。应当准确、详细地记录讯问人的问话和被讯问人的回答。对于被讯问人在讯问中的表情，如沉默、惊恐、摇头、哭泣、冷笑等，也应如实记录，以便分析被讯问人的心理活动。③附记和签名部分。讯问结束后，应当场将讯问笔录交被讯问人核对，对于没有阅读能力的，应当向他宣读。如果记录有遗漏或者差错，被讯问人可以提出补充或者改正。被讯问人承认笔录没有错误后，应在笔录的末页写明“以上笔录我已看（或向我宣读过）和我说的相符”，并逐页签名或盖章。如果被讯问人无理由拒绝签字或盖章，应当在笔录上注明。讯问人员也应当在笔录上签名。

被讯问人如果请求自行书写供述的，应当准许。必要的时候，讯问人员也

可以要被讯问人亲笔书写供词。

制作讯问笔录应注意以下几点：

第一，笔录要真实。讯问笔录作为一种司法文书在案件中具有证据作用，因此记载的内容必须保证客观真实，要不失原意地把讯问人的问话和被讯问人的回答记录下来，决不允许凭讯问人的主观印象随意取舍。

第二，笔录要完整。对问答的内容要完整地记录下来。对于被讯问人的供述，不仅要记述其交待的基本犯罪事实，而且要记录犯罪的具体过程和情节；对于被讯问人的辩解，也必须无遗漏地记录下来；被讯问人在受讯问过程中，讲话的语气、表情等都应在笔录中加以注明。

第三，笔录要清晰。讯问笔录中的字迹应当清晰，纸面干净整洁；用语应精确、恰当，通俗易懂；回答应使用第一人称；注意不能用符号代替文字。

(4) 遵守有关法律规定

讯问人员进行讯问时，必须遵守有关法律规定。我国法律有关讯问犯罪嫌疑人的规定主要有以下几个方面：①讯问犯罪嫌疑人必须由不少于二人的侦查人员进行；②对于不需要逮捕拘留的犯罪嫌疑人可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问并应出示有关证明文件；传唤、拘传持续的时间最长不得超过12小时；③讯问时首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为，让他陈述有罪的情节和无罪的辩解，然后向他提出问题。犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。对于与本案无关的问题，被讯问人有拒绝回答的权利；④讯问应当制作笔录；⑤犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。

2. 讯问策略

(1) 问话策略

讯问人员应当根据案件的具体特点和掌握证据的情况以及被讯问人回答问题的态度，采用不同的问话策略。

①由远而近、迂回问话法

有些案件讯问人员掌握了被讯问人犯罪的一定证据，但数量少，不是直接证据，或者证据的可靠性存在疑问。此种情况下，讯问时可以采取以虚掩实，迂回包抄的问话策略。讯问人员有意识地先不涉及主要问题，而是隐蔽主攻方向，讯问一些似乎与案件无关或者关系不大的问题，以分散其防御的注意力，使其无意中说出某些与主要问题有关的细节，或者暴露出矛盾和破绽，然后使其陷入不得不讲实话的处境。例如，在一起盗窃财务室的案件中，侦查人员掌握的证据材料有三：a. 有人看到被讯问人在发案时到过现场，但只有一个证

明，材料不可靠；b. 财务室窗台上有被讯问人的一枚指印，但是平时他也去财务室；c. 被讯问人案发后与其表兄接触频繁，表现反常，有共同作案的可能。由于上述材料都不十分过硬，所以讯问时，讯问人员并未直接问及其盗窃问题，而是让其讲案发前后那段时间内的行动，去过何处，接触过何人，做过何事。被讯问人一一作了回答。经查，其中有一点不准确，即被讯问人所说的案发当晚从 7 点至 11 点一直与几个人玩扑克，但其他几人都证实打扑克到 10 点就结束了，而其家人说他 11 点才回家。然后第二次讯问就让其讲从 10 点至 11 点多这段时间的行动；他又编了几次假话，被当场揭穿，最后，讯问人员结合使用证据，被讯问人供认了罪行。

②开门见山、直接问话法

对于事实清楚、证据材料充分、确凿的案件，讯问时，可以就全案关键性问题，开门见山，直接向其提出，并且穷追不舍，直至被告人交代了犯罪事实和作案过程。这种问话策略在讯问偶犯、从犯时，有着明显的作用。

(2) 使用证据的策略

讯问中，适时地、恰当地使用证据材料，可以动摇、瓦解被讯问人的侥幸心理和顽固态度。

①使用证据的时机

一般来说，遇有下述情况时，可以使用证据：a. 被讯问人的心理矛盾加剧，处于交代和不交代的十字路口，可以通过使用证据，促其交代罪行；b. 被讯问口供自相矛盾不能自圆其说时；c. 被讯问人存在侥幸心理，对讯问人员是否掌握证据持怀疑态度时，可通过使用证据打破其怀疑、侥幸心理；d. 被讯问人反讯问伎俩被识破，正处于徘徊或软磨硬泡时，使用证据，可彻底凿穿其谎言逼其交代；e. 被讯问人抵赖狡辩，鸣冤叫屈时，使用证据，可将其气焰打下去；f. 被讯问人在供认罪行后又翻供时，可以使用证据，消除其幻想；等。

②使用证据的方式

在讯问中，使用证据的方式主要有以下几种：a. 口头宣示；b. 出示书证；c. 出示实物证据或实物照片；d. 播放证言录音；e. 播放证据录像；f. 证人当面指证；g. 在被讯问人视听范围内，暗示证据。

③使用证据的方法

出示证据应根据具体案情的不同而采用不同的方法。常用的出示证据的方法有：

a. 直接使用证据。即直接用口头点破，或出示实物、照片，或播放录音、

录像等。直接出示证据后，即可责令被讯问人回答提问。这种使用证据的方法可以对被告人的心理起到较大的冲击，收到较好的效果。

b.间接使用证据。即针对要讯问的案件事实采用引而不发、暗中点破的方法使用证据，使被讯问人觉察到讯问方已掌握了他的犯罪证据，从而不得不如实交代。这种使用证据的方法既有利于掩护证据的来源，又不暴露讯问方掌握证据的情况，还可以探明被讯问人的态度。

c.连续使用证据。即有计划地选择几个确凿证据看准被讯问人的弱点，连续使用，迫使被讯问人如实交代。出示证据时，一般应先使用次要的材料，后使用重要的材料。连续使用证据的使用方法可分为两种情况：其一，如果被讯问人比较顽固，可接连使用两三份证据。即便被讯问人暂时抵赖第一份证据，也抵赖不了第二份、第三份证据……只能在大量证据面前低头认罪；其二，对一般被讯问人如果连续使用证据，可以先使用一份证据，推动被讯问人交代一些问题；再使用一份证据，又推动被讯问人交代一些问题，如此连续不断地使用证据，直至被讯问人交待清全部问题。连续使用证据方法一般适用于讯问方掌握的证据材料较为确实、充分，而被讯问人拒供心理较严重的情况。

上述诸种使用证据的方法，应当根据每起案件所掌握证据材料和被讯问人的特点等具体情况，灵活运用。既可以单独使用一种方法，也可以几种方法结合使用。

④使用证据应当注意的问题

运用出示证据策略，应当注意以下几方面：

a.要事先做好准备。

使用证据之前应当做好必要的准备工作。例如对讯问什么问题时需要使用证据，使用什么证据，使用证据以后会有什么效果，可能会出现什么情况，事先都应当考虑好，并且拟好相应对策。

b.使用的证据必须确凿可靠。

证据确凿可靠的要求主要有两条：一是使用的证据必须经过查证核实；二是使用的证据必须是按法律程序获得的证据。

c.使用证据要留有余地。

使用证据应当慎重，只有在必要时方可使用证据。如果能够用其他比较巧妙的方法来代替直接出示证据，就不一定把所掌握的证据材料打出来。如果非出示证据不可，也不应把所掌握的证据材料和盘托出，不可让被讯问方知道每项证据所证实的全部细节。出示证据，力争用最少的证据，取得最大的效果。

d.使用证据要注意保密。

一是不能暴露调查工作的秘密；二是要注意保护检举人、控告人；三是不能暴露讯问方的虚实。

e. 使用证据应注意与其他讯问策略相结合。

(3) 利用矛盾策略

利用矛盾是讯问中经常采用的一种行之有效的策略。讯问中，讯问人员要善于发现和运用案件中的矛盾，以利于弄清案情。利用矛盾包括两方面的内容：一是被讯问人口供中的矛盾；二是被讯问人与同案犯之间利害关系上的矛盾。

①被讯问人口供中的矛盾

当被讯问人编造口供时，即使精心编造，也难免有破绽。口供中的矛盾主要有如下几种情况：a. 被讯问人口供前后矛盾；b. 被讯问人口供与客观事物相矛盾，例如与历史事实、自然条件、风俗习惯等情况矛盾；c. 被讯问人口供与科学常识相矛盾；d. 被讯问人口供与案件中其他证据相矛盾；e. 被讯问人口供与同案犯的口供矛盾。对于这些矛盾，讯问人员要善于发现。

发现口供中矛盾的方法主要有：a. 对需要核查的案件事实和情节进行详细讯问；b. 对同一案件事实间隙性地重复讯问或者从不同角度用不同提问方式讯问；c. 对需要核查的问题，拆散为若干个小问题夹在其他问题中讯问，或者与已经查实的情节联系起来讯问；d. 对供词中涉及历史事实、风俗习惯、自然条件等有关内容时，要认真核对；e. 有关科学技术问题需要进行科学鉴定。通过上述方法，可以发现被讯问人口供中的矛盾之处，查明其有意作伪供还是因为客观条件造成的。

利用被讯问人口供中的矛盾，应注意以下几个方面：a. 应当让被讯问人对讯问中提出的问题自由陈述，发现矛盾时，不应立即将其谈话打断，而应当不动声色地听，在关键问题上还要反复几次，使其陈述得更明确、更具体，然后到一定时机再予以戳穿，使其理屈词穷、无言以对，迫使其交代罪行；b. 应当将利用口供中的矛盾与思想、政策教育结合起来。当被讯问人被深追细问得理屈词穷时，要适时地向其进行思想政策教育，指明只有坦白交代才有出路，促其供认自己的罪行；c. 必要时应同时出示证据相结合。有时候，仅仅从逻辑关系的角度指明其口供中多处自相矛盾还不足以让被讯问人低头认罪。此种情况下，可以结合出示证据的策略用真凭实据迫其就范。

②被讯问人与同案犯之间利害关系上的矛盾。

在团伙犯罪中，同案犯之间既有共同利益，又有各自的利益。在接受审讯时，这一利害关系冲突十分明显。同案犯之间尽管臭味相投，志趣一致，有的

甚至是结拜兄弟，表示决不出卖朋友。但是，从人生观、价值观看，他们都是一些极端利己主义者，因而决定了他们之间必然会引起利害关系上的冲突。

在审理团伙犯罪案件时，讯问人员要善于利用集团成员或同伙之间在利害关系上的矛盾，分化瓦解，各个击破。讯问人员应当仔细研究被讯问人在同伙中的地位及与上下左右同伙之间的利害关系，将他们之间的矛盾的各种材料收集起来，有针对性地做分化瓦解工作。利用同案犯之间利害关系上的矛盾的方法主要有二种：①从团伙成员中相互利害关系上进行实事求是的揭发，使团体中遭受损失比较大的成员靠近我方，争取从宽处理；②从同案犯之间供词互相矛盾方面，迫其如实交代罪行，检举揭发他人，争取从宽处理。在利用同案犯之间利害关系上的矛盾时，要注意以经过查证核实的事实为根据，防止盲目利用。同时，要警惕同伙之间乱咬乱供，相互推诿罪责或者嫁祸于人。

（三）辨　认

1. 辨认的种类和作用

在案件调查中，为了查明某个人是否与案件有联系，或者某件与案件有联系的物是否属于某人所有，或者某场所是否是案件的现场或与案件有关联的场所，需要采用辨认这种措施。辨认是指调查机关为查明案件事实或审查嫌疑人而组织安排有关人员对与案件有关的人、物或者场所进行识别的一种措施。

辨认是一种认识活动，这种认识活动的过程实际上是同一认定过程，即辨认人依据自己大脑中的印象判断与案件有关的某人、某物或某场所是否是他曾经感知过的人、物或场所。辨认的认识过程可分为感知、记忆和辨识三个阶段。感知阶段是整个活动的基础。辨认人通过感知而使辨认客体在自己大脑中留下了映象。没有感知到的东西不能成为辨认的对象，没有感知的客体特征也不能成为辨认的依据。感知是感觉和知觉的总称。人的感觉包括视觉、听觉、触觉、嗅觉和味觉，绝大多数辨认都依靠视觉和听觉，但是盲人和聋人辨认时也可能利用其他三种感觉。人的知觉具有选择性、整体性、理解性和恒常性等特点。对辨认来说，知觉的上述特征一方面可能加深辨认人对辨认客体的印象并使辨认人更加全面、准确地理解辨认客体的特征，另一方面也可能使辨认人忽略或歪曲辨认客体的某些特征。记忆阶段是辨认活动的中间环节。除辨认人的记忆能力外，记忆的清晰度和准确度主要取决于识记的主动与否和识记到再现间隔时间的长短。一般来说，有意识记所形成的印象比较深刻，而且往往会在印象保持期间得到主动回忆的加强。记忆可分为表象记忆、动作记忆、情感记忆和语词概念记忆等。辨认中的记忆多为表象记忆。表象记忆具有直觉性和模糊性的特点。一方面，当辨认人在自己大脑中再现某人的相貌或语音时，便

有如观其面，如闻其声的感觉。另一方面，辨认人记忆中的表象往往很难用语言精确地描绘出来。辨识阶段是整个辨认过程的关键环节。辨识以辨认人大脑中的表象再现为基础。表象再现有回忆和再认两种方式。辨识属于人。当辨认人看到辨认对象时，立即将有关信号输入自己的大脑，在储存的记忆表象中进行查找和比对，并作出是否同一的辨认结论。

（1）辨认的种类

①根据辨认主体的不同，辨认可分为证人辨认、受害人辨认和被告人辨认三种。

②根据辨认客体的不同，辨认可分为人身辨认、物体辨认和场所辨认。人身辨认是以解决人身是否同一为目的而进行的辨认。它包括对活人的辨认和对尸体的辨认。物体辨认是以解决物体是否同一为目的而进行的辨认。物体辨认的对象包括与案件有关的工具、现场遗留物、随身携带物、书信、文件等。场所辨认是以解决场所是否同一为目的而进行的辨认。场所辨认的对象包括案件现场和相关场所。

③根据辨认方式的不同，辨认可以分为公开辨认和秘密辨认。公开辨认是由调查人员组织辨认人在被辨认物的持有人知晓的情况下进行的辨认。对物体的公开辨认要请见证人参加。公开辨认结束后应制作正式的辨认笔录，并可以作为案件的诉讼证据公开使用。秘密辨认是由调查人员安排辨认人在被辨认人或被辨认物的持有人并不觉察的情况下进行的辨认。此种辨认的结果仅供调查人员参考，不能作为诉讼证据使用。

④根据辨认方法的不同，辨认可分为直接辨认和间接辨认。直接辨认是辨认人通过对辨认对象的直接观察或感知而进行的辨认。此种辨认的特点是对辨认对象的特征感知比较真实、全面。间接辨认是辨认人通过某种中介了解辨认对象特征并以此为基础进行的辨认。例如通过观看某人的照片或录像来辨认是否是该人。间接辨认没有直接辨认可靠，但其方法比较简便。

⑤根据辨认特征的不同，辨认可分为静态辨认和动态辨认。辨认特征，即辨认活动所依据的辨认对象的特征。辨认中能利用的辨认对象的特征主要有形象特征和习惯特征两种。前者是指辨认对象的外表结构、形状、颜色、图像等方面的特征；后者是指依据辨认对象在运动中体现出来的规律性或习惯性特征。依据辨认对象形象特征所进行辨认是静态辨认；依据辨认对象习惯性特征所进行的辨认是动态辨认。

（2）辨认的作用

辨认是一种重要的调查措施，其作用主要体现在以下几个方面：

第一，通过辨认，可以验证和判断某些证人证言、被告人供述和辩解及被害人陈述的真伪和可靠性。例如，被害人的陈述与案件现场的实际情况有可能不一致或不完全一致；证人证言与被告人供述之间有可能出现矛盾。遇有此类情况，通过询问和讯问不能查清案件事实的，可以通过辨认来验证。

第二，通过辨认，可以为查找与案件有关联的人提供帮助。例如，通过“以物找人”的方法，通过辨认物品，可以发现需要寻找的与案件有关联的人。

第三，通过辨认，可以为审查嫌疑人提供依据。例如，在刑事案件中，侦查人员通过调查发现嫌疑人后，可以组织本案的受害人或目击者进行辨认，从而为肯定或排除其犯罪嫌疑提供依据。

第四，辨认是获取证据的重要方法之一。例如，通过有计划、有准备的人、物或场所进行辨认，能够获得证明案件时间、地点、环境条件、工具等方面情况的证据。

2. 辨认的基本规则和一般方法

(1) 辨认的基本规则

①个别辨认。它包含两层含义：其一，当同一辨认对象由几个辨认人辨认时，应该让其分别单独进行，以免辨认人之间相互影响而失去辨认的客观性；其二，两个以上辨认对象要同一辨认人辨认时，也要让辨认人分别进行辨认，以免辨认对象之间互相干扰影响辨认结果的客观性。

②混杂辨认。对活人或物体进行辨认时，不能只有辨认对象一人或一物，应当将辨认对象混杂在若干个与其相似但无关的人或物中间，在选择混杂对象时，应以辨认对象的特征为依据。当辨认对象是人时，混杂对象的性别、年龄、相貌、身高、体态等特征应当与辨认对象相同或相似。当辨认对象是物体时，混杂对象的种类、形状、颜色、大小等应当与辨认对象相同或相似。照片辨认、录音辨认、录像辨认也应遵循对象混杂的规则。一般而言，混杂对象的数量不得少于三人（件）。对无名尸体和场所的辨认不适用对象混杂的规则。

③自由辨认。辨认时，应当保证辨认人独立自由地进行，组织辨认者不得对其有任何方式的暗示或诱使。辨认前，不能让辨认人看见辨认对象和知道辨认对象的情况。在辨认过程中，组织辨认者可以帮助辨认人全面细致地观察辨认对象的特征，也可以进行必要的解释，但必须保持客观的态度。为了保证自由辨认，也不能让被辨认人事先了解有关辨认的情况。

(2) 辨认的一般方法

①辨认前的准备

辨认前，需要做好如下几项准备工作：

a. 通过询问或者讯问辨认人，向其了解有关情况。第一，要向辨认人问清楚是否了解所要辨认的对象的具体特征和特点，辨认人是在什么条件下对辨认对象留下的印象以及印象有多深。辨认人只有对所要辨认的对象的具体特征和特点叙述得真实、具体，辨认才能取得最佳的效果。如果辨认人对辨认对象的印象比较淡薄，叙述模糊；或几次提问，每次所叙述的辨认对象的具体特点和特征差别较大，则说明辨认条件并不具备。第二，辨认人是否具备辨认的条件。辨认人辨认的条件是指辨认人的感知能力、记忆能力和表达能力如何。如果辨认人智力低下，记忆丧失或感知不正常，缺乏识别能力、表达能力，则不具备辨认的条件。应当注意的是，本案的办案人员、被告人的法定代理人，与案件有利害关系的证人均不能充当辨认人。

b. 确定辨认的时间和地点。公开辨认时，辨认的时间和地点应尽量安排在符合辨认人原感知条件而且外界干扰较小的环境中进行。秘密辨认时，要注意不能让被辨认人察觉，因此在安排辨认时间和地点时，还要考虑到辨认的保密性。

c. 制定辨认方案。组织辨认前应制定出具体的行动方案，内容包括人员安排、行动步骤、可能遇到的问题以及相应的对策等。

d. 准备辨认条件。包括选择合适的混杂对象；适当对辨认环境进行布置；告知辨认人应当认真对待辨认，并向其宣布辨认要求和需要注意的事项。辨认要求因辨认对象的不同而不同。例如对人的秘密辨认，要告知辨认人注意切不可引起不必要的惊动和发生意外事故。

②辨认的实施

辨认实施方法视辨认对象和辨认的种类而定。对人进行直接辨认时，多采用静态辨认方法，即让辨认对象处于基本静止的状态，以使辨认人从容不迫地仔细观察其外貌特征。但是，如果辨认人对被辨认人的外貌特征印象不深，而对其讲话的声音或行走姿势印象较深，则应让辨认人听其说话或看其走路。如果条件有限不能直接辨认，可利用照片、录像、录音进行间接辨认。利用照片辨认，即利用辨认对象的照片进行的辨认。照片辨认的关键是照片本身的条件。辨认照片应尽量反映辨认对象的特征，并且照片拍摄时间与辨认人接近被辨认人的时间相近。利用录像辨认，摄制的录像要画面清晰，防止影像失真。录像具有可反复播放、变速播放等特点，比较直观。利用录音辨认，即辨认人通过录音进行辨认。制作辨认录音时要注意录音要清晰，录音条件与案件原始声音的条件、混杂人员的录音条件要一致。录音有时有失真现象，辨认比较困难，一般不用来作确定审查对象的依据。对尸体的直接辨认，可以不用事先询

问，从而避免可能的暗示。如果尸体面目难以辨认，可先进行整容。在辨认中，当辨认人认出尸体系某人时，应当让辨认人陈述根据何种特征来确认的。在对人进行辨认时，辨认人可能会产生一些紧张心理，应当根据辨认人的具体情况，采取不同的办法。例如，辨认人对尸体进行辨认时可能会产生一些恐惧心理，这时可以采取增加在场人员的办法来消除辨认人的恐惧感。

对物的辨认，组织辨认者首先应当做好充分的准备工作。因为对物的辨认容易发生差错，要注意挑选好混杂物，并将其随意摆放。辨认前，还应问清辨认人能否认出需要辨认的物品。如果得到肯定的回答，问清辨认人是根据什么特征认出的。对物的辨认尽可能采取直接辨认方法。直接辨认确有困难的，也可以采用照片辨认等间接辨认方法。

③制作辨认笔录

公开辨认应制作正式的辨认笔录。辨认笔录的内容主要包括：a. 辨认的时间、地点和条件；b. 辨认人的姓名、性别、年龄、职业、住址；c. 辨认对象的具体情况，如被辨认人的数量、姓名、年龄、职业、住址；被辨认物的类别、形状、数量等；d. 混杂对象的情况，如混杂人员的姓名、年龄、性别、职业、住址；混杂物体的种类、型号、形状、数量等。e. 辨认的结果。如确认同一、不同一或相似，不能确认的根据和理由。f. 有关人员签名或盖章。辨认结束后，辨认人、被辨认人、被辨认物的持有人、见证人、担任混杂对象的人、组织辨认者要在辨认笔录上签名或盖章。辨认的内容通过问答形式在辨认笔录里记清楚。辨认笔录应力求客观、详细、准确。

3. 辨认结果的评断和使用

使用辨认结果，必须认真评断，以便正确判断其可靠程度。评断辨认结果一般从如下几方面进行：

第一、辨认人方面。考察的内容包括：(1) 辨认人的感知能力、记忆能力和识别能力。注意辨认人的感知有无色盲、近视、远视、听力减弱等缺陷，还要注意其对某类事物的特殊认识能力的强弱。要注意了解辨认人的生活经历、文化水平、职业特点和兴趣爱好。必要时还可以通过实践来查明。(2) 辨认人的感知、记忆、识别时的心理状态和积极程度。辨认人感知和识别时的心理状态对辨认结果有一定影响。辨认人感知、记忆、识别时的积极程度也影响辨认结果。考察途径主要是通过询问和细致的调查。(3) 辨认人与案件及其当事人的关系。要注意辨认人与案件有无直接或间接的利害关系，从而查明其有无可能影响其公正进行辨认的因素。

第二、辨认对象方面。考察的内容包括：(1) 辨认对象的特征是否突出，

是否容易与其他对象区别开来。(2) 辨认对象的特征是否稳定，要注意有无伪装和改变。(3) 辨认对象的特征是否容易被感知和记忆，对象特征在辨认人头脑中的反映是否清晰和充分。

第三、辨认过程方面。考察的内容包括：(1) 可能影响辨认结果的各种客观因素。例如，识别时是否有干扰。(2) 辨认人识别时的环境条件与其原来感知辨认对象时的环境条件是否相同或相似。(3) 整个辨认过程的组织和实施有无违反辨认规则的情况。

辨认结论只有经过认真、细致的评断，并与其他证据验证无误后，方可作为证据使用。辨认结论一般不能单独作为认定案件事实的根据，必须与案件中的其他证据材料结合使用。

三、物证调查的方法

(一) 现场勘查

现场是指事件或者事故发生的地点或者场所。在这里，对现场应作广义的理解，它不仅指事件或者事故的结果发生的地点或者场所，而且还包括与事件或者事故发生的原因、经过等与事件或者事故的发生有关联的一切地点或者场所。例如，触电致人死亡的重大责任事故现场，它不仅指人与电接触时的地点，而且还包括电源、供电线路、电器设备以及有关的保护装置等地点和部位。犯罪现场是指犯罪分子实施一系列犯罪行为的地点或场所。

1. 现场的种类

根据不同的标准，可对现场进行不同的分类。

(1) 根据现场从案件发生后到勘验人员对现场进行勘验以前有无变化，可将现场分为原始现场和变动现场。原始现场是指案件发生后至勘查现场以前未遭破坏、没有发生变化的现场。变动现场是指案件发生以后，由于自然原因(例如刮风下雨) 或者人为原因 (例如为抢救伤员或扑灭大火) 而改变了案件发生后的原始状态的现场。

(2) 对于刑事案件的现场，根据犯罪的发展过程，可将现场分为预备犯罪现场、犯罪发生现场和掩盖犯罪现场等。预备犯罪现场是指犯罪分子准备实施犯罪的现场，例如制造、准备犯罪工具的现场就是属于预备犯罪现场。犯罪发生现场主要是指犯罪发生时的地点或者场所等。杀人案的杀人地点、纵火案的起火地点、强奸案的强奸地点等就属于犯罪发生现场。掩盖犯罪现场是指犯罪分子为了逃避惩罚，掩盖自己的犯罪事实而隐藏赃物、作案工具、掩埋尸体、销毁犯罪证据的场所。

(3) 对于刑事案件的现场，还可以根据现场有无伪装，将犯罪现场分为真实现场、伪装现场和伪造现场。真实现场是指犯罪确实在该地已经发生，并且未被故意伪装的现场。伪装现场是指犯罪分子为了掩盖自己的作案动机或者目的，而在作案后故意伪装的现场。例如，杀人后故意将现场伪装成被害人自杀的现场就属于伪装现场。伪造现场是指现场本没有发生犯罪，但是出于某种目的，报案人伪造一个现场，假称有犯罪发生的现场。例如，某单位会计为了掩盖自己贪污公款的事实，自己将保险柜撬坏，谎报说有人来偷钱，这样的现场就属于伪造现场。

(4) 根据现场上发生的事件或者事故在整个案件中的地位，可将现场分为主体现场和关联现场。主体现场就是指事件或者事故的结果发生的地点或者场所。例如，在刑事案件中，主体现场就是指犯罪分子实施主要犯罪行为的场所，主体现场一般也是指犯罪结果的发生地。关联现场是指主体现场以外但与事故或者事件的发生有关的场所。在刑事案件中，罪犯在作案前窥视、逗留和作案后销毁作案工具、隐藏赃物等场所就属于关联现场。

(5) 根据案件的不同性质，还可将现场分为刑事案件现场、民事案件现场、经济纠纷案件的现场和行政诉讼案件的现场等。不同性质案件的现场还可作进一步的划分。例如，在刑事案件中，根据案件的不同类型，还可将刑事案件的现场分为杀人现场、盗窃现场、强奸现场、纵火现场、爆炸现场、投毒现场等等。

2. 现场勘查的任务和原则

现场勘查是指有关人员为了发现和提取与案件有关的各种痕迹和物品而依法对与案件发生有关的场所所进行的勘验检查。

根据我国有关法律规定，勘验现场只能由负责调查案件的国家机关来实施。例如，对于刑事案件现场的勘验，我国刑事诉讼法规定，在一般情况下现场勘查是由公安机关的侦查人员进行的；对于人民检察院的自侦案件，人民检察院的侦查人员也有权勘查现场；人民检察院在对侦查工作实施监督认为需要复验、复查现场时，人民法院在调查核实证据需要勘查现场时，有关的检察人员和审判人员也有权勘查现场。如果遇有一般的勘查技术方法无法解决的专门性问题，侦查机关和人民法院可以聘请或者指定其他科学技术部门的专业人员，在侦查人员的主持下，对现场进行勘验。

现场勘查属于一项专门的调查活动，它涉及到的政策性和法律性都很强，稍有不慎就有可能侵犯公民的正当、合法权益，所以，任何有权对案件现场进行勘验的机关和人员，在现场勘查时，都应当严格按照有关的法律规定进行。

(1) 现场勘查的任务

现场勘查具有以下任务：

①查明案件性质

案件的调查部门在接到报案后，往往只知道有案件发生，但是，此时对于案件的性质尚不怎么清楚。在许多情况下，只有依靠现场勘查，通过对现场勘查中所收集到的证据，才能够对案件的性质作出判断，确定是否有案件发生，发生了何种案件，是否达到了立案的标准，是否需要继续进行调查。例如，有一起"盗窃"案件，失主报称下班后回家发现房门被撬，现金被盗走，不过其他财物完好。经过现场勘查，发现门上撬压锁的痕迹支点和撬点均在房门的一边，从痕迹周围的环境分析，这种痕迹只有在门开着的条件下才能形成，于是认定该现场属伪造现场。经进一步讯问失主查实，因失主将钱挪作他用怕引起家庭关系不和，故自己伪造了一起盗窃现场。此外，对于非正常死亡的案件，往往也需要通过现场勘查来确定死因，确定是自杀、还是他杀或者属于意外死亡。

如果在案件的性质尚未搞清的情况下就盲目立案侦查，这不仅会使调查工作迷失方向，劳民伤财，甚至会冤枉无辜的好人，放纵真正的犯罪分子。

②收集证据并分析案件情况

大多数现场都是证据最为集中的地方，是证据最为丰富的"源泉"。在刑事案件中，犯罪现场是犯罪分子实施犯罪行为的处所，在犯罪现场不仅会留下各种痕迹，还有可能留下其他遗留物。通过现场勘查，通过对各种痕迹物证及其他证据的分析，有可能查明犯罪发生的时间，犯罪行为实施的过程，犯罪行为侵害的对象及其后果，判断作案人的身高、年龄、个人习惯特点等个人情况，判断实施犯罪行为的方法、手段以及使用的工具等。通过现场勘查，还有可能查明实施犯罪的动机、目的、因果关系及其他与犯罪有关的因素。从而帮助侦查人员划定侦查范围，为侦查提供方向。

我国刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法都规定，现场勘查笔录是一种法定的证据形式，可以作为诉讼证据使用。除了现场勘查笔录本身可作为证据使用之外，在现场勘查时收集到的其他证据，如指印、足迹、工具痕迹、枪弹痕迹、血液、精斑、工具、日记、信件、账簿、录音带、录像带、磁盘、光盘等都可在诉讼中作为证据使用。

(2) 现场勘查的原则

现场勘查是一项政策性、法律性、时间性都很强的工作。在通常情况下，现场勘查是在事件或者事故已经发生后进行的。首先，现场勘查要遵循快速、

及时的原则，对于刑事案件现场的勘查尤其应该如此。由于各种不同因素的作用，案件的现场总是处在不断的变化之中。例如，在刑事案件中，灰尘指印、露天足迹会因刮风下雨而被破坏，血迹、分泌物会随着时间的延长而腐败，汗液指印会因时间的增加而造成物质挥发、变干从而失去显现的条件。另外，犯罪现场知情人也会随着时间的推移记忆逐渐淡薄。因此，现场勘查一定要突出一个“快”字，只有及时进行现场勘查，才能够抓住发案不久，案件现场痕迹比较明显，知情人记忆较新，现场没有遭到破坏的机会，获取充分、确凿的证据材料，查明案情，揭露和证实犯罪。

第二，勘查现场还必须坚持全面、细致的原则。所谓全面，就是指凡是有可能留下痕迹物证的地方，均应勘查到。尤其是对范围较大的现场，既要注意勘查现场的重点部位，又要注意勘查现场的外围部位；既要对明显的痕迹物证进行勘验，也要注意对不明显的痕迹物证，尤其是对微量物证进行勘验，不能漏掉可能留有物证的现场任何部位。

所谓细致，就是要求现场勘查人员在进行现场勘查时，要作到认真、细致。在进行勘查时，不但要注意对破坏较为严重的人们经常接触的部位进行勘查，还应注意对那些边角、容易被人们忽视的部位进行勘查，尤其是对案发后被破坏过的现场勘查。在刑事案件中，对于作案过程中破坏严重或者明显触动的地方，有时犯罪分子会采取一些掩盖措施来消灭这些明显的痕迹，但在消灭这些痕迹的过程中，又会留下掩盖痕迹以及新的痕迹。例如，在一起入室盗窃案现场中，罪犯作案后用抹布将现场上他触摸过的地方擦洗过，所以，勘查人员在现场上的门窗和桌椅上未能取得指印，其他犯罪线索也比较渺茫。就在勘查人员感到气馁失望的时候，勘查人员在犯罪分子用来擦洗现场的盆子的外沿提取到了一枚具有鉴定价值的指印，顿觉“柳暗花明又一村”。随后通过计算机查对，找到了具有前科的作案人。此外，细致还要求在提取、包装痕迹物证时要小心谨慎。许多痕迹物证都比较容易被损坏，稍有不慎，就会污染或者毁坏痕迹物证，从而使勘查工作前功尽弃，失去证据价值。

第三，现场勘查还必须坚持客观的原则。所谓客观，就是指勘查人员在进行现场勘查时，要坚持辨证唯物主义的原则，尊重现场上的客观事实，实事求是地反映现场上存在的情况。勘查现场时，勘查人员不能从主观臆想出发，先入为主地给现场勘查的内容和方法定一个框框套套，然后，再按照这个框框套套去勘查现场、去搜集痕迹物证。当然，勘查人员根据案件的具体特点，通过对现场的具体分析判断，然后制订出一个勘查现场的计划以及制订出勘查现场的重点范围，这与勘查人员不根据案件的具体特点主观臆想、先入为主地去勘

查现场是有原则区别的。坚持客观原则，现场勘查人员在制作勘查笔录时，要客观如实地反映勘查情况。

在这里需要指出的是对现场的勘验和对专门问题的鉴定是不同的。虽然在勘查现场时可能会要求对某些专门性问题作出鉴定，但是，勘查笔录不应该包含对专门性问题进行鉴定所得出的鉴定结论。现场勘查笔录是一种“物证”，只需反映出现场勘查所见到的客观情况，一般不要求现场勘查人员对现场的具体情况作出判断；而鉴定结论需要鉴定人员通过对鉴定材料的分析判断，作出的鉴定结论是一种“人证”。

第四，勘查现场还必须遵循合法的原则。现场勘查是对有关事件或者事故发生的地点或者场所进行的勘查。我国宪法规定公民个人的房屋及其他合法财产不受非法侵犯是公民的基本权利，所以，勘查现场必须合法地进行。首先，合法原则要求只有法律明确规定负责调查案件的有关机关才有权力对现场进行勘查；现场勘查的人员必须是法定的勘查人员或者是有关机关指派或者聘请的其他专业人员，除此之外的任何机关、团体、单位和个人，未经有关机关的允许，无权对案件的现场进行勘查。其次，勘查现场时必须按照刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法以及其他有关法律法规的规定进行。勘查现场时，应邀请两名与案件无关的公民作见证人。现场勘查时，对与案件调查无关的物证、书证，不得随意没收、扣押，更不能占为己有。勘查现场时，不得故意毁坏证据，更不能伪造证据。如果勘查人员在勘查现场时违反了有关的法律规定，当事人有权要求对现场重新进行勘查。对违反勘查现场规定的人员，视其情节轻重，要给予相应的处罚，触犯刑法的，应该追究刑事责任。

3. 现场勘查的基本步骤

在事件或者事故发生以后，在现场勘查人员未正式勘查现场以前，应该注意对现场的保护。任何发现事件或者事故发生的人员，都有义务保护好现场，并立即通知有关的机关勘验现场。在刑事案件发生以后，最先接到报案到达现场的派出所民警或者单位保卫处、科的人员，应当担负起保护现场的责任，应该立即关闭现场，防止事主和其他无关的人员进入现场，对现场的痕迹物证造成破坏。对室外现场还要防止刮风下雨等天气条件对现场痕迹物证所造成的破坏。

对室内现场的保护，一般应该锁闭门窗，以免无关的人员进入现场。负责保护现场的人员，要避免将自己的指纹留在门窗上，避免在锁闭门窗的过程中将原有的痕迹物证破坏。如果事主急于想进入现场查看损失，应向其讲明利害关系，待勘查现场完毕之后，再让事主进入现场。

对于室外现场的保护，一般需要划出一定的警戒线，防止无关的人员进入。凡是可能留有与案件有关的痕迹物证的地方，均应划入警戒线之内。如果现场在运输交通要道，要注意疏散车辆行人，必要时，可以关闭交通。如果遇雨雪天气，更要注意对室外痕迹物证的保护。对于可以移动的物证，应先记下物证在现场的具体位置，然后将该物证移至安全地带。对于不能够移动或者不便移动的物证、痕迹、尸体等，可用雨具遮盖保护。

如果现场有受伤人员需要抢救，要首先采取救护措施。对于爆炸、纵火现场往往会有火灾发生，在这种情况下，也需要首先迅速采取灭火措施，排除易燃易爆物品，防止火势蔓延。在抢救伤员或者在扑灭火灾时，抢救和灭火人员可能会留下自己的痕迹，也可能对现场上的痕迹物证造成破坏。在伤员送往医院、火灾扑灭之后，现场保护人员要了解救护和救火人员在现场留下的痕迹以及对现场已有痕迹所造成的破坏，并立即布置警戒线，封闭现场，等待对现场的勘查。

(1) 现场勘查前的准备

现场勘查人员到达现场后要首先进行现场访问，了解案件的发生、发现和现场的保护情况。要特别注意询问案件发生后是否有人员进出过现场、进出现场的原因、进入现场后接触过那些物品等情况。还需要了解现场是否发生了变动或者破坏，如果有变动，那么还需要了解变动前的原始状态等。

根据我国刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法以及其他有关现场勘查规则的规定，在正式勘查现场之前，还需要邀请两名与案件无关的、为人正直的公民作为勘查现场的见证人，以保证现场勘查的客观性、合法性，对现场勘查人员的工作实行监督。在勘查现场完成之后，如果有当事人对现场勘查中所发现的痕迹物证提出质疑，见证人可记下证明。见证人需要对现场勘查的始终都进行见证，现场勘查人员在提取痕迹物证时也应及时主动地邀请见证人过目。但是，见证人不得参与痕迹物证的发现、固定、提取等等。最后，见证人应当在现场勘查笔录上签名或者盖章。对于在现场勘查过程中所闻所见，未经许可，见证人不得随便向外界透露。

现场勘查人员在了解到案件的基本情况之后，或者在勘查现场的过程中，如果遇到了某些专门性问题，就需要专门人员的协助。例如为了探明水下的某些情况，为了从水下打捞某些物证，就需要聘请潜水员帮助对现场进行勘验。对于在现场勘查过程中所了解到的有关案件的情况，未经许可，这些人也不得向任何单位或个人泄漏。

(2) 制定现场勘查计划

现场勘查人员在勘查现场时要首先对现场作大体巡视，对现场的中心以及外围环境作一般的观察，制定出现场勘查的计划，确定现场勘查的范围以及勘验的重点部位，确定勘验的先后顺序。

现场中心部位是指事件或者事故发生的结果地。刑事案件的现场中心部位是指犯罪分子作案时接触的主要地点和场所。在刑事案件中，一般作案人对现场中心部位的破坏都比较严重，这里的变化较大，遗留的痕迹物证也相对较多，有时可反映出犯罪活动的主要目的和行为过程，是需要重点勘查的部位。

现场的外围部位是指与中心现场紧密联系的地点或者场所。刑事案件现场的外围部位是可能留有犯罪足迹、交通工具痕迹、烟头、纸张、粪便以及其他遗留物的周围地点和场所。对现场外围部位也需要尽力去发现与案件有关的痕迹物证。

当然，在开始勘查现场时，对于中心现场和外围现场的范围不妨划得稍大一些。在勘查现场的过程中，根据新发现的痕迹物证和通过现场访问所获得的线索，可以随时扩大或者缩小勘查的范围。

在制定现场勘查计划时，还应当确定勘验的顺序。至于到底将哪里作为勘验的起点，并没有一个固定的模式，勘查人员应当根据具体案件的特点，结合被勘验现场的实际情况和条件，来确定现场勘查的顺序。

对于室内现场，一般可先勘查现场的中心部位，后勘查现场的外围部位。在刑事案件的现场中，也可以从犯罪分子在现场的进出口开始勘查，还可以按照现场室内物品的陈列顺序进行勘查。对于办公楼、仓库、商场等面积较大的现场，可以分段、分片、分楼层进行勘查。

对于室外现场，如果现场中心部位和外围地带分隔比较明显，可以从现场的中心部位开始勘查，然后放射到现场的外围部位。如果现场中心部位和外围地带分隔不甚明确，也可分段、分片地进行勘查。对于交通要道、繁华地带的现场勘查，应该从最容易受到破坏和有碍交通的部位开始勘查。

(3) 初步勘查

初步勘查也叫作静态勘查。初步勘查是指在不触动现场物品的情况下，勘查人员对现场上物品、痕迹、尸体以及其他证据的位置、性质、形状、大小等情况进行观察、记录和分析，目的是为了固定现场的原始状态，划出进出现场的通道，防止人们对现场上的痕迹物证造成破坏，为了现场的细致勘查以及日后对现场的复验复查提供条件和依据。

通常应当由一名经验比较丰富的痕迹技术人员对现场作初步勘查，划出进出现场的通道，作为可以进入现场的人员的通道，也便于现场勘查人员进出现

场，防止现场的痕迹物证遭受不必要的破坏。在现场地面可以用粉笔明确标出留下了痕迹物证的部位，以引起进出现场人员的注意。勘验人员在初步勘查时，可边观察、边固定现场的原状以及痕迹物证在现场上的原始情况。固定的方法有照相、录像、绘图和文字记录等。

(4) 细致勘查

细致勘查是指在初步“静态”勘查的基础上，进一步对现场进行的细致“动态”勘查，是在初步勘查的“静观”之后而作的“动观”，其目的是为了仔细地观察现场勘验、检查对象的细微特征。在刑事案件中，要弄清楚犯罪分子作案过程和有关的案情细节，全面发现和提取现场上的各种痕迹物证。

细致勘查时，一般应遵循先地面后空间的原则。地面上的痕迹物证容易遭受破坏，而位于空间内的痕迹物证人们不容易触碰到，所以，可放在稍后勘查。在进行细致勘查时，不能在现场上的痕迹物证上面留下新的痕迹，更不能对现场上的生物物证进行污染，造成对现场上痕迹物证的破坏。在细致勘查时，还应该认真观察现场上每一个痕迹、物品的位置、状态以及相互之间的关系。勘查人员不仅要注意那些明显的痕迹物证，还应该注意那些容易被人们忽视的潜在痕迹和微量物证。要特别注意现场上有无反常现场象。勘查现场时，还应该注意使用现代化的勘验工具，利用各种发现、提取和固定各种痕迹物证的光源、显现手段的照相手段等等。

4. 现场勘查的方法

现场勘查的方法，主要是指勘验人员从现场发现、固定和提取各种痕迹和物品等物证的方法。

(1) 寻找发现痕迹物证的方法

在勘验现场之前，应首先制定勘验现场的计划，确定现场勘验的重点部位。

对于不同种类的现场，勘验的方法、查找痕迹和物品等物证的重点部位，应有所不同。不同性质案件的现场，可能会留下的痕迹和物品等物证的类型也会有所不同。在一般情况下，对于室外现场，事件或者事故发生的结果地，刑事案件伺机逗留、准备作案的地点，都有可能留下各种痕迹物证，应当作为现场勘验的重点部位；对于室内现场，进出现场的进出口，进出现场的通道，事件或者事故直接发生的地点等，都有可能留下痕迹或物品，是痕迹物证在现场遗留比较集中的部位，应该作为现场的重点部位进行勘验，寻找与案件有关的痕迹物品。另外，对于不同性质的案件，作案人在现场的活动情况也可能不一样，留有痕迹物证的部位也不相同，因此，勘验的重点部位也不相同。

现场勘验时，应该根据案件的不同性质，现场的不同特点和不同部位，确定应该重点去寻找的痕迹物证。对于室外现场，一般应该注意对足迹的寻找发现；对于现场的进出口，一般应注意对撬门压锁的工具痕迹的寻找发现；对于涉枪案件的现场，应注意对弹头、弹壳、射击残留物的寻找发现；对于杀人、伤害案件的现场，应注意对血迹的寻找发现；被害人和犯罪分子有过搏斗的现场，还应该注意对从身上脱落下来的毛发、表皮、衣服钮扣等脱落物的寻找发现；对于失火现场，要注意对起火物的寻找；对于中毒案件，应该注意对毒物、中毒人的呕吐物、分泌物的寻找发现；无论任何犯罪现场，只要是犯罪分子曾经接触过的地方和部位，都应该注意对手印的寻找发现。

寻找、发现和提取不同的痕迹物证，应该采取不同的方法。对于一些立体痕迹、有色痕迹、体积较大的物品如弹头、弹壳等，一般都可以直接用眼睛观察发现。但对于一些平面痕迹、无色痕迹、或者量小体微或较为隐蔽的痕迹物品，就需要根据痕迹或物品本身的特点，根据其承受客体的特点，借助于各种物理、化学等方法，来寻找发现。例如，在现场指纹的寻找发现时，对于立体手印、有色手印，一般使用肉眼即可发现。但是，对于无色手印或者颜色较为淡薄的潜手印，需要借助于物理、化学等显现手印的方法，才能够发现是否留有手印。对于透明物体上的潜手印，要使用透光观察的方法寻找发现。对于不透明、但表面光滑可反光物面上的手印，需要用侧面反射光来进行观察寻找。对于既不透明也无光泽的物体上的手印，例如，对本色木、纸张上的汗液手印，就只能用宁西特林、硝酸银或者激光显现法发现。再比如，对弹头、弹壳的寻找发现，一般应该从被击中客体的弹着点着手，根据弹着点及其弹着体的形态特征，运用弹道理论进行推算分析，确定子弹的飞行路线和射击的距离，顺着子弹飞行的弹道方向仔细寻找。如果子弹击中人体后形成了盲管枪创，可使用X光仪透视，定出弹头的具体位置后，再采取办法提取。必要时，可以使用手术提取。如果子弹射入墙壁、地板、水泥地面后形成了盲管弹孔，可顺着弹道方向挖掘，筛滤。如果寻找的范围较大，可以使用金属探测器寻找。由于枪支在发射子弹时，其抛壳的范围一般在发射点周围的5米左右，所以，现场勘查时寻找弹壳应在事先确定的发射位置周围的5米左右的范围去寻找。在寻找弹壳、弹头时，可以使用磁铁、金属探测器等工具。

勘验现场时，还应注意使用各种现代化的勘验技术和仪器，例如：红外线勘查灯、紫外线勘查灯、激光指纹显现器、现场快速检测毒品勘验箱、照相机、录像机、放大镜、探测器等等，来寻找和发现各种痕迹和物品。使用现代化的勘验技术和仪器来寻找和发现各种痕迹和物品，不仅能够提高勘验的工作

效率，而且还能够发现许多利用一般的勘验方法所不能够发现的痕迹和物品，从而提高现场痕迹物证的发现率、提取率和利用率。对于作案人日益狡猾的今天，在现场勘验寻找、发现和提取各种痕迹物证时，这些现代化的勘验技术和仪器，已经成为必不可少的技术和工具，广泛地运用于各种各样的现场勘验之中。

(2) 现场痕迹物证的固定提取

对于现场勘验时所发现的各种痕迹物证，有的需要带回实验室进行分析鉴定，有的还需要提交法庭作为认定案情的证据使用。所以，对于现场上的痕迹物证，在发现之后，应该根据不同痕迹物证的特点，采取相应的方法，进行固定和提取。固定现场痕迹物证的方法主要有以下几种。

①照相

照相不仅是一种寻找、发现各种痕迹物证的方法，它还是一种对各种痕迹物证进行固定提取的方法。无论何种痕迹物证，都必须首先用照相这种方法进行提取和固定。即使还需要使用其他方法对痕迹物证进行固定和提取，在使用其他方法进行固定提取之前，也得事先采用照相提取固定。这样可以防止因使用其他方法提取痕迹物证不当或者因其他原因，这些痕迹物证遭到破坏后，使用照相方法提取固定的痕迹物证，还可以对此进行弥补和挽救。

在拍摄现场痕迹物证之前，要在该痕迹物证的边缘搁放比例尺，这样便于通过照片对痕迹物证的体积和形状的大小进行分析。拍摄痕迹物证时，照相机镜头的光轴必须垂直于痕迹物证的表面，以防照片上的痕迹物证变形失真。

②提取原物

对于可携带的物品，一般应提取原物。如果痕迹遗留在体积较小的物体或者可拆卸成小件物品的物体上，如遗留在椅子、凳子、纸张、衣服、床单等小件物品上的足迹，可以连同原物一并提取，以保持痕迹的原始状态，保护痕迹的细节特征，这对于痕迹的分析、检验、鉴定都具有十分重要的意义。

③静电吸附提取

对于遗留在水泥地面、大理石地面、地毯、纺织品、桌椅板凳等上面的粉层手印或足迹，可以根据静电吸附的原理，使用专门提取粉层痕迹的静电吸附仪来提取。

④制模提取

制模提取就是利用专门的制模材料，将现场上的痕迹制成模型进行固定提取的方法。制模提取主要使用于各种立体足迹、各种工具痕迹的提取。常用的制模材料有石膏、AC 纸（醋酸纤维素薄膜）、硬塑料、易溶合金等。

石膏，一般用来对立体足迹的提取。使用石膏提取立体足迹，方法简单，足迹的特征反映明显，费用低廉。但是，这种提取方法的最大的缺点是操作稍有不当，容易毁坏足迹，造成难以弥补的损失。在提取粉层立体足迹时，一般应事先使用“灰尘痕迹固定剂”进行固定，然后再浇灌制模。在提取雪地上的立体足迹时，除了事先需要使用“灰尘痕迹固定剂”外，调制遮盖液时需要加雪水或者氨水，以降低浇灌液的温度。AC纸对于提取金属表面的擦划痕迹具有良好的效果。使用AC纸提取金属表面的痕迹，细小特征反映清晰，操作十分简便。制作AC纸薄膜时，将AC纸在丙酮内泡软后压在痕迹的表面即可。不能将AC纸制模法用来提取较深的凹陷痕迹，粗糙表面的工具痕迹以及带有毛刺的客体上的工具痕迹也不能使用AC纸制模法提取。硬塑料一般也被用来对面积较大、有一定深度的工具痕迹的固定提取。硬塑料制作的工具痕迹模型稳定性强，能够清晰地反映痕迹的细节特征。但是，由于硬塑料具有韧性较差的特点，所以，不能用它来提取松软物体表面的工具痕迹。硅橡胶塑型细腻，弹性好，不易破碎，不损坏原来的痕迹特征的提取。但是，由于硅橡胶的成本较高，一般不宜提取大面积的工具痕迹。

在现场提取了痕迹和物品之后，应注意妥善包装，认真保管，不得挪作他用。对于现场所提取的痕迹或物品，原则上应该对于所提取的每一痕迹或者物品，使用一个专门的干净纸袋或塑料袋或瓶子，单独包装。在包装物的外面，应当注明痕迹或物品提取的时间、地点、种类、型号、案由等等。对于某些痕迹或物品，提取和包装还可能具有特殊的要求。例如，对于现场弹头和弹壳的包装，就应该使用干净的软纸、棉花或者纱布将每一个弹头或者弹壳分别单独包装，绝对禁止将它们混杂在一起包装，以免弹头弹壳互相之间的摩擦、碰撞，使痕迹遭到破坏。对于一氧化碳中毒案件死亡者血样，应该使用磨口的玻璃瓶提取。提取血样时，要装满玻璃瓶，不得留有空隙，以防血液内一氧化碳因扩散而流失。

5. 现场勘查记录

现场勘查完毕，应该对现场勘查进行记录，将现场上一切与案件有关的痕迹物品以及勘查人员实施勘查的情况记录下来。这是收集、固定、保全证据的重要措施，为案件调查人员分析案情和了解现场的原始情况提供依据。

我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》都规定，负责勘验现场的人员，应当将勘验的情况定成笔录。勘验笔录是刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼中的一种法定证据形式。现场勘查笔录是案件现场的真实客观写照，也是对现场勘查人员勘验现场的反映。在案件的调查过程中，有时需要恢复原

始现场，研究案情，对犯罪行为作具体的分析，有时可能还需要作现场实验，甚至还会进行重新勘查或者复查，恢复现场将主要依靠对原始现场的勘查记录。

现场勘查记录的手段除了现场笔录外，还包括现场绘图、现场照相和现场录像。在司法实践中，一套完整的现场勘查记录应当包括现场勘查笔录、现场绘图和现场照相三部分组成，在有条件的地方，还应当有现场录像。现场勘查笔录、现场绘图、现场照相和现场录像这四种形式各有所长，只有配合使用，相互补充，才能够全面、准确、客观、形象地反映现场的情况。

(1) 现场勘查笔录

现场勘查笔录是勘查人员对现场上存在的与案件有关的一切客观事实包括勘验情况的文字记录。现场勘查笔录记录现场勘查情况，具有详细反映物品属性，反映痕迹的外貌特征，反映有关的时间等绘图、照相和录像不易反映的特点。

制作现场勘查笔录时，要真实、客观、准确地将勘查中所发现的各种情况全面地反映出来。文字叙述要简练，不同的案件应突出不同的勘查重点。现场勘查笔录一般应按照勘查的顺序进行描述。虽然在勘查中也会遇到一些对专门性问题的鉴定，也会对某些问题进行推理、推测和判断，但这些内容不能写入现场勘查笔录，以保证现场勘查笔录的客观性。笔录的用语要准确、规范，一般不要使用含糊、不确定的词语，例如“大约”、“可能”、“旁边”、“远处”等等。

现场勘查笔录一般包括前言、勘查所见和附记三大部分。

①前言部分记载的内容包括：

a. 受理报案的时间；报案人的姓名、住址、工作单位、职业；报案人报告的案件发生经过、报案人发现现场情况的发现经过；报案人与被害人的关系、报案人与案件其他当事人之间的关系、报案人与案件的利害关系。

b. 参加现场勘查人员的姓名、工作单位、职务或职称，包括邀请来的非公安司法机关的具有专门知识的勘查人员的姓名、工作单位、职务或职称、住址；到达现场的时间。

c. 现场保护情况，包括现场保护人员的姓名、工作单位、职业、住址；到达现场的时间；在现场所采取的保护措施以及在保护现场的过程中所发现的其他情况。

d. 现场勘查见证人的姓名、工作单位、职业、住址。

e. 现场勘查的起止时间，勘查时的温度、气候、光照等环境条件。

②勘查所见部分记载的内容包括：

a. 现场所在的确切位置。应记清楚现场所在的省、市（地区）、县（市）、区、镇、乡、街道（住宅区）、楼、门、号；机关、团体、单位、学校及其内部的确切位置。

b. 被勘查的现场在其建筑物内或者所在地带的具体位置，与周围环境的关系。

c. 勘查前现场的原始状况，对原始状况的描述可只作全貌概括描述。

d. 现场勘查的具体过程，这是现场勘查笔录的重点部分。对现场勘查的具体过程描述，一般应按照勘查的顺序进行，包括勘查使用的仪器设备、运用的技术和方法手段，发现、提取、固定和包装痕迹物证的方法和结果；痕迹物证的种类、大小、形状、特征及其所在现场的部位、与现场其他物体的关系。对于不同类型案件的现场勘查，该部分的侧重点有所不同。在现场勘查的过程中，有时对某一具体的专门性问题可能需要进行现场鉴定，在现场勘查笔录中不必记录具体的鉴定过程，对专门问题的具体鉴定过程叙述，由鉴定结论来完成。另外，在现场勘查过程中，有时可能还需要进行现场实验，对现场实验也需专门制作现场实验笔录。

③附记部分记载的内容包括：

a. 现场勘查中提取（包括扣押）的各种痕迹物证的名称、种类、数量，密封、包装、存放的方法，标明编号，痕迹物证的保管人等。

b. 如果现场有尸体、对尸体的处理情况，是否进行了解剖、是全面解剖还是局部解剖、提取的组织块、各种脏器、血液等情况。

c. 拍摄的现场照片情况，包括拍摄现场照片的方法、内容、数量；绘制现场勘查图的情况，包括绘制的现场图的种类、数量；现场录像情况，包括录像的内容、数量等。

d. 现场勘查人员、邀请的解决专门问题的现场勘查人员、邀请的见证人签名；现场勘查笔录制作人员签名。

e. 标明现场勘查笔录的制作日期。

(2) 现场绘图

现场绘图是运用制图学原理和方法，通过几何图形来记录、固定和反映现场上痕迹物证及其他证据在现场的分布状态和相互关系的一种形式。现场绘图是现场勘查记录的一种方法，与其他记录形式相比，现场绘图能够排除人眼视力和各种障碍物的限制，可以从不同侧面反映现场上各种痕迹物品和有关物体的位置、形状、大小和距离，具有简明、生动、形象的特点。但是，现场绘图

不如照相、录像细致、逼真，不如笔录能够反映痕迹物证的物理、化学属性和时间等情况。

最常见的现场图包括现场平面图、现场展开图、现场局部图和现场立体图。现场平面图是指以平行正投影原理制作的水平投影图。现场上的房屋和各种物体、痕迹的位置、距离以及相互之间的关系，都以平面的形式标在图纸上。现场展开图是指用平面图的形式来表示立体物垂直面上或者水平仰视面以及俯视面上痕迹物证之间的相互关系。现场局部图是用来反映现场某一部分情况的图形。现场立体图是指利用轴测投影原理制作的图形。它从立面、侧面和平面三个方面表示现场上的痕迹物证所在位置以及分布情况。

下面以绘制室内平面图为例，说明绘制现场图的方法和步骤：

①熟悉现场的周围环境，对现场被破坏客体、尸体、各种痕迹物证等分布情况进行周密细致地观察，并测出它们之间的距离关系。

②根据现场的实际需要，选择适合的图形种类和形式。

③构思图面结构，安排现场上的各种痕迹物证在图面上的位置。

④按照上北下南左西右东的原则确定现场图的方位。

⑤根据现场的大小以及图形的大小，确定图的比例。

⑥正式绘制墙壁内侧、外侧线，注意墙壁与墙壁之间的角度关系。

⑦绘制门窗，以虚线表示门窗关闭的方向，以实线表示现场门窗实际的开闭情况。

⑧用图例符号按照比例绘制现场物品、痕迹以及其他各种证据的陈设情况，这些物品、痕迹以及其他证据在图上的位置应该同现场勘查笔录一致。

⑨注明图的名称、测量方法、图例符号及说明、绘制日期。

⑩绘制人签名。

(3) 现场照相

现场照相是用照相的方法，记录现场状况，固定提取痕迹物证的一种方法。现场照相是记录现场状况的一种形式，是现场勘查记录的一个组成部分。现场照相能够形象、直观地反映那些用现场笔录和现场绘图方法难以反映的痕迹物证；能够即刻固定和记录现场的情况，并且照相还是一种显现、提取和固定某些痕迹物证的方法，这种方法具有不改变现场痕迹物证原貌的优点，大大提高工作效率。现场照相要实事求是地反映现场上的实际情况，不允许有任何艺术加工。现场照相还是提取痕迹物证的一种方法，有些物证鉴定，例如对现场手印的鉴定，也是在现场照相所提取的手印的基础上进行的。

现场照相分为现场方位照相、现场全貌照相、现场中心照相和现场细目照

相。

现场方位照相的目的在于记录现场所在的位置及其与周围物体的关系。由于现场方位照相记录的范围比较大，拍摄点应选择较高较远的位置，从上往下，从远往近进行拍摄。拍摄时，应将现场所在的地点安排在照片的中心位置或者前景位置；注意选择某些带有明显的特征标志的物体，例如交通标志、塔楼、水塔、路灯等，作为背景参照物摄入镜头，以便从这些参照物中能看出现场所在的位置以及周围环境的关系。

现场全貌照相的目的是反映整个现场范围的全貌以及现场内部各物体、各痕迹之间的关系。拍摄现场全貌时，要把现场的中心部位和现场勘查的重要物品置于镜头的中心部位或者前景位置，避免现场无关的物体遮住现场的主要物体和部位。在一般情况下，对于较为简单的现场，相向拍摄两张照片即可。对于比较复杂的现场，则需要从不同角度分别拍摄若干照片，或者分段拍摄后再连接照片，把现场的全貌表现出来。

现场中心照相，也称作现场重点部位照相。现场中心照相的目的是为了记录现场中心部位那些与案件有关的主要物体和痕迹物证之间的关系。例如，在杀人案现场，现场中心照相就需要记录尸体所在的位置、尸体的姿势、血迹的分布以及与周围物体之间的关系等。在入室盗窃案现场，现场中心照相需要记录各种物品被翻动、被破坏的情况等等。根据现场中心部位的大小，确定现场中心照相需要拍摄的照片张数。对于比较小的现场中心照相，可能用一张照片即可反映出主要痕迹物证的状态、特点、及其与周围物体之间的关系，达到现场中心照相的目的；而有的较大的现场则需要拍摄若干张照片。拍摄现场中心照片时要注意防止影像变形。由于现场中心的范围一般都比较小，所以，在拍摄时一般应提高拍摄点的高度。不应使用广角镜头。尽量使用小光圈，以扩大景深范围。在必要时，可分段拍摄，对分段拍摄的照片经剪贴拼接起来反映现场的中心部位。

现场细目照相的目的是为了拍摄现场上所发现的每一个与案件有关的痕迹物证，包括人体、尸创伤等情况，反映每一个痕迹物证的形状、大小、方位、角度以及人体、尸体创伤特征等情况。现场细目照相还是提取痕迹物证的一种方法。用适当的照相方法，例如使用适当的光源：红外光、紫外光、激光等，可以提取使用其他方法不能够提取的痕迹物证。有时，因提取方法不当或者因其他原因提取的痕迹物证被损坏后，现场细目照相拍摄的照片，可以补救这些痕迹物证因被损坏而失去的证据价值。在通常情况下，任何痕迹物证采用物理、化学或者其他显现提取方法处理之前，必须先使用照相这种无损提取的方

法记录固定。现场细目照相一般只反映该痕迹物证本身的大小、形状和特征，并不要求记录它与周围环境之间的关系。因此，在拍摄现场细目照片时，拍摄的对象应占满取景框。对于细小的痕迹物证，拍照时应当在镜头前加接近摄接圈。拍摄时应将相机镜头垂直于拍摄对象所在的表面，以防变形。

现场方位照相、现场全貌照相、现场中心照相和现场细目照相从远到近、由大到小、从一般到具体，从不同的侧面来记录反映现场的情况。在现场记录中，缺一不可，对任何一种照相均不能够忽视。例如，如果只注意拍摄现场细目照相而忽视了其他类照相，虽然从照片上反映出了某一个具体的痕迹物证的特征，但是，它在现场上的具体位置、是在什么样现场所提取则未能获得反映。所以，在进行现场拍摄时，要全面重视这四种不同类型的照相，并在进行这四种类型的照相时做到互相衔接和补充，并且注意它们之间的联系，才能够从不同的角度、不同的侧面、全面系统地反映现场的情况。

对于现场照片，应该进行编排。现场照片的编排是现场照相的一道重要工序。即使现场拍照时没出什么纰漏，照片冲印的质量也不错，但是，如果现场照片编排不当，也会使现场照相黯然失色，难以达到满意的效果。

冲洗照片应选用大光相纸，使用布纹、绸纹、绒面相纸印放现场照片，特别是印放痕迹物证照片，将会影响痕迹物证的清晰度。在现场照相时，对每一场景都要拍摄几张曝光指数不同的照片。选择正式照片时，应该挑选反差大、清晰度好的那些照片。

在编排现场照片时，不必按照拍摄的顺序编排，通常是按照现场方位照相、现场全貌照相、现场中心照相和现场细目照相的顺序编排。对于每一张照片要附有准确、精炼的文字说明，对于现场方位照相、现场全貌照相、现场中心照相的画面中，需要重点突出的部位，如果有必要，应当用红色箭头标示特写照片说明。

现场照片应粘贴在现场照片卡片纸上，以便使用和存档。在粘贴照片时，要选用与照片不起作用的粘合剂，以免使照片受腐蚀而泛黄褪色。

(4) 现场录像

现场录像是制作现场勘查记录的一种方法，通过现场录像获得的录像带是现场勘查记录的一个组成部分。现场录像是运用现代录像技术固定、保全、再现现场情况的一种较新的记录手段，它不仅能够反映现场痕迹物证的具体情况，还能够反映勘查人员的活动情况。与其他现场记录形式相比，现场录像具有容纳的信息量大、记录活动连贯、声图并茂、能够及时记录和播放等优点。

过去，由于录像机及其配套编辑剪接设备价格较高，一般基层公安司法机

关都没有摄像设备。随着我国国民经济实力的增强，人民物质文化生活水平的提高，摄像机已进入平常百姓之家，各基层公安司法机关已开始普及配备录像设备，录像已开始逐渐在各地公安司法机关的现场勘查中使用。

现场录像一般与现场勘查的顺序一致。现场录像包括现场方位录像、现场全貌录像、现场中心录像和现场细目录像等四个部分，与现场照相的种类基本相同。

现场录像的画面表现方法有全景、远景、近景和特写。远景是指从较远较高的位置对现场及其周围环境所进行的录像，主要用于现场方位录像，与现场方位照相所反映的内容基本相同。全景是指对现场全貌进行录像，其画面上反映的内容基本上相当于现场全貌照相所记录的内容。近景是指从比较近的距离对现场重点部位进行的录像，相当于现场中心照相所反映的内容。特写是从近距离用大比例对现场上个别痕迹物证、尸体等所进行的录像，相当于现场细目照相的内容。

常用的录像角度有平摄、俯摄和仰摄三种。不同的摄像角度所表现的效果也不一样，所以，需要根据现场录像反映的内容和目的，选择录像的角度。

此外，在录像时，根据表现的物体的需要，还可选择摇摄、推摄、拉摄和跟摄等四种不同的镜头运动方式，以便给人以更加形象逼真的感觉。

现场录像后，还需进行录像编辑。现场录像编辑通常包括素材选取、画面的组接、解说配音等工作。

现场录像是对现场情况的客观、真实的记录，所以，在选择素材时，不应该带有倾向性，只要是反映现场情况的录像画面均应选取，不可任意取舍，更不能编入歪曲事实的镜头。现场录像的内容不能与现场笔录、现场绘图、现场照相相矛盾。在组接画面时要连接流畅，真正反映现场勘查的过程，并符合人们的观察习惯。现场录像的内容应紧扣现场勘查的主题，凡是与现场勘查主题无关的内容，或者在现场勘查过程中已查明与案件无关的内容，均可不编入。对现场录像配音时，配音内容应当与图象的内容一致，配音应该是对图象表现的深化和补充。

（二）搜查、扣押与调取

1. 搜查

搜查是侦查人员为了收集犯罪证据，依法对犯罪嫌疑人对及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人身、物品、住处和其他有关的地方进行搜索、检查的一种侦查活动。

(1) 搜查的法律程序

搜查直接关系到公民的人身自由和住宅不受非法侵犯的权利。我国宪法明文规定，禁止非法搜查公民的身体和住宅。因此，搜查必须严格依照法律规定的程序进行。我国《刑事诉讼法》对有关搜查的程序问题，作出了明确的规定。

①搜查的主体只能是公安机关、安全机关、人民检察院的侦查人员，其他任何机关、单位和个人均不得进行搜查。非法对他人的身体和住宅进行搜查的，是违法行为，情节严重构成犯罪的，应当追究有关人员的刑事责任。

②搜查前应做好准备工作。在搜查前，应准确掌握被搜查人或者被搜查场所的基本情况，分析案件的具体情况，确定搜查的范围和重点。要选择好搜查的时机。根据搜查的对象、范围和工作量，确定参加搜查的人数和组成，准备好必要的工具。

③搜查必须由侦查人员进行，参加搜查的人员不得少于2人。搜查时，要持有侦查机关签发的《搜查证》。公安机关的《搜查证》由县以上的公安局长签发，人民检察院的《搜查证》要由检察长签发。在执行搜查的时候，必须向被搜查人出示《搜查证》，否则，被搜查人有权拒绝搜查。在执行拘留、逮捕的时候，遇有紧急情况，不必用《搜查证》也可以进行搜查。这主要是因为遇有紧急情况，来不及履行搜查的审批手续。这里所说的紧急情况，在侦查实践中一般是指身带凶器、自杀器具的，可能隐藏爆炸、剧毒等危险品的，以及可能毁弃、转移犯罪证据的。

④在搜查的时候，应当有被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人在场。执行搜查时，应当禁止无关的人员进入搜查场所。搜查人员不得无故损坏被搜查人的财物，不得提取、扣押、没收与案件无关的物品。对搜查中发现的与案件无关的个人私生活情况，不得向外泄漏。

⑤搜查妇女的身体，应当由女工作人员进行。

⑥搜查的情况应当写成笔录，由侦查人员和被搜查人或者他的家属、见证人签名或盖章。如果被搜查人或者他的家属在逃或拒绝签名或盖章的，搜查人员应当在笔录上注明。

(2) 搜查的方法

搜查是侦查破案过程中查找物证的一项非常重要的措施，而且是直接针对犯罪嫌疑人或被告人进行的，因此，搜查行动既要迅速，又要准备充分。如果时机已经成熟但搜查行动过于迟缓，犯罪分子就有可能转移、销毁痕迹物证。如果时机尚未成熟或者在准备不充分的情况下仓促上阵，就有可能打草惊蛇，给侦查工作造成被动的局面。

在实施搜查以前，应根据搜查的目的和搜查对象的具体情况，制定出搜查的行动方案，包括搜查的时间；参加搜查的人员及其分工；警戒的布置；搜查的顺序、路线和重点；在搜查中可能会出现的情况以及采取的相应对策。准备搜查所必须的器材和工具，如交通工具、通讯工具、勘验工具等等，必要时还应带警犬参加搜查。

搜查的方法与搜查的种类有关，对不同种类对象的搜查，方法应有所不同。根据对象的不同，搜查可分为人身搜查、室内场所搜查和室外场所搜查。

①人身搜查的方法

进行人身搜查时，搜查人必须提高警惕，注意被搜查人的突然袭击，严防被搜查人进行攻击和反抗。被搜查人接受搜查的姿势，一般应举起双手，双腿分开，背向搜查人面壁站立。进行搜查时，应首先解除被搜查人的武装，检查其身上是否携带有枪支、匕首、炸药、毒药或者其他凶器。人身搜查一般应按照从上到下、由外及里，顺序进行。

②室内场所的搜查

室内场所是搜查中难度较大的一种，一般对住所的搜查最为常见。

搜查人员到达搜查地点后，应根据被搜查场所的特点，立即布置警戒工作，切断被搜查地点与外界的联系。除搜查时应在场的人员外，场所内的其他人员应集中一处，并不得随意走动和交谈。

正式开始搜查之前，搜查人员应巡视搜查场所，对场所的结构和室内布局作一个基本了解，以确定搜查的起点、顺序和路线等。一般来说，搜查最好从那些最可能藏有搜查目标的部位开始。如果这种部位难以确定，可以从搜查行动的障碍部位或者入口开始。然后，可以按顺时针方向或逆时针方向沿墙壁或者家具依次进行。如果搜查由多人进行，就明确每个人负责的部位或地段，以免遗漏或重复。

室内场所搜查的基本要求是全面彻底，但具体案件的情况不同，搜查的重点和方法也应有所不同。这需要从以下几个方面来考虑。首先要考虑搜查对象的情况，根据搜查对象的体积大小，来判断其可能被隐藏的部位。其次，要考虑搜查场所的特点。最后，还要考虑案件的性质特点。不同性质的案件，需重点搜查的物品不同，其可能隐藏的部位也会有所不同。例如。对于杀人案件，应重点搜查那些可能隐藏杀人工具、带血衣物和死者财物的地方；贪污案件应重点搜查那些可能隐藏存折、赃款、赃物、账单账册的地方。

室内搜查的关键问题是能否找到犯罪分子隐藏罪证的秘密处所。要想找到，必须想到。如果没有想到，即使在眼皮底下，也可能视而不见。

③室外场所搜查的方法。

室外场所搜查往往是室内场所搜查的延续，但在有些案件中也可能需要单独进行。

室外场所多具有地形复杂、东西杂乱等特点，因此，搜查前应根据具体情况划定搜查范围，并分成几段或几片依次进行搜查。如果室外搜查的场所比较大，参加的搜查人员较多，可采取从外围逐渐包围缩小的方法进行搜查。

2. 扣押

扣押物证是一种具有强制性的调查措施，直接关系到公民的合法权益是否受到非法侵犯。因此，扣押物证必须严格按照刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法以及其他有关的法律规定来进行。在进行扣押时，一般应注意以下几方面：

(1) 扣押物证要经过有关机关的负责人批准。执行扣押时，需有两名以上的有权扣押的人员负责进行。在现场勘查或者在搜查的过程中需要扣押的物证，由现场指挥人员决定。

(2) 扣押只限于与查明案件有关的具有证据意义的物证及其他证据，与案件无关的物品、文件等不得随意扣押。但是，在依法扣押的过程中，如果发现违禁物品，不论与案件是否有关系，都应该予以扣押。扣押具有强制性，凡是应该被扣押的物证或其他证据，如果持有人、所有人、保管人没有正当理由而拒绝交付、或者对扣押有抗拒行为的，应强制扣押。对于国家机关、单位保存的物证或其他证据，侦查机关可以要求他们提供，如原物证或者其他证据不便交出，可以复制副本交出。

(3) 对于扣押的物证及其他证据，侦查人员应当会同在场的见证人、被扣押物证和其他证据的持有人查点清楚，当场开列清单一式两份，清单上写明被扣押物证和其他证据的名称、规格、数量、质量、特征及其来源等。执行扣押的人员、被扣押物品的持有人、见证人应当在清单上签名或盖章。一份交被扣押物证和其他证据的持有人，另一份附卷备查。被扣押的物证和其他证据的持有人或者其家属不愿在清单上签名或者在逃的，不影响扣押的进行，但需要在清单上予以注明。

(4) 需要扣押犯罪嫌疑人的邮件、电报时，经公安机关、安全机关、人民检察院的批准，可通知邮电机关将有关的邮件、电报送交扣押。根据侦查犯罪的需要，人民检察院、公安机关可以按照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。

(5) 对于扣押的物品、文件、邮件、电报或者冻结的存款、汇款、经查明

确实与案件无关的，应当在3日以内解除扣押、冻结，退还原主或者原邮电机关。

3. 调取

负责调查案件的司法人员，对有关单位或个人持有的与案件有关的物证，可以依法调取，有关单位和个人有义务提供。调取物证，只有法律规定的对案件负有调查职责的机关才有权执行。我国的刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法以及其他有关的法律法规，对物证调取的程序都作出了明确的规定，有关人员在调取物证时必须严格依法进行。对非法定机关、非法定人员以及不按法定程序向有关单位和公民调取物证的，有关单位和公民有权拒绝提交。但是，对于合法的调取证据，有关单位和公民个人必须如实提供。例如，在刑事案件的调查过程中，我国《刑事诉讼法》第45条明确规定："人民法院、人民检察院、公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。"如果单位和公民个人持有与案件有关的物证，人民法院、人民检察院、公安机关有权要求其提交。如果有关单位和个人不愿提交，人民法院、人民检察院、公安机关可以采取强制措施。对于公民个人所保存的物证，如果持有人拒绝交出，司法、公安机关有权强令其交出或者进行搜查。

四、书证调查的方法

（一）书证的收集与保管

书证收集是指有权收集证据的主体依法直接提取、采集并掌握书证的一种诉讼或非诉讼法律活动。它是司法机关或其他行政机关审查判断书证，利用书证查明案件事实、解决纠纷的前提。

1. 书证的收集主体

书证的收集主体是指依法有权收集书证的机关或个人，也就是本书所称的证据调查人员。在我国，由于诉讼或非诉讼法律事务的性质不同，进行诉讼或处理非诉讼法律事务所遵循的程序不同，因而书证的收集主体也就各不相同。但综合来看，书证的收集主体有：

（1）司法机关

在此，司法机关是指，公安机关、国家安全机关、人民法院、人民检察院、军队保卫部门、企事业单位内部保卫部门。我国《刑事诉讼法》第43条、第45条、第4条、第225条规定："审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。""人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、

调取证据。”“国家安全机关依照法律规定，办理危害国家安全的刑事案件，行使与公安机关相同的职权。”“军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权。”这表明，在我国，司法机关是刑事诉讼中收集包括书证在内的各种证据的主要主体，如：公安机关依法收集能证明犯罪嫌疑人犯有诈骗罪的假介绍信、假工作证、假身份证等；国家安全机关依法收集能证明犯罪嫌疑人犯有反革命宣传煽动罪的反动标语等；人民检察院依法收集能证明犯罪嫌疑人犯有贪污罪、受贿罪、行贿罪的账册、白条、收据等。我国的民事诉讼制度和行政诉讼制度虽然规定有当事人的举证责任制度，但这并不排除人民法院有收集书证的权利，这可从《民事诉讼法》第 64 条第 2 款、《行政诉讼法》第 34 条第 2 款找到根据：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集证据，或者人民法院审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”“人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调查证据。”因此，人民法院在审理民事、经济或行政案件时，为保证公正地处理纠纷，必要时应行使收集书证的权利，如收集有关当事人的银行存款证明、房地产档案、房籍资料、进出国（边）境的登记证明等。

（2）律师

律师在诉讼活动中收集书证以及其他证据也是有法可循的。《刑事诉讼法》第 37 条规定：“……辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。”《民事诉讼法》第 61 条规定：“代表诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据，可以查阅本案有关材料。”《行政诉讼法》第 30 条规定：“代理诉讼的律师，可以依照规定查阅本案有关材料，可以向有关组织和公民调查，收集证据。”这些规定表明，律师是诉讼活动中收集书证的合法主体。而 1996 年 5 月 15 日经八届全国人大常务委员会第 19 次会议审议通过、并将于 1997 年 1 月 1 日起施行的新中国第一部《律师法》第 30 条第 1 款规定：“律师参加诉讼活动，依照诉讼法律的规定，可以收集、查阅与本案有关的材料，同被限制人身自由的人会见和通信，出席法庭，参与诉讼，以及享有诉讼法律规定的其他权利。”这是对律师在诉讼活动中收集书证等证据的权利的进一步明确肯定。如：某犯罪嫌疑人的辩护律师收集能证明该犯罪嫌疑人案发时不在现场而在外地出差的车船票、住宿发票等；某遗产继承纠纷中一方当事人的律师收集能证明其委托人系被继承人亲生子女的书面证明；某行政诉讼中原告方律师收集能证明其当事人已依法完税的完税证明等。显然，肯定律师收集书证以及其他证据的权利对维护诉讼当事人的合法权益、对建立和完善社会主义法制是有着积极意

义的。

(3) 公证机关、仲裁机构、行政机关、复议机关

根据《公证程序规则（试行)》第22条规定，公证机关受理公证申请后，首先应当收集证据。这就是说，无论当事人是否提供了证据，公证机关都应主动收集证据。只有这样，才能确保公证的真实性和可靠性。因此，公证机关也是书证收集的合法主体。例如，公证机关受理某一收养公证之后，就有权收集有关能证明收养人、送养人、被送养人符合我国《收养法》规定条件的证据，如：收养人年满35周岁的出生证明，单位、居委会或派出所出具的收养人无子女、且健康状况、经济状况良好的书面证明，被收养人的年龄在14岁以下（或虽在14岁以上，但有其送养人系收养人三代以内同辈旁系血亲的证明）的出生证明等。

为保证公正、及时地仲裁经济纠纷，保护当事人的合法权益，《仲裁法》第43条赋予仲裁机构收集证据的权利，即“……仲裁庭认为有必须收集的证据，可以自行收集。”由此可以推断，仲裁机构是书证收集的又一合法主体。例如，仲裁机构受理某一购销合同纠纷后，有权收集合同一方当事人有无违约行为的书证，如：质检单位出具的供货方货物质量不符合（或符合）合同约定的检验报告、购货方收到货物后未按合同约定支付货款而出具一份欠条等等。

诸如工商、税务、公安等行政机关的行政执法活动应遵守相应的法律或行政法规。为确保其行政执法行为同样遵从“以事实为根据、以法律为准绳”的原则要求，相应的法律或行政法规也赋予行政机关以收集证据的权利。故行政机关在其行政执法过程中也有权收集有关的书证。例如：公安机关对违反《中华人民共和国治安管理处罚条例》而故意殴打他人致伤的行为进行处罚时，可以收集被致伤者因受伤而就诊治疗的医院证明及支付的医药费收据等；某海关为证明某当事人声称的没有违反《中华人民共和国外汇管理暂行条例》有关规定、已向入境地海关申报其随身携带的美元的陈述是真实的，就有权收集该当事人在入境海关登记申报外币时填写的申报登记单等。

作为行政法规体系一部分的《行政复议条例》（国务院1994年10月9日修订）对维护、监督行政机关依法行使职权，防止和纠正违法或者不当的具体行政行为，保护公民、法人和其他组织的合法权益起着积极、重要的作用。无疑，行政复议机构也是书证的合法收集主体，这体现在《行政复议条例》第25条第（二）项规定中：“向争议双方、有关单位及有关人员调查取证、查阅文件和资料。”

2. 书证的收集途径

诉讼或非诉讼法律事务涉及的书证多种多样，它们只是客观存在，它们不会自动出现在证据调查人员的手中以期发挥它们所具有的证明效力；只有经过证据调查人员的努力，也即经证据调查人员的分析，确定书证存在的可能地方，然后采取一定的方法，从一定途径来收集书证，书证才能为我们所利用、才能为我们揭示或证实某一案件事实发挥其应有的证据作用。尽管因诉讼或非诉讼法律事务的性质上的差异，收集书证的途径有可能大不相同，但一般说来，证据调查人员可从如下几个途径收集书证：

(1) 司法机关通过勘验、搜查、扣押等途径收集书证

通过勘验、搜查、扣押等途径收集书证是司法机关在刑事诉讼中据以收集书证的主要途径之一。

除了反革命匿名信、反标等反革命案件以及非法制作淫书、淫画等少数刑事案件以外，大多数刑事案件的犯罪分子都是要千方百计地销毁能证明其有犯罪行为的书证的。因此，大多数刑事诉讼中的书证是不易被发现、被获得的。但是，法律赋予司法机关的勘验、搜查、扣押的特殊职权为其收集书证创造了条件。司法机关的侦查人员通过勘验、搜查有关场所及犯罪嫌疑人的身体，可能发现书证或者发现寻找书证的线索。例如，通过勘验、搜查，可能在某现场发现死者留下的遗书，可能在某犯罪嫌疑人身上发现假身份证件，可能在某犯罪嫌疑人的家中发现其与他人联系的通讯录、写给他人的与某案有关联的信件、有某被窃物品失主之签名的物品使用说明书、巨额存款单、行贿者现金支付记录本等等。此外，勘验、检查贪污受贿案件、经济案件中的会计资料，也就是通常所说的查账，也可能收集到有关书证。如通过查账，可以收集到证明贪污行为的伪造、涂改账册或凭单，可以收集到证明受贿、行贿行为的白条或收据，可以收集到某单位有偷逃所得税行为的单据。当发现书证时，侦查人员应依法行使扣押将书证扣押；当发现寻找书证的线索时，侦查人员则可顺藤摸瓜依照法律的规定向掌握有书证的单位或人员调取能证明犯罪嫌疑人有罪、无罪还是罪轻的书证，而后者是无权拒绝的。当侦查人员认为犯罪嫌疑人的邮件、电报一类的书证需要扣押时，应经公安机关或者人民检察院批准，然后通知邮电部门将其检交扣押。

此外，我国的《民事诉讼法》和《行政诉讼法》规定人民法院可以根据案情的需要勘验现场，因此，勘验也是人民法院在民事诉讼、行政诉讼中据以收集书证的途径之一。

(2) 公安机关、人民检察院、人民法院等机关行使职权调取书证

为保证诉讼活动的公正性，确实做到“以事实为根据、以法律为准绳”，

我国法律赋予人民法院、人民检察院、公安机关调取包括书证在内的证据的权利，如：《民事诉讼法》第 64 条第 2 款规定："当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。"第 65 条规定："人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。"《行政诉讼法》第 34 条第 2 款规定："人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。"《刑事诉讼法》（1996 年 3 月 17 日）第 45 条第 1 款规定："人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据，有关单位和个人应当如实提供证据。"因此，人民法院可根据案件审理的需要，向有关单位调取原告不便或无法取得的证据，如：银行存款证明、房地产档案、户籍资料等；人民检察院立案侦查重大责任事故案、玩忽职守等案件时，向有关单位调取国家或有关行业统一颁布的规章制度，各单位结合自己的生产实际制定的、或是对特殊岗位制定的特殊规章制度，犯罪嫌疑人职务、职责的证明文件等；公安机关立案侦查诈骗案件时向受骗单位或个人调取诈骗者拍发的假电报、信件或字条等。调取书证可以是以人民法院、人民检察院、公安机关等的名义发函索要，也可以委托有关单位的组织收集，或请有关单位写出加盖公章的证明材料。公证机关、行政机关则可根据相应的法律、法规等对其职权的具体规定，而调取有关的书证。

(3) 由有关单位或个人提供书证

有关单位或个人的举报能为司法机关或行政机关查处某些违法行为提供线索，而这些单位或个人举报时提供的一些书面材料往往就是证实犯罪事实或违法行为的书证。如：群众发现的反革命标语，非法制作的淫书淫画，某人贪污受贿后为掩盖罪行而伪造、涂改的账单凭据、伪造的收条、存折，反映生产经营所得的账册，抽调注册资金的收付款凭证及银行对账单，假冒的注册商标，某人行骗而签订的购销合同等。因此，由有关单位或个人提供书证，也是证据调查人员获得书证的一条途径。

(4) 由当事人提交书证

我国实行的是当事人举证与人民法院调查取证相结合的民事、行政证据制度，这就使得当事人必须积极举证，否则就可能要承担败诉的后果。如最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》（试行）第 29 条、第 30 条规定："对原告起诉是否超过起诉期限有争议的，由被告负举证责任。""被告在第一审庭审结束前，不提供或者不能提供作出具体行政行为的主要证据和所依据的规范性文件的，人民法院可以依据行政诉讼法第三十二条和第五十四条第（二）项的规定，判决撤销被诉具体行政行为。"因

此，民事、行政诉讼中，人民法院掌握的许多书证，如：合同书、遗嘱、营业执照、房产所有权证明、规范性文件、缴纳人个所得税后的完税证明等等，都是由当事人提交的。

3．书证的收集方法

尽管证据调查人员有时经由以上途径、不需采用其他什么方法就能收集到书证。但在某些情况下，经由以上途径虽然可以发现某些书证，但要将其收集在案，却要采取一定的措施或方法。

(1) 借用一定的技术手段显现、固定、提取、收集书证

根据书证的定义，除纸张以外，其他物体表面的文字、符号、图案等若表达了一定的意思，且该意思表示能证明某些案件事实，那么这些物体也将被称之为书证。如：路边竖立的禁止车辆左拐弯的交通标志；地面上用火柴棍摆成的求救信号；刻有名字的戒指；打上序号的汽车发动机部件等。尽管我国法律要求，书证要提供原件，但在某些情况下却是无法提供原件的，如写在墙上的反标、刻有墓志铭的石头是无法象书面书证那样附入卷宗的，此时就必须以照相、拓印等方法将其上的文字内容固定在纸张上，才能达到收集书证的目的。又如，某些密写文书，只有经化学方法显现、固定后，才能起到证据的作用。因此，我们不能单纯地、机械地用“拿”的方法收集书证，在特殊情况下必须借助一定的技术手段达到收集书证的目的。

(2) 以复印、抄录、拍照等方法收集书证

律师不享有调取证据的权利，更没有扣押的权利，但为了维护其委托人的合法权益，律师在行使收集书证的权利时可以在征得持有人同意的情况下，用复印、抄录、拍照等方法收集用作书证的文件、函电、账簿、图表等。

4．书证的保管方法

书证的保管方法取决于书证的特点。因为书证多用纸张制成，有的最终也要用纸张来固定其反映的内容，所以保管书证的最基本要求就是不得损坏书证的载体——纸张，否则就有可能因纸张受损而使其上的内容无法辨认，从而失去书证的证明力。为此，不得让书证受潮或被水浸泡；不得随意折叠书证，即使因书证太大必须折叠后才能入卷的，也要小心地在字行间或图案、符号的空白处折叠；有的书证则可能很小，不便于保管或入卷，此时可在该书证的背面四角处涂少许胶水，将其贴在空白卷宗纸上，这样就不会遗失。此外，因为书证上的文字、图案等大多是用钢笔、圆珠笔等书写工具写成的，所以保管书证时还要注意防止书证受潮或受化学试剂的侵蚀，否则也会使书证丧失证明力。如：纯蓝墨水书写的字遇水就会因洇散而消失；圆珠笔书写的字遇酒精就会被

溶解；纯蓝、蓝黑墨水书写的字遇酸、强氧化剂（如双氧水）等也会被消褪。为防止保管不当而使纸张或纸张上的文字、图案受损，收集到书证后最好是先以拍照、复印的方式将书证复制一份以防万一。对于扣押的机密文件，除在扣押的清单上注明发现和收缴的情况外，应对文件的封面、编号、标题、全文等进行拍照或复印，将复制件存入案卷，原件按内部规定的机要收发手续退回原发文机关，但应附函说明，在本案办结前须妥为保存，不得丢失销毁，以备随时调阅。对于非法制作的淫书、淫画，也应对其封面、书名、标题进行必要的拍照或复印，并开列清单，存入案卷；其原件则应予以封存，不得外传扩散。

（二）书证的审查与运用

1. 书证的审查

书证的审查，是证据调查人员对书证进行分析研究，鉴别其真伪，确定其有无证明力及证明力大小的一种活动。对书证的审查，主要是要查明以下情况：①书证是否为他人伪造、变造，如是否为伪造的遗赠扶养协议，涂改的借条等；②书证的内容是否如实反映了客观事实，如医院病历记载的内容是否属实，开具的伤情证明是否与真实受伤情况相符合；合同的签订是出于当事人真实意思表示，还是受挟制、在暴力胁迫下进行的；有关赠与合同是否真实反映了双方当事人的赠与和受赠的关系，有无以赠与、受赠为名，行贿受贿或逃避法律、法规之实的问题等；③书证是否合法有效，如公文性文书一类的结婚证书、离婚证书、营业执照等是否为合法主体依法制作；必须具备法定条件的书证，是否具备生效的必要条件，如经济合同是否有法人的法定代表人签字，代理签字的人有无特别授权委托书等。为此，书证的审查应着重从以下几个方面进行：

（1）审查书证的制作，即书证是谁制作的，如何制作的，有无伪造、变造等情况。对此可通过追根溯源，询问当事人、在场证人、尤其是书证制作人的方式进行。书证应当交在场证人、制作人进行辨认。必要时应将书证交鉴定人鉴定以辨明真伪。

（2）审查书证的内容。即书证的内容是否是当事人的真实意思反映，有无欺诈，书写人是否受暴力胁迫而书写；书证的内容是否明确、是否含糊不清，是否前后矛盾；书证之内容是否与案件有联系、是否与案件中的其他证据相矛盾，是否能证实案件的真实情况等。有的学者认为，对书证内容的审查判断还应包括对书证内容之合法性的审查。此观点值得商榷。书证确实是以其记载的内容来起证明作用的，但并不是说只有内容合法的书证才具有这种证明力，如反革命标语、传单，非法制作的淫书、淫画等书证的内容显然不合法，但正是

因为这不合法的内容才证明某人犯有反革命罪、某人犯有非法制作淫书、淫画罪。

(3) 审查书证是否具有法定生效要素。如房屋买卖合同是否有双方当事人的签字；双方当事人约定必须经公证的经济合同是否经过公证；企业同县、公社或农民轮换工签订的劳动合同是否到当地公证处办理了公证；不在我国领域内居住的外国人、无国籍人寄给中国律师或者中国公民的授权委托书，是否经所在国公证机关证明、并经我国驻该国使、领馆认证；中国发往外国或外国发往中国的证明某人婚姻状况的证明书是否经过公证及认证等。

(4) 审查书证的收集过程是否合法。即书证的收集主体（也即本书所称的证据调查人员）有无搜查、勘验、扣押书证的权利，他们在搜查、勘验、扣押书证时是否履行了合法的手续，是否以恐吓、威逼等手段强迫医生出具不实的伤情证明等。非法收集的书证是不能用作证据的，因为我们不能为了处理某一违法行为而纵容另一违法行为。

2. 书证的运用

收集、审查书证的最终目的是为了发挥书证的证明作用，即用书证来证明案件中某些实体法事实和或程序法事实。书证是客观存在的物品或物体，它本身并不能自动地发挥其证明作用，只有经过人们的认识、思维等活动，也就是只有通过人的运用，它才能发挥可能有的作用。因此，书证的运用是书证调查工作中极为重要的一环。不同类别的证据调查人员（如：公安人员、检察人员、审判人员、律师、公证人员等）以及同一类别证据调查人员的不同个体（如：公安人员与公安人员，检察人员与检察人员等）在运用书证时所采用的方式可能各具特色，但因他们的最终目的是相同的，即都是为了查明并证明某一事实，所以要想实现这一共同目标、要想真正做到“以事实为根据、以法律为准绳”，他们在运用书证时就必须注意以下几个问题：

(1) 要综合分析书证与同一案件中其他证据及其认定事实之间的关系

多数案件或纠纷中往往并存着包括书证在内的若干种证据，如某甲伤害案件中同时存在着这样几种证据：某甲的口供、目击证人的证言、被害者的陈述、鉴定结论、现场勘查笔录、书证（恐吓信）、物证（匕首），尽管证据调查人员对收集在案的各种证据已分别进行了审查，但这并不能保证每一种证据都是真实无疑的。因此，有必要将全案证据及其认定的事实综合起来进行比较分析，看它们之间有无矛盾，矛盾的原因何在，如何解决矛盾。当发现书证与其他证据及其认定的事实有矛盾时，就要分析是书证有不确实的成份，还是其他证据或其认定的事实有不确实的成份；当确定是书证存在着不实成份时，就要

重新调查、重新收集并审查书证以期达到同一案件中书证与其他证据之间、书证与依其他证据而认定的事实之间的协调一致。

(2) 要善于运用逻辑证明法

从逻辑学来说，证据调查人员进行证明的过程，是运用概念、判断、推理、证明等逻辑手段，从已知（证据）事实、到未知（案件）事实的逻辑思维过程。在这一过程中，证据调查人员一刻也不能违背逻辑思维的规则和规律，必须善于运用并掌握有关的逻辑知识和方法，也就是要做到：论题清楚明确、始终同一；论据要真实可靠、确凿无疑，论据应当成为论题的充足理由；论证应能从论据必然推出论题；要善于运用诸如直接证明法、间接证明法之类的逻辑证明方法。书证是证据中的一种，因此，在书证的运用过程中也要遵守逻辑规律。例如，某购销合同纠纷案中，甲方出示一份购销合同证明其已依约向乙方提供合质合量的货物，而乙方却没有如约支付货款。但乙方的答辩却是，我方并没有签订这份购销合同，所以不应支付货款。那么，此案的关键是该购销合同是否真实、是否有效。经鉴定，该合同并非伪造或变造，因而是真实的；而经逻辑推理也能证明该合同是有效的，即用直接证明法来证明该合同是有效的：前提——经济合同一经双方签字盖章就生效；该购销合同上既有甲方法定代表人的签字、甲方的合同专用章，也有乙方法定代表人的签字、乙方的合同专用章；结论——该购销合同是有效合同。同样，运用逻辑推理还可从该有效合同出发而推出乙方应履行合同义务，即支付货款的结论：前提——经济合同依法成立后就有效，合同双方当事人就必须全面履行合同规定的义务；该购销合同是有效合同；结论——合同双方当事人应全面履行合同规定的义务，即：甲方应按时提供合质合量的货物，乙方应接受货物并及时支付货款。

(3) 运用书证得出的结论要经得起实践的检验

“实践是检验真理的唯一标准”已是一个颠扑不破的真理。运用书证以及其他证据的最终目的是为了得出一个唯一的、排他的结论，而该结论是否正确还必须经实践检验。例如，从医院的某一诊断证明可以推断出患者的右手骨折，但经调查却发现该“患者”在受伤的当天晚上带儿子到一家水上乐园游泳、玩耍，这显然证明“患者”没有受伤。而进一步调查可以发现，此人为了证实自己被他人打伤、且伤势不轻而串通医院的一位朋友出示了假证明。

综上所述，只有正确地认识书证的真实可靠性和证明价值，才能正确地运用证据。

五、视听资料调查方法

（一）视听资料的收集

视听资料的收集是指证据调查人员制作、发现、提取、保全能够证明案件真实情况的各种视听资料的诉讼或非诉讼法律活动。

1. 收集视听资料的主体

收集视听资料是一项具有法律意义的活动，既存在于诉讼活动中，也存在于公证、仲裁、纪检、监察、海关、工商、税务等非讼活动中。越来越多的机关、团体、企事业单位为维护国家的社会的利益或为保护本单位的利益，如机场、车站、博物馆在其出入口安装金属探测仪或X射线探测仪，如发现过往人员携带有武器、弹药、毒品等违禁品，监视器上所显示的图像资料及其转换成磁信号而贮存下来的资料，查证属实即可作为视听资料使用。这就意味着，收集视听资料的主体相当广泛，除公安、检察、法院三机关的办案人员外，还包括公证、仲裁人员，代理诉讼和承办其他法律事务中的律师、纪检、监察、工商、税务、海关等执法人员，机关、团体、企事业单位的内保人员等。

有必要指出的是，人们在实践中对律师调查取证不够重视。我国《民事诉讼法》第60条规定，代理诉讼的律师有权调查收集证据。行政诉讼中的律师可以向有关机关和公民调查，收集证据。刑事诉讼中的辩护律师，经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料；经检察院或法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人的同意，可以向他们收集与本案有关的材料。《律师法》第31条规定，律师承办诉讼以外的法律事务，经有关单位或者个人同意，可以向他们调查情况。从上述这些规定可以看出，律师在民事、刑事、行政诉讼活动和非讼活动中收集证据的权限虽然不尽相同，但律师作为国家的法律工作者，享有收集证据的权利是确定无疑的。因此，律师依法收集视听资料时，有关单位和个人应依法予以支持和协助。

2. 收集视听资料的途径

（1）由当事人、其他人员以及其他机关、团体、企事业单位主动提供视听资料

在民事诉讼和行政诉讼中，当事人均应承担相应的举证责任。一般说来，当事人为保护自己的合法权益，会主动向法院提供其所掌握的视听资料的，如在继承案件中当事人提供的录音遗嘱、合同纠纷中当事人提供的受对方胁迫的录像等。在刑事诉讼中，当事人可以提供对自己有利的视听资料，如犯罪嫌疑人、被告人提供的证明自己无罪或罪轻的录音、录像等。案外人员或单位如掌

握有关案情视听资料可以主动提供，特别是在刑事诉讼中，任何单位和个人有义务提供其掌握的证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的视听资料。

（2）由收集者自己制作视听资料

视听资料的特点表明它是一种相对特殊的证据，其记录和传递证据信息的方式有别于其他类型的证据。这种特殊性也体现在它的收集方面。在很多情况下，案件中并不存在既成的视听资料，而是需要证明主体亲自制作视听资料。特别是司法机关的办案人员在侦查和审理案件的过程中，为查明案件事实真相，有时需要制作视听资料。在侦查刑事案件时尤其如此，如用录音机收录犯罪分子的反革命宣传、煽动、演说，用录像机摄录犯罪的预备、实施情况，用电子计算机检索犯罪分子的刑事档案等。

视听资料的制作方式有两种：一是公开制作方式；一是秘密制作方式。

①公开制作方式

以公开方式制作视听资料又可分为两种情况：对全社会公开制作和对特定人公开制作。前者如海关、机场、会场等安装的检测仪器或银行、超级市场设置的监视器，其对象是所有过往人员和全体顾客，而非特定的某个人，因此，它不以被检测对象和监视对象的明知或同意为前提；后者如签定合同或举行某种仪式时录制的录音或录像，是在特定的场所对特定的人进行的，它要求正在被录音、录像、监视、检测的一方或双方知道自己的言行或物品被录制、监视或检测。无论是以上述哪种公开方式制作的视听资料，经审查属实后均可作为证据使用，对此一般并无异议。

②秘密制作方式

以秘密方式制作视听资料是指制作的一方在对方不知道的情况下制作的，如使用变焦电视摄像机、望远摄像机对犯罪嫌疑人进行监视和使用接触式传声器、增敏传声器、抛物线聚焦传声器、微波装置等各式各样的窃听器或通过电话搭线进行监听等。对于以此种方式取得视听资料目前仍存有颇多争议，如对其合法性和所作证据的可采性等问题都存在着不同看法，各国的法律规定和司法实践亦不尽相同。英国在 1927 年的一判例中认为：窃听不是强迫犯罪人供认，没有违反宪法的规定，因而可以作为合法的证据。德国则规定窃听器插入墙壁超过 30 公分即为非法搜查。1986 年的德国《综合整治与街道安全法》禁止法院把违法窃听的视听资料作为证据。1994 年的《德国刑事诉讼法典》第 100 条 C 第一款规定，在采用其他方式进行侦查将成果甚微或者难以取得成果的情形中，不经当事人知晓，1. 允许 a）制作照片、录像，b）在所侦查事项对于查清案情十分重要的条件下，使用其他的特别侦查手段侦查案情、行为人

居所；2. 在一定的事实使得某人实施了第100条a所述之一犯罪行为嫌疑，并且采用其他方式不能或者难以查清案情、侦查被指控人居所的时候，允许使用技术手段，窃听、录制非公开的言论。1988年的《意大利刑事诉讼法典》第266条规定，在与下列犯罪有关的刑事诉讼中，允许对谈话、电话和其他形式的电讯联系进行窃听：a. 依法应判处无期徒刑或者五年以上有期徒刑的非过失犯罪；b. 依法应判处五年以上有期徒刑的妨害公共管理的犯罪；c. 涉及麻醉品和精神刺激药物的犯罪；d. 涉及武器和爆炸物的犯罪；e. 走私犯罪；f. 利用电话实施的侮辱、威胁、骚扰他人的犯罪。美国1975年的《联邦刑事诉讼规则》和1990年的《联邦证据规则》，对秘密取证问题均未作规定，但在其他法律中作了规定，其司法实践中也不乏这方面的判例，其争议的焦点是在未获法院允许的情况下使用电子监控仪器和装置所获得的证据能否在法庭审判中得到承认。法院在1928年的奥姆斯特德诉合众国案中认定，宪法第四修正案对无理搜查和扣押的禁止只适用于有形的事物，而被说出的话不属于有形事物，对其窃听并不违宪，除非涉及所有权问题。例如，使用对着隔壁的墙放着的电话窃听器进行窃听并不违法，但如果使用必须贴在墙上的增敏传声器则为违法，因其属于"对房产的物理性非授权侵人"。这一理论直到1967年的卡茨诉合众国案中才终被放弃，该案中联邦调查局的工作人员将电子监控装置贴在公用电话亭的外边，用来监听和记录被告人的电话。显然，工作人员并未非法侵入被告人的房产，但最高法院认为其行为已经侵害了被告的隐私权，因为被告享有使用公用电话亭而不受窃听的合法权利。1934年的《联邦通讯法令》规定，窃听和泄露电话中的谈话是违法行为。1937年美国最高法院宣布在联邦诉讼中任何违反该法令的窃听谈话都是不允许的，但该法院在1957年的一判例中认为，第三者经参加电话交谈一方的允许所进行的窃听并不违法，因其不属于该法令意义范围内的窃听。1968年的《综合整治犯罪与街道安全法》禁止任何人未经法院授权以电子的、机械的或者其他类型的装置来达到窃听或者企图窃听谈话或电话线传输的目的。该法还规定，除非有法院专门的授权，即使窃听的内容有事实根据也不能随便泄露，从监听内容中得到的证据只有执法官才能在其职务的允许的条件下适当使用。

我国诉讼法和其他法律对这一问题未作具体规定，从立法精神看，司法机关制作证据应该公开进行。但在刑事侦查过程中，尤其是在同反革命犯罪和间谍、特务活动的斗争中，秘密对犯罪嫌疑人的言行进行录音、录像、监视或秘密进行其他侦查行为以取得视听资料，就成为查明犯罪事实的有效且必要的手段。但如果不加限制地使用这种方式，必将侵犯公民的人身权利和民主权利，

因此必须对其予以限制，这也是各国通行的做法。我们认为，应从以下几方面对侦察机关用秘密方式获取视听资料加以限制：

a. 其适用范围只能是严重危害国家和社会安全的或严重破坏经济秩序的刑事犯罪，而且只能是在用其他侦查方式很难或不可能有效地获取证据或侦破案情时才能使用。

b. 其适用对象只能是犯罪嫌疑人，只有在基于一定事实能够推断其他人与嫌疑人有联系且这种联系将有助于查明案情时或侦查措施不可避免地涉及到第三者时，才能针对其他人使用。

c. 必须依照法定程序进行，侦查人员向上级提出申请，说明理由、所涉及的人员、器材、地点、时间等，只有在获得上级的批准后才能实施。如在紧急情况下，确有理由认为可能会因延误而严重影响侦查工作时，可以先行采取措施，但必须在 24 小时内提出申请，如未获批准则应立即停止，所获得的材料也不得加以使用。

d. 所获得的视听资料不得随意泄露，只能在分析案情时使用，不能在审判中直接作为证据使用。如要在法庭上作为证据使用，需在此前一定时间内告知有关案件各方秘密取证之信息，将其公开化后方能作为合法证据使用。在一刑事诉讼中以秘密方式获得的视听资料不得在其他刑事诉讼中作为证据使用，除非对于查明某些犯罪来说是必不可少的。对于不作为证据使用的视听资料应及时予以销毁。

(3) 通过调查取得视听资料

按照法律规定，在民事诉讼和行政诉讼中，人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝；在刑事诉讼中，人民法院、人民检察院、公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据，有关单位和个人应当如实提供。其他证据调查人员也可以通过调查获取视听资料。任何案件都不会发生在真空中，总会有人察觉与案件有关的事实或情况，只要收集证据的主体能够积极主动地进行深入、细致的调查研究，总会发现并取得证据。一方面要紧密联系群众，通过走访有关群众、深入进行调查研究，及时发现案件线索，收集必要的视听资料，这是经我国长期司法实践所证明的一条行之有效的经验；另一方面，要依法询问当事人和证人，通过耐心细致的说服教育和法律宣传，消除他们的顾虑以便如实地反映情况或提供有关证据；此外，在刑事诉讼中司法机关还可以通过讯问犯罪嫌疑人或被告人，发现并取得视听资料。

证据调查人员在调查中发现视听资料，往往需要予以提取。提取视听资料，要尽可能地提取原始的视听资料，但为避免多次使用引起失真或其他原因

而需要以复制方式予以提取时，要由复制人员注明复制的时间、地点、原因、经过和出处，并保存好原始的视听资料以备查对。这与提取物证的复制模型和书证的副本、节录本有所不同，对物证、书证不提取原物、原件、原本大多是因其不能保存或已不复存在，因此无法进行核对。而视听资料的复制并不影响原始证据的存在，必要时可以进行核对。所以，证据调查人员以复制方式提取的视听资料，只要没有人工的剪辑、编辑等行为，就与原始视听资料具有相同的证明力。

(4) 通过勘验、检查、搜查、扣押等手段获得视听资料

人民法院在民事诉讼和行政诉讼过程中，为查明案件事实，可以对与案件争议有关的现场、物品或物体进行勘验，在此过程中有可能发现视听资料。在刑事诉讼中，侦查人员应对与犯罪有关的场所、物品、尸体、人身等进行勘验或者检查、以发现和收集犯罪活动遗留下来的包括视听资料在内的各种痕迹和物品。侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查，还可以对犯罪嫌疑人的邮件、电报予以扣押，这都是获得视听资料的重要途径。海关、工商、税务等执法机关也可以运用行政检查的手段获得视听资料。

3. 收集视听资料的原则

证据调查人员在收集视听资料时必须遵循一定的原则，才能确保其顺利进行并取得成效。这些原则包括：

(1) 合法原则

合法原则是指视听资料的收集要依照法律规定的程序和方法进行，这不仅关系到能否收集到客观、充分的证据，而且关系到公民的人身权利和民主权利能否得到保障。证据调查人员在收集视听资料的过程中，严禁使用威胁、欺骗、引诱和刑讯逼供等非法手段，确保公民的人身权利、民主权利和其他权利不受侵犯。对于通过非法手段获得的视听资料，不得作为证据使用。收集视听资料时，要严格依照法律规定的手续、步骤进行，比如证据调查人员必须先出示证件，向证人调查时应告知其权利和义务等。此外，对于涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或阴私的内容应当保密。

(2) 适时原则

所谓适时有两层含义，一是指及时，二是指同时。及时是指要把握关键时机，将最能证明案件真实情况的场景或人物的言行录制下来，或将有关视听资料收集起来，以免事过境迁，再难取得有力证据。特别是在刑事诉讼中，犯罪分子为了掩盖罪行，极有可能破坏现场、伪造、隐匿或毁灭证据，如不迅速、

及时地收集视听资料，将会给侦查工作带来很大困难，并有可能使犯罪分子逃脱法律的制裁。同时是指视听资料的制作要与案件事实的发生同时进行，既不能事先制作，也不能事后补作。如对与犯罪有关的言行的摄录要与犯罪分子实施这些行为在同一时间进行，这里“与犯罪有关的言行”既包括预备犯罪和实施犯罪时的言行，也包括事后的言行，如杀人后的焚尸灭迹，盗窃后的转移或掩埋赃物、犯罪后的潜逃、订立攻守同盟等。

(3) 真实原则

真实原则要求收集视听资料必须实事求是，既要客观，又要全面。所谓客观，是指证据调查人员收集视听资料时，要尊重客观事实，而不能先入为主、随意取舍，更不能用伪造、剪辑、编辑等手段弄虚作假、歪曲事实，收集的视听资料要求内容连贯、前后衔接，而不能断断续续、前后矛盾。所谓全面，是指证据调查人员要收集一切能够反映案件情况的视听资料。从范围上看，既要收集能证明案件主要事实的视听资料，也要收集能证明案件次要事实的视听资料；从内容上看，在民事诉讼和行政诉讼中，既要注意收集有利于原告的视听资料，又要注意收集有利于被告的视听资料；在刑事诉讼中，既要注意收集能够证明犯罪嫌疑人、被告人有罪或罪重的视听资料，也要注意收集能够证明其无罪或罪轻的视听资料。只有坚持客观性，才能做到全面性；同时，只有坚持全面性，才能保证客观性。只有客观、全面地收集，才有可能获得真实可靠的视听资料。

(4) 科学原则

科学原则首先体现为视听资料的收集必须通过具备某一方面技术知识或操作技能的人使用科学技术设备才能得以进行。例如，间谍分子使用显微点照相手段传递情报，可以把一张大地图缩至芝麻粒大小，然后将其嵌在文字的某一笔画或某一标点符号中，作为一般文件或公开书信寄出，侦查人员如果不借助于特制的技术设备，是很难发现并提取它的。科学原则还体现在收集视听资料需要科学的方法。制作视听资料要求认真仔细，不能粗制滥造，如果录制的声音、图像模糊不清、似是而非，达不到如闻其声、如见其人的效果，当然不能作为证据使用。如在现场录像中，一般采取由外入内、由远到近、由大到小、由低到高、由概貌到细节、由方位到中心的顺序进行，步步深入，层层展开。在普遍录制的基础上，必须突出重点，对关键性的场面或客体，要从上下、前后、左右等不同角度进行录制。在紧急情况下，则应先录重点场面和事件，以免错过有利时机、造成无法弥补的缺憾。

在视听资料的收集过程中遵循上述原则，不仅具有理论意义，而且具有十

分重要的现实意义，这是视听资料合法、有效的基础和保证。

4. 视听资料的保管

司法机关或者行政执行机关对于收集到的视听资料，应当妥善保管，有关人员不得偷听偷看，更不能私自复制、损坏或销毁。对于黄色视听资料，应对其进行必要的拍照，并开列清单、存入案卷，其原始视听资料则应予封存，不得外传扩散。对于涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或个人阴私的视听资料，应当保守秘密。

（二）视听资料的审查和运用

1. 视听资料的审查

视听资料同其他证据一样，必须经过查证属实后才能作为定案的根据，否则将不具有任何证明力。事实上，有很多人为自然因素都有可能造成视听资料的失真，如剪辑、编辑、消磁等，如不进行严格的审查和准确的判断，就不能辨别真伪，也不能确定其与案件事实有无联系，与客观实际是否相符，更无从确定其对案情能否起证明作用以及能起多大的证明作用，直接的还是间接的作用，所有这些问题的确定都有赖于对视听资料进行全面的审查判断。

(1) 视听资料审查判断的内容

对视听资料的审查，主要从以下方面进行：

①审查视听资料的来源

视听资料的来源不同，其客观真实程度和证明力也就不同。一般来说，证据调查人员收集的视听资料的证明力比较强。当事人作为与案件结局有直接利害关系的诉讼参与人，所提供的视听资料的客观真实性较差。其他机关、团体、企事业单位通过其安装的专门技术设备取得的视听资料真实性比较强，但与案件的关联性较差，如工厂安装的中心监控设备，摄录的内容大多是车间职工的生产活动，对此类视听资料要重点审查其关联性，注意排除与案件无关的内容。与案件没有利害关系的公民个人包括专门职业者有意或无意中获得的视听资料，往往带有很大的偶然性和片面性，虽有成为证据的可能，但整体上的能证性较差。

但也不能一概而论，仅以当事人制作或提供的视听资料为例，民事诉讼和行政诉讼中的原告和被告，刑事诉讼中的被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人，刑事附带民事诉讼的原告人和被告人，均有可能出于不同的动机与目的制作视听资料。犯罪分子自己制作视听资料往往出于实施某种犯罪活动的动机，例如有的将偷窃方法摄制成录像以教唆他人犯罪，有的制作淫秽录像以获取赃款或引诱他人犯罪；又如间谍分子制作微缩照相、显微点照相以传递情报等。

在大多数情况下，犯罪分子制作视听资料的行为本身就是一种犯罪行为或其实施犯罪行为的一个重要环节，所制作的视听资料是其犯罪的工具，因此能直接证明他们的犯罪事实。但犯罪嫌疑人、被告人也有可能制作非为实施犯罪活动而又有关案件真相的视听资料。一般来说，其他当事人大多出于保护自己的切身利益之目的而制作视听资料，也有可能因利害关系而弄虚作假，需要具体情况具体分析。

②审查视听资料的制作、收集过程

一方面要审查制作及收集过程中有无违法行为，如是否在刑讯逼供、暴力、威胁、欺骗、引诱下制作的等等；另一方面要审查视听资料是以公开方式还是以秘密方式制作的，司法机关以秘密方式制作视听资料是否经过授权、是否依法定程序进行等。

至于当事人以秘密方式取得的视听资料是否具有合法性，目前尚未定论。我们认为不应一概否定，要具体情况具体分析，主要理由如下：

a. 构成证据合法性的条件之一是诉讼证据的制作与收集必须符合法定程序，但这是对司法机关而言的，其目的主要是为了保护公民个人的合法权利，防止司法机关利用职权侵犯公民的人身权利和民主权利。而双方当事人的地位是平等的，其中任何一方秘密制作视听资料的行为，均不属于司法机关的取证行为，这一行为本身是否合法并不影响其所获资料作为证据的合法性。换言之，即使这一行为是违法的，也不能必然得出有关资料不能作为证据使用的结论。例如，对计算机软件的盗版行为是违法的，犯罪分子秘密制作视听资料的行为也往往就是犯罪行为，但这些视听资料可以作为证明违法或犯罪行为的证据。

b. 当事人秘密制作视听资料的行为并非全是违法的。刑事诉讼中的犯罪分子以犯罪为目的当然是违法的，其他当事人大多以保护自己的合法权利为目的，刑事诉讼中的被害人通常还以揭露犯罪和证实犯罪为目的，当然不能说是违法的。而且，作为一方当事人秘密将彼此间的谈话或活动录制下来，与当场记录或事后追记并无根本性的区别，但和第三者偷录双方当事人的谈话或活动的行为是有本质不同的。

c. 有人认为当事人与案件有直接利害关系，其秘密制作的视听资料容易伪造，作为证据的可采性较差，且不易鉴别，因此应予否定。我们认为不能因其容易伪造就以偏概全、全面否定，而且当事人提供的物证、书证等同样存在这一问题，如果全部予以否定则无异于剥夺了当事人提供证据的权利。难以鉴别更不成其为理由，对当事人提供的证据进行审查判断是司法机关的义务，而

且也并非完全不能鉴别。将其与别的证据相互印证或借助技术手段及一些辅助性措施是可以查明真伪的。

d. 当事人秘密制作视听资料具有便利性，与司法人员的秘密制作相比更是如此。当事人可以随时携带仪器，不受场所与时间的限制，秘密予以录制，而且不易被对方发现。

当然，对于当事人的秘密制作行为也不能全无限制，除犯罪分子的犯罪行为外，当事人既不得以敲诈、勒索、非法传播为目的而制作，也不得随意泄露所制作的视听资料，而只能提供给司法机审查判断，经审查属实后方可作为证据使用，对于经审查后未被作为证据的视听资料，当事人应将其及时销毁。

③审查视听资料的技术因素

首先，要审查获取、贮存视听资料的技术设备的性能及其可靠程度。视听资料作为技术性很强的证据，其真实程度和能证程度与技术设备的质量和性能密切相关。只有借助于高质量、高性能、高灵敏度的技术设备，才能获得高度真实和能证性强的视听资料。使用质量低、性能差的设备制作的视听资料，不能原声、原貌地反映案件的真实情况；即使是高质量的设备，如果使用时超过了其性能限度或受客观条件如光线、角度、距离的影响，也会出现声音失真或混杂噪声、图像模糊或画面跳动、数据与信息差误率高等问题，不能作为证据使用。英国的《民事证据法》就明文规定，计算机输出文件必须：来自使用者经常在其正常活动时使用的计算机；在数据输人时，计算机运转良好，才有可能被采纳为证据。

其次，要审查视听资料的技术形成过程。视听资料可以通过技术手段获得，也可以通过技术手段予以变更，经过剪辑、编辑、人为消磁处理后的视听资料往往变得面目全非，失去其证明价值。一般常见的篡改手段有以下几种：

a. 剪辑：视听资料的制作者或提供者通过删改、剪接等方法，将录音带、录像带、电影胶片中于己不利的内容删去，只保留于己有利的部分内容，或者把几种不同场合下的讲话录音或行为录像资料剪删拼接起来，组合成自己所需要的内容。

b. 编辑：这里所谓的编辑是指对原始视听资料的内容进行逻辑调整、重新排列顺序的整理活动，如变更电子计算机贮存资料的数据、信息、符号，或利用录像编辑机进行移像、叠影等。经过编辑的视听资料，其真实性无法保证，当然不能作为证据使用。

c. 消磁：视听资料大都是运用电磁原理和其他物理化学原理形成的，可以人为地使其消磁、变质，导致资料严重失真或根本显现不出，和空白磁带、

磁盘无异，不能被采为证据。

最后，要审查制作人的操作技术水平。无论多么先进的技术设备，都需要人进行操作。因此，制作人操作的技术水平不仅直接影响着视听资料的外在质量，而且可能影响其内容的客观真实性。

④审查视听资料的内容

视听资料是技术设备电子、机械运动的客观产物，录制的磁带等如果没有经过加工、电子计算机软件程序如果未受到电脑病毒的侵袭，所记录和反映的资料一般都是客观真实的，但这种客观真实也仅是指录制或贮存的过程是客观真实的，并不能保证被录制或贮存的音像和资料本身没有经过伪装或编造。也就是说，视听资料制作过程的客观真实是其内容客观真实的前提条件，但并不意味着其内容必然是客观真实的。例如有的犯罪分子在作案时采取反侦查措施，通过外貌化装、声音模仿制造假象、迷惑视听；再如故意往计算机里输入虚假或错误的信息，它贮存的资料当然只能是虚假的。如果未经认真细致、客观全面的审查即将其作为证据使用，就有可能产生错断和错判。

⑤审查视听资料的关联性

视听资料必须与案件的事实有某种联系，这种联系的方式和途径是多种多样的，如有的是直接联系、有的是间接联系，有的是偶然巧合的联系、有的是固有内在的联系等等。因此，需要通过科学的分析研究，排除各种矛盾和其他可能性，确定视听资料所反映的事件和和行为同案件事实有无联系。与案件事实无关的视听资料，即使是客观真实的也丝毫无助于案情的查明，不具有任何证明作用。

(2) 视听资料审查的方法

视听资料是科学技术发展和应用的产物，科学的发展为制作和收集视听资料提供了必要的技术和手段，同样也为对其进行审查判断提供了技术和方法。在审查视听资料时，既要遵循和运用证据审查的一般规律和方法，也要注意采用更先进、更科学的方法，以适应其特殊性的需要。审查视听资料主要有以下方法：

①检验法

这是对视听资料的技术因素进行审查时使用的主要方法，是指运用科技及其设备对获得视听资料的装置、设备以及视听资料的技术形成过程进行的检查与验证。一方面，对技术设备的质量与性能进行检查；一方面对视听资料的技术形成过程进行技术检查，如通过慢速播放鉴别是否有剪辑、编辑和人工消磁情况。

②辨别法

这是对视听资料的内容进行审查时常用的方法之一，是指仅凭人的视觉和听觉对视听资料所反映的内容进行识别和确认，这是一种最简便易行的方法。进行辨别的人员可以分为两大类：一是司法人员及其聘请的专家；二是有关当事人和证人。前者只能以视听资料本身为客体进行辨别，在样本和检材之间进行比较与判断，可称之为间接辨别；后者除可进行间接辨别外，还可以亲自对视听资料涉及的说话人或行为人本身进行辨别即直接辨别。当事人和证人的辨别有两种情况，其一是由当事人和证人辨别涉及自己言行和其他情况的视听资料是否真实、有无篡改；其二是由当事人和证人辨认视听资料中涉及他人的言行和其他情况。

司法人员在组织当事人进行音像辨认时，要注意以下几点：a. 辨认前要询问辨认人所知的辨认对象的外貌特征或声音特征，以判断辨认人是否前后矛盾；b. 辨认时应坚持混杂辨认原则，一般不允许单独提供辨认对象或其声音给辨认人，而应将性别相同、年龄相近或语音相似的三至五人或其声音混在一起，由辨认人凭记忆识别其中有无与辨认对象或其声音相同者；c. 有两个以上辨认人时，应分别单独进行辨认，以免因相互影响而失去准确性；d. 不得用任何方式暗示或诱导辨认人按组织者的意图进行辨认；e. 辨认既可以公开进行，也可以秘密进行，但秘密辨认的结果需作为认定案件的证据使用时，则应重新组织公开辨认。

③鉴定法

这是对视听资料的内容进行审查的另一种重要方法，是指运用技术设备对其所反映的内容真伪所作的鉴别。司法机关在审查视听资料的内容时，有时无法单凭人的感官判明其真伪，需要指派或邀请具有专门技术知识的人对其进行鉴定。任何事物都是“有矛就有盾”，人们可以借助科技设备获取视听资料，同样可以用科技设备来鉴定它的真伪。

视听资料大多是多方位的全息资料，能够反映出案件发生的动态过程，制作者无论有多高的伪造或伪装手段，也不可能面面俱到，更难逃过利用科技设备所作的鉴定。例如声纹鉴定就是一种准确率很高的声音同一认定方法。声纹又叫声谱，是指将一个人的讲话声音输入声谱仪进行分析所描绘出的在不同的频率范围内声音强度的分布曲线。一个人从十几岁变声后的声纹基本不再改变。每个人的发音器官总有差异，后天环境所造成的语言习惯也不尽相同。人的声纹有八十多个特征可以用来进行比对。利用声谱仪分析比较声纹静止图像的方法几乎可以鉴别任何声音，同一个人说同一句话，声谱仪记录下来的声纹

永远相同；不同的人说相同一句话，声纹线则因人而异。即使在同一环境中长大的双胞胎，其父母都无法区别的声音，仍可在其声纹静止图上看出细微的差别。

④对比法

这是审查视听资料内容真伪的一种有效方法。在一个案件中，能证明案件事实的证据往往不是单一的，而常常是有多种或多个证据，它们相互联系、相互依存，构成一个整体。即使只有一种视听资料，它所反映的事实也不可能不与案件的前因后果及时间地点等相关情况发生联系。正是由于证据之间存在着这种横向与纵向的复杂联系，所以必须将视听资料纳入本案的整个证明体系中去，分析视听资料与其他证据之间、多个视听资料之间是否一致，与案件发生的原因、结果、时间、地点有无矛盾。如制作人声称是在闹市区的人群中录制的被告人作反革命演讲的录音带上，只有被告人的声音，而没有其他任何声响，显然与闹市区的环境特征极不相符，这一矛盾如果得不到合理排除，就不能认定其真实性。

在同一案件中，各种证据都是以同一事实为根据而产生的，所证明的是同一案件的事实。因此，如果证据之间是一致而不是相互矛盾的，各个证据应当像链条一样环环相扣；如果证据之间不能相互印证并相互矛盾时，必须通过合理的方法排除矛盾，若不能予以合理排除，就必然存在虚假的一方。就需要结合案情进行综合分析，慎重而又准确地处理，既不能回避矛盾，也不能主观臆断。解决矛盾的过程，实际上就是审查视听资料的过程，通过这种辩证的系统审查，其内容的真伪也就可以确定。

总之，视听资料的审查是一项复杂的工作，在审查过程中往往需要综合运用上述方法，去粗取精、去伪存真、由此及彼、由表及里，排除种种矛盾和疑点，得出正确的结论。

2. 视听资料的运用

视听资料在诉讼活动中的运用主要表现在以下几方面：

(1) 运用视听资料检查、印证其他证据

经过司法机关审查属实的视听资料，由于它所具有的物质依赖性和客观真实性，同时又能比其他传统证据提供更多的信息，因此，它具有比其他证据更强的证明力，司法机关可用其来印证当事人陈述、证人证言等主观性较强的证据，检查有无错漏与矛盾，是否真实可信。

(2) 运用视听资料所提供的信息和线索发现和收集新的证据

特别是在只有视听资料而又不足以定案的情况下，这一作用尤为突出。在

运用视听资料时，既要注意捕捉它本身的证据信息，又要注意捕捉它所提供的与其他证据有关的信息。视听资料所反映的背景情况常常就是其信息源，例如反映人物运动的录像证据，随人的活动而不断变换着的环境中会出现许多固定的设施、运动的景物等，通过对这些动态环境的分析，就可以确定运动主体所处的方位、和什么人接触、留下哪些痕迹等，根据这些信息，就有可能发现并收集到新的物证、书证以及证人证言等。

(3) 运用视听资料分析和认定案件事实

司法机关、公证机关、仲裁机构等利用所掌握的视听资料对案件事实作出分析和判断，是一种最为直接的运用视听资料的方式。在审查后确定某一视听资料可以作为证据使用，只是肯定了该视听资料是定案的必要依据，而不能肯定它是定案的充分依据。任何一个具体证据的证明程度和证明范围都是有一定限度的，视听资料亦然。因此，在运用视听资料分析、判断案情时，既不能夸大也不能缩小这一限度，而必须根据其特点及其携带的信息量进行，否则就不能准确地认定案件事实，其结果是疑案或错案的产生。

不同的视听资料与案件事实之间的联系程度与联系方式必然不同，联系程度有多有少，联系方式或直接或间接。所以，视听资料在分析和认定案情过程中所起的作用不尽相同，主要可以分为两种情况：

①独立证明案件事实。与案件事实有直接联系或能够反映案件主要事实的视听资料对案情有独立的证明作用，而不必依赖其他证据。例如反映犯罪分子犯罪活动的过程、情节、后果的录音、录像资料，如经查证属实，即使没有其他证据也可据此定案并作出判决。

②与其他证据共同证明案件事实。与案件事实有间接证明作用或只能够反映部分案件事实的视听资料不能独立证明案情，必须与其他证据共同证明案件事实。对于这种视听资料，还要注意它所证明的这部分事实与其他证据证明的部分事实之间的联系，只有互相一致时，才能与其他证据一起形成完整的证据体系，成为定案的依据。

总之，在运用视听资料证明案情时，应根据其不同的证明程度和证明范围，作出准确无误的认定。

六、鉴定结论的审查与运用

在对鉴定结果进行评断及使用之前，应先了解鉴定结果的法定证据形式：鉴定结论。

(一) 鉴定结论

科学鉴定在诉讼中的证据形式是鉴定结论，鉴定结论是我国法律上规定的

证据形式的一种。对案件中的专门问题进行鉴定后所得出的结论，一般要写出鉴定书，以鉴定书的形式提供给法庭，作为证据使用。

鉴定书要如实反映鉴定人员对专门问题进行鉴定的过程，使用的鉴定方法，得出鉴定结论的根据。根据我国法律的要求，鉴定人必须在鉴定书上签名，并注明自己的职称。鉴定人对专门鉴定问题进行鉴定得出结论之后，还需要有复核人，复核人也应该在鉴定书上签名，注明自己的职称。对于比较简单的鉴定问题，一名鉴定人即可进行鉴定。但是，对于比较复杂或者鉴定内容较多的鉴定，可以由多名鉴定人共同进行鉴定。如果是多名鉴定人进行的鉴定，应获得一致的鉴定意见，多名鉴定人都需要在鉴定书上签名。如果鉴定意见不同，可以在鉴定书上注明不同的鉴定结论，不能以少数服从多数来作出鉴定结论。复核人也可以是多人共同复核。鉴定书上要加盖鉴定单位的公章方为有效。根据有关的法律规定，鉴定书应该包括绪论、检验、论证和结论四个部分。下面以物证鉴定为例说明鉴定书的结构：

1. 绪论

绪论部分应简要地叙述案由，检材和样本的提取情况，如果是委托鉴定，还需叙述鉴定的受理情况。最后，还需写明鉴定要求解决的问题。

如果物证是鉴定人员自己出现场提取的物证，应简要地叙述物证的提取情况，包括物证的名称种类：在什么地方什么客体上提取的物证；提取的方法；提取的数量；物证的质量；物证的包装、保管、运输等情况。对样本的提取情况也应该简要地叙述，例如，如果样本是犯罪嫌疑人的指纹，需要叙述说明留下样本的嫌疑人是谁、是通过捺印还是通过其他方法提取的样本指纹、捺印的样本是三面捺印还是平面捺印、样本的数量和部位等等。

如果是委托鉴定，需写明的受理情况包括受理鉴定的日期、送检单位及送检人员的名称，所送检材和样本的种类名称、质量、数量、提取、保管、包装、运送等情况，并概括案由。

2. 检验

鉴定书的检验部分应叙述整个检验的过程，包括检验的步骤、检验的方法、检验的内容以及检验所得出的数据、结果或所看见的特征等等。

检验包括预备检验、分别检验和比对检验。

在预备检验中，应写明检验的准备情况，尤其对于需要作预备实验的检验，该步骤必不可少。

分别检验是对检材和嫌疑样本的分别检验。检验时，先对检材进行检验，后对嫌疑样本进行检验。因为嫌疑样本的检验范围一般都比检材的可检验范围

要大，先对检材进行检验，使得在对样本进行检验时，可以做到有的放矢，缩小检验范围。例如，嫌疑指纹样本一般都有多枚，并且是全部位的捺印，检材指纹一般都是残缺不全的、是指纹的某一部分，所以，先对检材进行检验，可以做到事半功倍，提高工作效率。

在对检材和样本分别检验完之后，应该对检材和样本进行比对检验。比对检验是在分别检验的基础上进行，比对检验将比对样本和检材有哪些异同，比对在分别检验时所检验出的检材和样本的特征，哪些是符合一致的特征，哪些是不一样的特征，即寻找检材和样本的符合点和差异点。

3. 论证

这一部分应对检验结果进行科学上的说明。以同一认定为例，论证就是对分别检验中所发现的符合点和差异点的综合评断，目的是确定检材和样本的符合点是否可作出同一认定的结论，差异点是否会影响到同一认定结论的作出。在综合评断时，要考虑到符合点及差异点的类型，特征的出现率，符合特征的数量及质量。在作出肯定同一的结论时，必须对检材和样本的差异点作出合理的解释，这种差异不是本质的差异，而是由于外界条件的变化所引起的。

4. 结论

在这部分，鉴定人应对鉴定问题做出回答

（二）鉴定结论的审查

对鉴定结论的审查也就是对鉴定人、鉴定过程及其鉴定结果的评断。在司法实践中，可以从以下几个方面进行评断：

1. 鉴定机构是否合法，如果对专门问题的鉴定可以由法定的鉴定机构解决，鉴定必须在法定鉴定机构进行。只有在鉴定的专门问题没有法定鉴定机构存在或者法定的鉴定机构无法解决时，才能够由案件的调查机关委托其他机构的人员进行鉴定。

2. 鉴定人是否具有我国法律规定的应该回避的情形，即鉴定人是否为本案的当事人或者是当事人的近亲属，鉴定人或者他的近亲属是否和本案有利害关系，鉴定人是否担任过本案的证人、辩护人、诉讼代理人、案件的调查人员，鉴定人是否与本案当事人有其他可能影响公正处理案件的其他关系。

3. 鉴定人是否违反法律规定，接受当事人及其委托的人的请客送礼，违反有关的规定私自会见当事人及其委托的人。

4. 鉴定人是否具有解决鉴定问题所必须的鉴定水平。鉴定人所具备的鉴定水平可以从鉴定人所受的专业教育、从事鉴定工作的年限、鉴定案件的数量、鉴定结论被推翻的数量、鉴定人的科研成果、鉴定人的技术职称等方面来

考虑。

5. 鉴定人是否具备鉴定所必须的鉴定条件。鉴定人所具备的鉴定条件包括实验室条件、实验仪器的有无及其先进水平。

6. 检材和样本是否充分，能否能作出该鉴定结论。

7. 鉴定人检验是否具备鉴定条件，使用的检验方法在学术上是否有争议、是否先进，如果有标准化的检验方法，本鉴定的检验是否符合标准化检验方法的要求。

8. 在论证部分对检验的论证是否充分，是否提出了论证的依据，如果是种属认定相同或者是同一认定的结论，符合点是否能够作出种属认定或者同一认定的结论，对检验中出现的差异点是否都作出了合理的解释。

9. 鉴定结论与案内其他证据是否有矛盾，如果鉴定结论与其他证据相符，并且本案的鉴定结论很有说服力，这样基本上可以确定该鉴定结论正确。如果鉴定结论与案内的其他证据有矛盾，则或者鉴定结论错误、或者其他证据不实。如果鉴定结论所利用的方法是科学的，检材和样本的数量也是足够的，并经过了充分的检验和复核，通过必要的论证得出该鉴定结论，在这种情况下，一般可能是其他证据不实，重点放在排除其他证据上面。如果鉴定条件并不十分好，或者检材不充分、或者痕迹模糊、或者使用的检验方法陈旧、或者特征的差异点未能得到合理的解释，在这种情况下，如果鉴定结论与案内其他证据相悖，则鉴定结论可能有错，应该对鉴定结论重新复核，认真甄别。

（三）鉴定结论的运用

鉴定结论在各种案件的调查中都起着重要的作用。我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》都将鉴定结论规定为一种法定的证据形式，在刑事案件、民事案件、行政案件、经济案件以及在其他案件的调查中，都广泛地使用着鉴定结论这种证据。不仅对案件负责调查的行政司法机关使用鉴定结论这种证据，诉讼当事人也利用鉴定结论来为自己的诉讼主张服务。下面简要介绍一下案件的调查机关、诉讼当事人在案件的调查过程中对鉴定结论的使用。

1. 调查机关的使用

在案件的调查过程中，案件的调查机关广泛地运用鉴定结论，来查明、判断案件的事实情况。无论是对刑事案件，还是对民事案件、经济纠纷案件，或者是对行政诉讼案件的调查，鉴定结论都发挥着重要的作用。例如在刑事案件的调查中，利用鉴定结论可以辨别刑事案件是否发生。在非正常死亡案件中，通过对死因的鉴定，可以辨别死亡是自杀还是他杀，从而决定是否立案。鉴定

结论有时还是查明案件中某些专门性问题必不可少的手段。例如，认定嫌疑人携带或者隐藏的物品是否为毒品就只能通过毒化检验鉴定才能够确定。

另外，侦查机关利用鉴定结论还可以为案件的侦查，寻找犯罪嫌疑人提供重要的线索，划定侦查的范围。在枪击杀人案的侦查中，如果侦查人员在犯罪现场提取到了弹头或者弹壳，通过对弹头弹壳痕迹的认定，可以确定射击枪支的型号；如果枪支的痕迹已备案，可以直接认定射击的枪支，从而为查找射击人提供线索。由于大多数惯犯的作案手段都有自己的特性，所以，通过不同案件的工具痕迹、指纹及其他痕迹的鉴定，可以作出并案侦查的决定，为侦查提供一定的方向。

在某些案件的调查过程中，司法机关主要是通过鉴定结论来确定犯罪嫌疑人、被告人是否应负刑事责任，证人是否有作证能力，被告人是否有承受审判的能力，犯人是否有服刑能力。例如，通过精神病鉴定，如果认定实施犯罪行为的人在实施犯罪行为时患有精神病，他不能辨别或者不能控制自己的行为，那么实施犯罪行为的人就不应负刑事责任。如果证人患有精神病，不能鉴别是非，缺乏对客观事务的理解和判断，那么该证人就没有作证的能力。如果犯人在服刑期间被鉴定为患有精神病，不能辨别是非或者无控制能力，那么应判该犯人无服刑能力。

案件的调查机关通常还将鉴定结论作为鉴别其他证据的有力根据。因为鉴定结论具有客观性和科学性较强的特性，鉴定结论是鉴定人利用专门的科学知识对案件事实作出的分析和判断，鉴定人是具有专门的科学知识的人，与案件没有利害关系，所以，它的可信性一般较强。利用鉴定结论，可以鉴别犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解、被害人陈述、证人证言等其他各种证据的真伪，从而使对案件的认定建立在更为可靠的基础之上。

2. 诉讼当事人的使用

在任何案件的调查中，不仅案件的调查机关会运用鉴定结论来证明案件的事实，诉讼当事人也会运用鉴定结论来证实自己的主张，反驳对方的论据，为自己进行辩护。在民事案件、行政诉讼案件的调查中，提出诉讼主张的一方当事人和国家行政机关都有举证的责任，在案件的诉讼过程中，他们都会充分地利用鉴定结论这种证据，来证明自己所提出的事实，或者用来反驳对方所提出的事实主张。尤其是在当对方对某一专门性问题进行科学鉴定之后，另一方也会对该问题作出科学鉴定，提出自己的鉴定结论。在刑事案件中，犯罪嫌疑人、被告人、被害人也广泛地使用着鉴定结论，为自己进行辩护，或者将鉴定结论用来支持自己的控诉。诉讼当事人对鉴定结论的使用一般都是通过律师来

实现的。

根据我国《刑事诉讼法》第 121 条规定："侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。"将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人和被害人是侦查机关的责任和义务，侦查机关必须履行。在刑事案件的调查中，用作证据的鉴定结论直接关系到对犯罪嫌疑人是否有罪、罪行轻重的认定，犯罪嫌疑人有权知道其结论，并根据鉴定人与案件是否有利害关系，有权提出要求鉴定人回避的申请。如果有理由怀疑鉴定结论的正确性或者确定性、完整性，可以要求侦查机关重新鉴定或者补充鉴定。对于同案件认定有关的专门问题，犯罪嫌疑人或者其律师除了可以申请公安司法机关进行科学鉴定以外，也可以自己委托法定的鉴定部门作出鉴定。犯罪嫌疑人或者其律师委托法定的鉴定机构作出的鉴定结论，应该提交给司法机关，作为自己的辩护理由，该鉴定结论能否作为本案的证据，由司法机关决定。

据 1996 年修改以前的《刑事诉讼法》规定，被害人只是刑事诉讼的参与人，不是刑事诉讼的当事人。该法没有规定侦查部门需要将作用证据的鉴定结论告知被害人，这显然是在注重保护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的同时，忽视了对犯罪被害人合法权益的保护。为了做到司法公正，为了在保护犯罪嫌疑人、被告人合法权益的同时，注重保护被害人的合法权益，在 1996 年修改《刑事诉讼法》时，将被害人规定为刑事诉讼的当事人，并且增加规定，侦查机关在将鉴定结论告知犯罪嫌疑人的同时，还应该告知被害人，被害人也有权提出要求鉴定人回避的申请，提出重新鉴定或者补充鉴定的要求。这样的规定是合理的。在刑事案件中，有些鉴定是专门针对被害人的，例如在伤害案件的鉴定中，关于被害人伤害程度，即被害人是受重伤还是受轻伤或者受轻微伤的鉴定，是直接针对被害人的，它直接关系到对犯罪嫌疑人或者被告人的惩处，关系到被害人合法权益是否得到了保护。所以，被害人对伤害的鉴定应该有发言权。而且，在通常情况下，被害人对鉴定结论的意见往往同犯罪嫌疑人、被告人的意见是相对立的。既然允许犯罪嫌疑人、被告人对鉴定结论提出异议，那么也应该赋予被害人这一权利，不能够只注意保护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，而忽视了被害人的诉讼权利。另外，被害人也可以自己或者由其诉讼代理人要求司法机关对案件中有关的专门问题进行鉴定。

在刑事自诉案件中，自诉人（往往是被害人）负举证责任，需要对案件中的专门问题进行鉴定时，一般也都是自诉人或者其诉讼代理人委托法定的鉴定机构进行鉴定。

第二编

刑事诉讼证据的理论与实务

第一章　刑事证据的概念和意义

第一节　刑事证据的概念及范围

一、外国刑事证据的概念

刑事证据的概念，无论在英美法系国家还是大陆法系国家，法律都没有将此问题规定下来。但是，各国法学家对刑事证据的概念却众说纷纭，争论较大。例如，英国伦理学家和法学家边沁说："凡是使司法机关对诉讼案件中证明对象的真实性确信无疑的任何原因，都是证据"。此说被称为"原因说"。英国法学家泰勒说："凡是一切法律之方法，除辩论之外，用以证实或反驳司法调查中各项事实之真相者，谓之证据。"此说被称为"方法说"。在大陆法系国家中，日本法学家松冈义正说："证据者，举证和证据调查之结果也"。此说被称为"结果说"。对上述这些观点，我们认为，"原因说"所指的证据，只是证据的一部分，具有片面性。例如，杀人案件中，报复杀人的动机就是实施犯罪的原因，虽说是证据，但只是证明杀人案件的一方面的证据，而不是所有证据。"原因说"犯了以偏概全的错误。"方法说"所指的证据，不是刑事证据，而是指用证据证明案件事实的手段。显然，此说言不及义。"结果说"所说的证据，是把司法人员举证和审查判断证据之后的证明结果认为是证据。该说只强调法官内心确信的主观性，而忽视了证据的客观性。上述各说，均不可取。苏俄刑事诉讼法第一编《通则》第五章第69条规定的证据概念是："调查机关、侦查员和法院依照法定程序据以判明危害社会行为是否存在和实施该项行为的人是否有罪的任何实际材料，以及对于正确解决案件具有意义的其他情况，都是刑事案件的证据"。从这个定义的内容来看，它的范围既包括据以判明危害社会行为是否存在的事实，即证明犯罪事件是否发生的事实，又包括行

为人是否有罪（含正当防卫无罪和防卫过当有罪等）的事实材料，还包括对于正确解决案件有意义的其他情况，如被告人的自首情况，被告人是未成年人或聋、哑人等。由此可见，该定义的规定是比较全面、科学的。

二、我国刑事证据的概念和范围

（一）刑事证据的概念

我国刑事诉讼法第42条规定："证明案件真实情况的一切事实，都是证据。证据有下列七种：(1)物证、书证；(2)证人证言；(3)被害人陈述；(4)被告人供述和辩解；(5)鉴定结论；(6)勘验、检查笔录；(7)视听资料。以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据"。

基于上述规定，我国诉讼法学界对于什么是刑事证据有如下两种观点：

1. 证据是查明案件真实情况的一切事实。

有的学者认为，证据就是和案件事实存在联系的客观事实。并且说，证据是犯罪分子实施犯罪时遗留在外界的物品、痕迹、映象等客观事实，它不依人们的主观意志为转移，司法人员收集到它，它是证据，收集不到，它也是证据。主张证据只具有客观性和关联性（俗称"两性说）的同志持此种观点。

2. 证据是侦查、检察、审判人员依照法定程序收集并用以证明案件真实情况的一切事实。

有的学者认为，"我国刑事诉讼证据，是侦查、检察、审判人员依照刑事诉讼法规定的程序，用以确定或否定犯罪事实，证明被告人有罪或者无罪，加重或减轻被告人刑事责任的一切客观事实。"主张刑事证据具有客观性、关联性和合法性（俗称"三性说"）的同志都持此种观点。我们基本同意这种观点。我们认为，证据是侦查、检察、审判人员依照法定程序，收集到用以证明被告人有罪或无罪、罪重或罪轻以及其他一切对查明案情有实际意义的客观事实。这是因为，刑事证据虽然是犯罪分子在实施犯罪活动中，一定会在外界遗留下物品、痕迹和映象，但是，只有当公安司法人员依法收集到并将其纳入刑事诉讼轨道以后，才能起到查明案情的作用，才能成为证据。否则，它们如同其他物品、痕迹及映象一样，只是客观地存在着的东西，起不到证明作用，因此，不能成为刑事诉讼证据。所谓"其他一切对查明案情有意义的事实，"包括证明被告人履历的事实，证明证据属实的事实和证明程序合法的事实等。这些事实不属于犯罪事实，而属于案件事实。在讲证据的概念时，必须把这些事实概括进去。

（二）刑事证据的范围

刑事证据的范围，在我国刑事诉讼法学界大多数学者认为，证据只是证明实体法方面的事实，主要包括：

1.证明案件主要事实的证据。所谓主要事实，是指刑法规定的犯罪构成诸要件的事实。即犯罪事件是否发生？行为与结果之间有无因果关系？行为人的行为是否构成犯罪？依法应否追究刑事责任？行为是否属于故意或者过失？是否属于意外事件？是否属于正当防卫或紧急避险？行为人有无责任能力以及是否具有刑事诉讼法第11条规定的不追究刑事责任的情形等。

2.证明案件次要事实的证据。刑事案件的次要事实，是指犯罪发生的时间、地点；犯罪造成的危害后果大小；故意，是直接故意还是间接故意；过失，是过于自信过失还是疏忽大意过失；犯罪的方法和手段，使用的工具；犯罪的目的和动机；犯罪的过程等。

3.证明被告人的履历情况的证据。被告人的履历情况包括：姓名、性别、年龄、文化程度、出身、成份、工作单位、职业、职务、工作经历、原籍和现在住址、是否受过刑事惩罚和行政处分、政治面貌和表现、道德品质。

证据有广狭二义之分。狭义的证据，是专指证明实体法方面有关案件事实的证据；广义的证据，则包括除证明实体法方面有关案件事实的证据以外，还包括证明证据事实的证据和证明程序法方面有关事实的证据。我们讲的刑事证据应当是广义上的证据。

关于证明证据事实的证据。所谓证据事实，是指用以证明证明对象的事实，即证据本身的内容。例如，证明物证、书证、证人证言、被害人陈述等是否真实的证据。证明证据事实的证据，一般是由别的证据证明。例如，被告人供述其年龄不满16岁，用以证明其真伪的证据是证人证言或书证（出生证、户口登记本等）；现场上遗留下的指纹是不是被告人的，证明它的证据是鉴定结论等。当然，也有的是用同一类证据证明，如用证人甲的证言证明证人乙的证言。

关于证明程序法方面事实的证据。程序法事实，是指对解决诉讼程序有法律意义的事实。通常有如下几种事实：

1.关于申请回避的事实。

当事人等申请回避，必须具有符合回避的理由。我国刑事诉讼法第28条规定："审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：（1）是本案的当事人或者当事人的近亲属的；（2）本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；（3）担任过本案

证人、鉴定人、辩护人或者附带民事诉讼当事人的代理人的；(4) 与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。”证明上述情况的事实，就属于刑事证据。

2. 决定对人犯采用某些强制措施的事实。

对人犯采用强制措施、采用何种强制措施，法律规定了具体条件。我国刑事诉讼法第60条第2款规定：“对应当逮捕的人犯，如果患有严重疾病，或者正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，可以采用取保候审或者监视居住的办法。”凡是用以证明人犯是否患有“严重疾病”、“正在怀孕”以及“哺乳自己婴儿”等事实的证据，都是刑事证据。

3. 某些关于诉讼期限的事实。

关于诉讼期限，我国法律有专门规定。刑事诉讼法第80条规定：“当事人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误期限的，在障碍消除后五日以内，可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动。前款申请是否准许，由人民法院裁定。”对于证明耽误诉讼期限是否由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由的事实，也是刑事证据。

4. 违反法定诉讼程序的事实。

办理刑事案件，必须依照法定程序进行。我国刑事诉讼法第191条规定：第二审人民法院发现第一审人民法院违反法律规定的诉讼程序，应当撤销原判，发回原审人民法院重新审判。违反法定程序，可能影响正确判决的事实很多，如应该公开审判的而不公开审判；应当组成合议庭而未组成合议庭，只由审判人员一人独任审判；依照审判监督程序重新审判的案件，没有另行组成合议庭，而仍由原合议庭进行；不依法收集证据而搞刑讯逼供，无审判管辖权而进行审判；剥夺被告人依法行使的辩护权等等。证明上述情况是否属实的事实，就是刑事证据。

5. 执行中的某些事实。

对生效判决或裁定，一般都应当依法执行，但是，遇有特殊情况时，可以停止执行或变更执行。我国刑事诉讼法第211条规定：“下级人民法院接到最高人民法院执行死刑的命令后，应当在七日内交付执行。但是发现有下列情形之一的，应当停止执行，并且立即报告最高人民法院作出裁定：(1) 在执行前发现判决可能有错误的；(2) 罪犯正在怀孕……由于前款第二项原因停止执行的，应当报请最高人民法院依法改判。”在此规定中，用以证明判决确有错误的情况和罪犯正在怀孕的事实，也属于刑事证据。

明确证明程序法事实的证据也属于刑事证据，具有重要意义。首先，它能

使公安、司法人员了解证据的范围，自觉地收集、审查、运用这方面的证据，以保证诉讼活动的顺利进行；其次，对于正确处理刑事案件具有重要作用。因为，查明程序法方面的某些事实，对于定罪量刑有直接关系。例如，收集到证明有关人员应当回避的证据，让其依法回避，既能使案件得到公正的判决，防止冤假错案的发生，也有利于教育和说服当事人及其法定代理人；再次，有利于做到有法必依，执法必严，违法必究。在办理刑事案件中，公安司法人员必须依照法律规定的基本原则、程序、制度等进行，收集到有关违反诉讼程序、超越诉讼期限、以及剥夺诉讼参与人特别是被告人的诉讼权利的证据，应当视情节轻重、给直接责任者以党纪、政纪处分，直至追究刑事责任，以维护社会主义法制，保护公民的民主权利和其他合法权益。

第二节　刑事证据的基本特征

刑事证据的基本特征，国内外刑事诉讼法学者的看法是不一致的。我国的多数学者认为，刑事证据的基本特征是客观性、相关性（关联性）和法律性（合法性）。也有的同志认为，刑事证据的基本特征，只有客观性和相关性，而无法律性；还有些人认为，刑事证据的基本特征除了客观性、相关性之外，还有阶级性；也有个别人认为，刑事证据的基本特征除了法律性之外，还有充分性和确实性。所有这些观点，至今尚未得到统一。

一、刑事证据的客观性

（一）各种证据制度下刑事证据的客观性

1. 神示证据制度下，证据是否具有客观性呢？在神示证据制度下，统治者（王室官员）用于查明案件真实情况的证据，大多数同志认为无客观性。其理由是，因为法官的世界观是唯心主义的，他办的案子当然不讲客观性。也有的认为，不能一概而论，而应当对具体情况作具体分析。我们同意后一种观点。这是因为，虽然在神示证据制度下，统治者的世界观是唯心主义的，用以证明案情的证据许多是唯心主义的。例如，把占卜得到的结果作为定案的根据等，但是，不能否定，在某些情况下，统治者不自觉地将某些具有客观性的证据作为查明案情和认定案件事实的根据。例如，古巴比伦《汉谟拉比法典》第236、237条规定，如果理发师不告知奴隶的主人为奴隶剃落奴隶印记，则应受断指处罚。若理发师因被自由民欺骗而剃落奴隶印记，则应宣誓：“我非有意

剃之"，从而就免负刑事责任。从这一规定可以看出，统治者把理发师言明自己不是有意剃落奴隶印记的宣誓，当作无罪证据，判定理发师无罪，这种证据就不一定没有客观性。因为，该宣誓可能是真实的，也可能是虚伪的。若理发师的宣誓是符合客观实际的，它就具有客观性；若其宣誓是无理狡辩，它就无客观性。不过，要历史地进行分析。在神灵万能的奴隶社会里，人们慑于神的威力，其宣誓大多是不敢弄虚作假的，因此宣誓往往带有客观性的色彩；而统治者按照法律规定，把这种宣誓作为认定无罪的证据，属于神明裁判的方法，是主观主义的。但是，我们不能把证明方法与证据混为一谈，更不能因为证明方法是主观唯心主义的，就武断地说，神明裁判制度下的证据都是虚假的，都无客观性，这是不符合实际情况的。不少学者把神示证据制度下的司法决斗、水和火的考验等说成是证据，我们不同意这种观点。我们认为，这些都是神明裁判制度下的几种证明方法，而不是证据本身。决不能用这些借助神的启示裁断案件的方式、方法是唯心主义的，推导出证明案件真实情况的证据（物证、书证、证人证言、被告人的供述和辩解等）也是唯心主义的。因为，它们是两码事，且二者之间没有必然的因果关系。

2. 在法定证据制度下，用以查明案情的证据是否具有客观性？我们认为，既不能一概肯定，也不能一概否定。在某些情况下，法律规定证明案件真实的情况证据具有客观性。例如《俄罗斯帝国法规全书》第 312 条规定，审理强奸案件按照法律所规定的刑罚量刑时，必须具备下列条件：(1) 确实证明有强奸行为；(2) 证人证明被强奸人曾呼喊旁人救助；(3) 她的身上或被告人身上，或者两个人身上显出血迹、青斑或衣服被撕破，能够证明有过反抗；(4) 立刻或在当时报告。上述规定，不能认为不具有客观性。不过，把证明强奸罪的证据硬性规定这么几条，显得有些死板、机械，有时甚至是不切实际的。但是，这不是证据本身的问题。有的法律规定的证据，就不一定具有客观性。例如，有的规定被告人在法庭外所作的坦白是半完全的证据，而在法庭上所作的供述就是完全的，是证据之王，可以据此定案。这一规定，从证据的形式来讲，具有客观性；从法定证据证明力的大小来讲，是既有客观性的一面，又有主观性的一面。说它具有客观性的一面，是指这种证据能证明案件真实情况。因为，被告人是被追究的对象，他对自己的所作所为最清楚，如是否实施了犯罪，犯何罪等，他只要如实陈述就是客观的，真实的。同时，在法庭上经过各方质证、核对的事实，一般是比较真实的；说它具有主观唯心的一面，是指被告人在法庭内的供述一定优于法庭外的供述。当然，不可否认有这种可能，但是，不是绝对的，有时甚至是适得其反的。因此，对证据的证明力的大小要进行具

体分析。

3. 在自由心证制度下，法官用以证明案件真实情况的证据是否具有客观性？我们认为，也不能一概而论。若法官用虚假有的事实定案，这种“证据”就无客观性。因为，它们是根本不存在的。这种情况，在资产阶级国家是屡见不鲜的，特别是在处理有关工人和其他劳动人民进行革命斗争的案件时，尤其显得突出。如果用确凿的（与案件有联系的）事实定案，这些证据具有客观性。有的学者否定这一点，对自由心证制度下的证据，只承认其虚伪的一面，不承认它也有客观性的一面，这是欠妥的。例如，资产阶级法官在处理杀人、交通肇事等案件时，他们所收集和运用的物证、书证等，就不能认为全不具有客观性。如果确实是如同这些学者说的那样，法官用于定案的证据不具有或大部分不具有客观性，那么，经他们所判处的案件就会造成全部是冤假案件，或大部分是冤假案件的结果，由此，也维持不住资产阶级在政治上的统治。而实际情况并非那样。这个事实表明，资产阶级法官用以定案的根据，即刑事证据，大部分是具有客观性的。只有这样认识，才是正视现实。

英美法系和大陆法系国家的法官用以证明案件真实情况的证据，基本上属于这种类型。

我国刑事诉讼法第42条规定：“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”。这就是说，证据是证明案件真实情况的事实，是客观存在的事实。换言之，证据具有客观性。所谓客观性，我们认为，是指证据具有的客观存在的属性，即无论是证明犯罪真实情况的事实，如作案工具、伤害情况等，也无论是证明案件真实情况的事实，如证明被告人履历情况的事实、证明证据事实的事实等，都是客观存在的，不以任何人的主观意志为转移的。无论是犯罪分子或者是公安司法人员，承认它、认识它，它是存在的；否认它，不认识它，它也是存在的。任何人想完全改变或毁坏它也是不可能的。因为，从改变或毁坏的痕迹或情况中，还能查明它是存在的。这些都是由案件事实本身的客观性所决定的，只要有案件发生，伴随着案件发生的过程，必然会相应地有一些痕迹、物品或反映的影像，或者遗留在客观外界，或者印在人们的头脑里。如犯罪行为造成的痕迹、伤势程度，给被害人、证人及被告人本人留下的印象、记忆、犯罪分子在现场上留下的物品、工具等，所有这些证据事实，都是随着刑事案件的发生所造成或遗留下来的，即使犯罪分子伪造现场、造成假证，又必然会造成新的痕迹或印记，这正是我们用来证明案件事实及被告人实施犯罪行为的客观事实。相反地，如果没有发生刑事案件，或者不是被告人所为，在客观上就不可能存在犯罪事实或者证明被告人犯罪的痕迹或映象，也正是我们用来否

定犯罪事实的发生或排除被告人犯罪的客观事实。因此，客观性是证据最基本的特征，最首要的因素。

为了保证证据的客观性，我国刑事诉讼法第 42 条对用作定案根据的证据作了极严格的规定：证据是证明案件真实情况的一切事实，证据有七种形式（来源），证据必须经过查证属实才能作为定案的根据；第 43 条规定了公安司法人员必须依照法定程序收集能够证明被告人有罪或者无罪、罪重或者罪轻的各种证据，严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据；第 46 条规定，对一切案件的判处要重证据，重调查研究，不轻信口供；第 47 条规定，证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实以后，才能作为定案的根据，等。

我国刑事诉讼法其所以这样规定，是因为我们坚持马列主义的辩证唯物主义世界观。马克思主义世界观认为，世界上的一切事实，物质是第一性的，思维是第二性的。客观存在决定人们的认识，人们的认识是客观事物的反映。人们只能正确地认识客观存在，而不能凭空想象、捏造或改变它的存在。如果人们的认识不能正确地反映客观事物，这种认识就属于错误的认识。尽管人们的认识具有十分重要的能动作用，但是，只有在正确反映客观事物的情况下，这种能动作用才能得到实现和发挥。

（二）刑事证据客观性的表现形式

刑事证据客观性的表现形式，是很值得探讨的问题。前面在讲证据的范围时讲过，刑事证据有的是证明实体法方面的事实，有的是证明证据方面的事实，还有的是证明程序法方面的事实，无论属于证明哪类事实的证据，表现它们客观性的形式是多种多样的，概括起来主要有如下几种：

1. 物品

物品是物证的表现形式之一。物品作为证据，多半是犯罪分子在实施犯罪过程中遗留在现场或通过搜查、扣押等手段获得的。例如，在强奸案件中，因被害人与其搏斗而被拽下的钮扣、被撕下衣服的布条、被揪掉的头发等；杀人案件中缴获罪犯所使用的作案工具（凶器、药物等）；抢劫案件中被抢去的贵重物品（首饰、手表等）；盗窃案件中的赃款、赃物等。

2. 痕迹

任何暴力的行为都会在外界留下痕迹，它们也是物证的一种，有的反映在人身上，有的反映在物体上。反映在人身上的痕迹，如被害人或被告人身体被抓伤、刺伤、砸伤、砍伤等的痕迹，以及被勒的索沟、血斑等；反映在物体上

的痕迹，如被撬坏的门窗、箱柜或工具本身上的痕迹等，现场上的脚印、指纹以及被涂改的账目、文件、单据上的痕迹等，这些均属于物质痕迹，也是物证的一种。

3. 犯罪行为在人们头脑中的映象

任何犯罪行为，都会在人们头脑中留下反映形象，特别是被告人本人，其所作所为在脑子里的映象会很深刻。例如，被告人如实陈述其作案的经过、动机、后果等，这些情况都是头脑中的映象的再现。被告人申请某审判人员回避，其理由是：该审判员与他素有怨仇。经查证属实，这一理由就是他与该审判员宿怨映象的再现。作为被害人，无论是其人身直接遭受犯罪行为的侵害，如被打伤、致残，被强奸、被抢劫等，也无论是其民主权利及其他权利受到侵害，都会在头脑中留下映象。被害人陈述，就是这种映象的再现。同理，证人也是这样。例如，证人目睹了犯罪的经过，或耳闻了被害者的呼救，在头脑中形成映象，证人证言就是这种映象的再现。鉴定结论也是鉴定人对鉴定过程这种映象的再现。

4. 文书的内容

一般的文书材料不能作为证据使用，只有当其内容与犯罪事实有关时，才成为书证。例如，反革命标语、反革命信件、反革命纲领、计划等；贪污案件中伪造的账本、单据等；共犯案件中订立攻守同盟的信件、字条，以及用来联络犯罪的电报、邮件等等。

证据性的表现形式，不外乎以上四个方面，即物品、痕迹、人们的映象和文书内容，只要依照法定程序进行收集、固定，以辩证唯物主义立场、观点和方法进行审查判断，就可以作为定案的证据。

二、刑事证据的关联性

对于证据的关联性，国内外许多学者都阐述过自己的观点，介绍和研究他们的观点，为加深对证据关联性的认识，开阔视野，开拓思路，大有益处。

在英美法系的英国，证据的关联性是指："一件事实，直接或间接，和诉讼争点的事实有着联系，同时，这事实对于那争点的事实的证明，或反证明，又有着帮助的作用，两件事实便叫做有着关联性"。就是说，证据的关联性包括两个方面，一是证据事实与案件事实（诉讼争点的事实）有直接或间接的联系；二是证据事实对案件事实有正面或反面的证明作用。美国学者格雷厄姆·利利认为："证据的相关性必须同时具备两个独特的要素：即（1）它必须有助于证明或否定一个事实结论；（2）这个事实与一项控告、请求或答辩有因果关

系（或实质性关系）”。此种观点所言证据关联性内容，与美国法学界通行的观点所言之内容基本相同。美国法学会主席摩根教授认为，证据的关联性，是指证据所具有的足以证明任何重要事项的趋势，而“重要事项”是指须在诉讼中立证的事项。我们认为，证据具有足以证明任何重要事实的“趋势”还不能够断定有证明作用，即不能证明任何重要事实，因而，也就不能认定其与任何重要事实有某种联系。与任何重要事实没有某种联系（直接或间接或因果等）的事实，就不能成为它的证据。可见，摩根的观点是值得怀疑的。美国教授塞耶说，证据的关联性是一个“经验和逻辑问题，而完全不是法律问题”。按照塞耶的说法，证据的关联性（即相关性）包括如下两方面含义：(1) 证据与案件事实有逻辑上的证明关系；(2) 证据与案件事实有因果联系。我们认为，上述两方面的含义是证据关联性必备的，但并不全面，因为，证据与案件的联系不仅仅是因果联系和逻辑联系两种，还有其他形式的联系。

在苏联法学界，对证据的关联性也存在不同看法。例如：n·T·乌里扬诺娃认为：“关于证据相关性的规定，关系着案件中的证明的实质本身，并确定那些证据事实可以直接地或者归根结底地说明案件中需要解决的这样的或那样的问题”。安·扬·维辛斯基认为，要确定什么事实与案件事实是否具有关联性，只能以如下两项为出发点：“(1) 某一犯罪行为的构成；(2) 调查研究的情况同诉讼案件的对象和法律因素间的因果关系”，例如，侦查机关和法院在审理杀人案件的时候，就应当注意和这一犯罪行为，和一切情况有关的事实，而这种情况必须是与这种事实有某种联系，且能帮助查明全部案情的”。我们认为，上述观点是正确的。M·C·斯特罗果维奇教授在《苏维埃刑事诉讼实质真实和诉讼证据》一书中谈到，间接证据与主要事实之间存在着因果关系，表现形式有如下四种：(1) 主要事实是证据事实的原因（如在杀人案中，杀人行为是引起留下杀人血迹的原因）；(2) 主要事实是证据事实的结果（如在杀人案中，犯罪分子与被害人有私仇的事实，是杀人的原因，换言之，杀人行为是报私仇的结果）；(3) 多种结果是由一种原因造成的（如在一起杀人案中，被告人曾威胁过要杀害被害人；不久，被告人果真杀害了被害人，产生威胁和杀害被害人的原因是因为被告人与被害人有仇）；(4) 证据事实是主要事实的条件（如根据案情，只有可能进入保管财物地方的人才能盗窃到被害人的财物。证人证实，当时只有被告人有进去的可能。这个能进入保管财物地方的条件，就是作案的条件，它与主要事实——实施了盗窃行为之间的关系就属于条件关系）。我们认为，M·C·斯特罗果维奇的观点是正确的。但是，他认为间接证据与主要事实之间的因果关系表现形式只有四种，却是不全面的。因为，实际上，它

们的联系形式除上述四种外，还有许多种。国内学者对证据关联性的看法，概而言之，主要有如下几种：(1) 一种联系说。例如，有的同志说，证据的关联性，是指证据与案件事实“有联系”。至于什么叫有联系，论者未作阐述。(2) 二种联系说。例如，有的学者认为，证据的关联性，是指证据与案件事实有“内在的、必然的联系”。什么叫内在联系，什么叫必然联系，论者未展开论述。又如，有的人说，证据的关联性，“是指作为证据的事实必须同刑事案件有关，对证明案情有实际意义的事实”。在此，作者的观点比一种联系说增加“对证明案情有实际意义”这层意思。(3) 三种联系说。例如，有的同志认为，证据与案件事实的联系有：“a. 与犯罪行为有因果关系；b. 与案件事实有客观联系；c. 某种事实虽然与案件事实没有客观联系，但出于证明任务的需要，就具有了证明作用”。我们认为上述观点中第（三）种联系的说法是不正确的。因为如果某种事实与案件事实没有客观联系，即无关联性，此种事实就不能成为证据。如果出于证明任务的需要由公安司法人员根据需要主观地认定它与案件事实有关联性，这是人为的认定，而不是客观固有的。这种人为地认定与案件事实有关联的事实，根本不是我国刑诉法所规定的证据。(4) 多种联系说。例如，有的认为，证据与案件事实之间存在着各种各样的联系，常见的有如下几种：有些证据是案件主要事实作用于某些人的感官或某些物品而成的，如被害人对于遭受犯罪分子侵害情况的陈述等，它们都直接反映案件的主要事实。有些证据反映了案件主要事实发生的原因。如在交通肇事案件中，证人陈述汽车司机在开车前酗酒的事实。有的证据反映了案件主要事实发生的结果，如杀人案件中的尸体。有些证据反映了案件主要事实发生的条件，如盗窃犯所使用的撬拨门锁的工具等。还有一些证据则是案件事实发生时的周围环境和自然状况，如在交通肇事案件中，事故现场的环境，路面的宽窄，坡度的大小，拐弯的角度等。我们认为上述所列证据与案件事实之间的关联表现形式既正确又比较具体，但还不够全面。还有的同志认为，证据关联性的含义乃指它们与案件事实之间的客观联系。这种客观联系是多种多样的，有因果联系与非因果联系；有直接联系与间接联系；有肯定联系与否定联系；有必然联系与偶然联系；也有充分联系与不充分联系。我们认为，对证据关联形式的归纳基本上是正确的，但有的是不正确的。例如，充分联系与不充分联系。因为充分与不充分是反映证据的数量关系，而不反映关联的关系。

何谓证据的关联性？我们认为，所谓证据的关联性，就是指证据与案件真实情况之间存在着联系的一种客观属性。其内容，既包括证据与案件中哪些真实情况有联系，又包括联系的表现形式。现分别试述如下：

我国刑事诉讼法第 42 条规定："证明案件真实情况的一切事实，都是证据"。换言之，证据就是证明案件真实情况的一切事实。何谓"案件的真实情况"？"案件的真实情况"包括哪些内容？只有搞清楚这些问题，才能明确证据与案件真实情况之间联系的范围，即证据关联的范围。

对于案件的真实情况，我国法学界有狭义说与广义说之分。狭义说认为，案件的真实情况，是指犯罪是否发生，证明被告罪重或者罪轻的情况。从证据的角度讲，凡是证明这些情况的事实才算证据，否则，不属于证据，也不属于证据收集的范围。广义说认为，案件的真实情况，既包括狭义说论者所指的那些实体法方面的事实也包括程序法方面影响诉讼进行的事实。凡是证明上述真实情况的事实，都是证据。都应该收集。我们同意广义说的观点，根据我国刑事诉讼法的规定，证据与如下事实有联系。即证据关联性的范围，主要有：(1) 有关实体法方面的事实，其中包括刑事案件的主要事实，即有关犯罪构成方面的各种事实；刑事案件的次要事实，即有关犯罪的时间、地点、后果、动机、目的等事实；以及反映被告人履历情况的事实，如被告人的姓名、性别、年龄、文化程度、出身、成份等。凡是能证明上述这些事实的证据，就表明它与案件事实的真实情况有联系。(2) 有关证明证据真实性与否的事实，既包括证据事实本身，也包括与证据有联系的事实。(3) 有关程序法的事实，例如有关申请回避的事实、决定对人犯采取某种强制措施的事实、关于某些诉讼期限的事实、违反诉讼程序的事实以及执行中的有关事实等。

证据与案件事实联系的范围已如上述。那么，证据又是通过哪些表现形式与案件事实发生联系的呢？即证据关联性有哪些表现形式呢？从司法实践情况来看，证据关联性的表现形式主要有：

（一）直接联系或间接联系。

所谓直接联系，是指证据与案件事实之间有直接的关系。这类证据是由犯罪行为在人们头脑中留下的映象或在物质上留下的痕迹。例如证人陈述目睹人犯杀人情况的证言；犯罪分子杀人留下的痕迹等。所谓间接联系，是指证据与案件事实之间有间接的关系。例如，这类证据是通过与案件事实有直接联系的证据而与案件事实发生联系的。证明证据事实真实性的证据与案件事实之间的联系；传闻证据与案件事实之间的联系等。必须指出，与案件事实有直接联系的证据，不一定是直接证据，换言之，有的是直接证据，有的是间接证据。如果某种证据能单独直接证明犯罪分子是某人，那么，它就是具有直接关系的直接证据。例如，证人证言证实杀害被害人张某某的凶手是他目睹的李某某，就属此类。如果某种证据不能单独直接证明犯罪分子是某人，而只能证明犯罪事

实存在，那么，它就是具有直接关系的间接证据。例如，证人证言证实杀害被害人张某某是一个留长发、身材高大的男青年，就属此类。

从证明某些程序法方面事实存在的角度看，所谓直接联系，是指查清某种程序法事实，对诉讼活动顺利进行有直接关系。例如，前述程序法事实方面五种情况中的证据与诉讼活动顺利进行的关系就是直接联系。所谓间接联系，就是某种事实通过中间环节（证据）与诉讼活动能否顺利进行相联系。例如，证明五种情况中的证据属实的事实（证据）与诉讼活动进行之间的关系，就属此类。

（二）原因与结果的关系。

世界是一个整体，自然界和社会中的一切事物都是处在互相联系、互相制约之中的。事物之间的联系是普遍的、多种多样的，原因与结果（简称因果）之间的关系只是其中的一种。辩证唯物论认为，因果关系是一事物与另一事物之间存在的合乎规律的必然联系。在一定的条件下，一种现象的存在，总是合乎规律地引起某一种现象的产生，前一种现象对后一种现象来说，它就是原因；后一种现象对前一种现象来讲，它就是结果。证据与案件事实之间的因果关系亦如此。现将它们的表现形式试述如下：

1. 把危害行为（作为和不作为）当作结果看，引起行为实施的因素，就是原因。辩证唯物主义认为，犯罪行为是由许多原因引起的，其中有内因，也有外因。它们与犯罪行为之间的关系是内因或外因的关系。

(1) 内因关系。内因，就是推动犯罪分子实施犯罪行为的主观动因。它既包括犯罪的动机，又包括犯罪的目的。犯罪的动机，是指推动或促使犯罪分子实施犯罪行为的内心起因。例如，为了报私仇而杀人，报仇就是杀人的动机；为了腐化堕落而抢劫，腐化堕落就是实施抢劫的动机。犯罪目的，是指犯罪分子实施犯罪行为所希望达到的结果。它只存在故意犯罪之中。例如，为了非法剥夺他人生命而杀人，非法剥夺他人生命就是实施杀人行为的目的（目的中包括有仇杀、情杀、谋财害命杀人、激愤杀人、反革命杀人等动机）。犯罪动机和目的（证据）与犯罪行为（案件事实）之间的关系就属于内因的关系。

(2) 外因关系。外因，是指促使犯罪分子实施犯罪行为的外部原因。这种外因，或者是外人的驱使行为，或者是客观外界的条件，或者是外界的各种影响。例如，某少年因受教唆犯的教唆而实施抢劫行为，教唆就是某少年实施犯罪行为的外因。辩证唯物主义认为，外因是通过内因起作用的，尽管如此，我们还应该承认外因是促使犯罪分子实施犯罪行为的一种原因。可见，促使犯罪分子实施犯罪行为的外部起因（证据）与其行为之间的关系属于外因关系。

在正当防卫和紧急避险案件中，行为人的正确目的（证据）与其行为之间的联系属于内因关系；正当防卫中的不法侵害行为和紧急避险中的险情（证据）与行为人的行为之间的关系属于外因关系。

2. 把犯罪行为造成的危害结果当作结果看，犯罪行为就是原因，危害结果就是犯罪行为的结果。在这种情况下，因果关系的表现形式主要有：

(1) 必然因果关系或偶然因果关系。所谓必然因果关系，是指一种危害社会的行为在一定条件下必然地合乎规律地产生某种危害结果，即前者包含有产生后者的内在根据，后者是由前者的本质所决定的必然结果。从审判实践看，其具体表现形式主要有如下几种：

①一种行为直接造成了在通常情况下合乎规律的结果。例如，甲开枪射中乙的心脏（作为），乙当即死亡。又如，铁路上的扳道工，擅离职守，当火车开来之际，未能及时赶到岗位扳开道叉（不作为）致使两辆火车相撞，造成严重的损失和多人伤亡。这些都是最简单、最明显的必然因果关系的表现形式。甲的开枪射击（证据）与乙死亡（案件事实），扳道工未及时扳道叉（证据）与列车相撞造成严重损失（案件事实）之间的关系，均属必然因果关系。

②客观上已经存在发生某种结果的危险，某人的行为（作为或不作为）排除了避免危险发生的条件，从而使这一危险变成了现实，结果不可避免地产生出来。例如，张某经常打骂虐待其妻李某，一日，李又遭张的毒打。事后，李趁张不在场，喝敌敌畏自杀，被邻居王某发现，王某便立即叫张某回来，要张赶快送李去医院急救。张不但不让邻居抢救，口里还喊："我看着她死"！由于张的阻止使李未能及时得到抢救，终于导致死亡结果发生。在此案中，李死于中毒，虽然毒药不是张投下的，但由于张阻止邻居送李去医院抢救，以致未能避免李的死亡发生。张的行为（证据）与李的死亡（案件事实）之间有必然因果关系。

③某种行为在通常情况下不会必然地产生某种结果。但是，在被害人人身存在着某种特殊条件的情况下，却产生了这种结果。例如，甲与乙发生口角，在互殴过程中，甲朝乙的头部轻打一拳，乙立即倒在地上，抢救无效死亡。经检查，乙之死亡，是由于乙的头颅骨极其脆弱，在外力的轻打击下，引起脑震荡死亡。在一般情况下，虽然朝人的头部轻打一拳是不会造成对方死亡的，但是，由于甲是一个有特殊条件（头颅骨极其脆弱）的人，他在被轻打一拳之后，因抵抗不住外界的轻击，而合乎规律地死亡了。由此，乙的极其脆弱的头颅骨（证据）受硬物轻击、外界的轻击（证据）与乙的死亡（案件事实）之间就有必然因果关系。

④某种行为直接造成某种结果（如重伤），在有利的条件下可以避免更严重后果（如死亡）发生，但是，由于行为遇上不利条件，因此，使后一结果未能避免。例如，某汽车司机驾车在远郊区公路上行驶，不慎将一人撞成重伤（生命垂危），由于送往医院的路程遥远，被害人未能及时得到抢救，因流血过多而死亡。在此案中，汽车司机的行为（证据）与被害人死亡（案件事实）之间也有必然因果关系。

⑤某种行为造成了某种危害结果发生的现实可能性的条件，由于被害人的行为使可能发生的结果变成了现实。例如，甲为了防盗，违反电业部门的规定，在自己的花棚周围的篱笆上拉上通电的铁丝，并使其昼夜通电。与某甲同住一村的男孩（十岁）路过此处见到花棚里有许多鲜花，于是就扒开篱笆往里钻，由于手碰到了通电的铁丝，触电而死亡。从本案的情况看，虽然小孩是偶然地钻篱笆看花，带有偶然性，但是，人接触电会被电死，这是合乎规律的必然结果。在这里，必然是通过偶然表现出来的，因此，应当肯定，甲的行为（证据）与小孩死亡（案件事实）之间有必然因果关系。

⑥某人的行为造成了某种结果发生的危险，以后又由于其他人的错误行为使得本来可以避免的危害结果未能避免，前后两个行为共同构成了使危害结果发生的必然原因。例如，医生甲给婴儿乙治病，在开药方剂量时，由于疏忽大意点错了小数点，使药量增加到十倍。负责检查处方责任的检药师丙对药方未加审查，就按处方发了药。婴儿乙回家按医嘱吃了药以后，不久死亡。在此案中，甲的错误行为造成了乙死亡结果发生的危险，如果丙认真负责，把错误检查出来并改正，乙的死亡是可以避免的。但是，由于丙也不负责任，没有把甲的错误纠正过来，因此，致使乙死亡的危险变成了现实。在此案中，甲和丙的行为（证据）与乙的死亡（案件事实）之间有必然因果关系。

⑦在二人以上共同犯罪的案件中，尽管每个犯罪分子在犯罪中的地位和作用不同，在形式上同犯罪的联系有的是直接的，有的是间接的，但是，他们的行为在本质上都是自觉配合的，为共同造成犯罪结果创造必要条件。因此，每个共犯的行为与犯罪结果都有必然因果关系。例如，甲、乙、丙、丁四人合谋，盗窃银行巨款。甲提供银行放钱的情况和交待作案时应注意的问题；乙放哨并负责抵挡前来捕获他们的公民；丙撬门入室盗窃；丁坐在一辆两轮摩托车上等候接应。当丙把巨款偷出来后，立即坐着丁准备好的摩托车逃离现场。事毕，甲、乙、丙、丁四人瓜分了全部赃款。在此案中，甲、乙、丙、丁的犯罪行为（证据）与盗窃巨款（案件事实）的结果之间都有必然因果关系。

所谓偶然因果关系，是指某种行为本身不包含着产生某种结果的必然关系

(内在根据)，但在其发展过程中，偶然地同其他另一因果过程相交错，由另一原因合乎规律地引起了这种结果。此时，最初行为人的行为与最后结果之间的关系，表现为偶然因果关系。从审判实践看，主要在以下几种情况中存在偶然因果关系：

①甲的行为直接造成A结果，在其继续发展中，偶然地介入乙的行为作用于A结果，从而产生了B结果，这时，甲的行为与B结果之间就存在偶然因果关系。例如，姜某与刘某二人因发生口角，继而发展至互殴。姜朝刘上腹部和左肩部猛击几拳，刘被打致脾脏破裂。医生在给刘做手术时，把一条小纱布遗留在腹腔内，导致刘患腹膜炎症，不久刘死亡。在此案中，姜直接造成刘重伤，医生的疏忽大意行为直接造成刘死亡，而医生的行为又取决于姜的行为，因此，姜的行为与刘的死亡之间不存在必然因果关系。但是，正是在姜的行为造成刘的伤害情况下，偶然地产生了医生的疏忽大意行为。如果刘不受伤，那么，他就不会遭此不幸。因此，姜的行为（证据）与刘的死亡（案件事实）之间有因果关系，虽不属必然因果关系，但属偶然因果关系。

②某人的行为直接引起A结果，偶然地介入自然力作用于A结果，从而产生B结果。此人的行为与B结果之间存在偶然因果关系。例如，甲故意刺伤乙胳膊，造成轻伤，后因细菌感染而患破伤风，经医院抢救无效死亡。在此案中，乙的死亡不是由于伤势严重，而是由于细菌感染；而细菌感染与甲的伤害之间无必然联系。但是，由于甲伤害了乙，致使乙患了破伤风乙才死亡。虽然甲的行为（证据）与乙的死亡（案件事实）无必然因果关系，但存在偶然因果关系。

③某人的行为作用于被害人，由于被害人故意实施某种行为，造成了某种危害结果的发生。例如，陶某辱骂曹某，曹因心胸狭窄而自杀身亡。曹的死亡虽然不是陶的行为直接造成的，与陶的行为无必然因果关系。但是，若陶不辱骂曹，曹不会自杀身亡，因此，陶的行为（证据）与曹的死亡（案件事实）之间有偶然因果关系。

④某人的行为使被害人产生某种行为，又由于被害人在自己的行为中偶然地产生疏忽大意，因此，造成了危害结果。例如，郑某在路上拦截妇女陈某欲行强奸，陈挣脱后逃跑。逃跑过程中在跳越一条水沟时，不小心跌了一跤，小腿被摔断。郑的行为虽然与陈的小腿被摔坏无必然因果关系，但是，陈的小腿被摔断，是由郑的欲行强奸行为引起陈在逃跑过程中发生的。因此，郑的行为（证据）与陈的小腿被摔断（案件事实）之间存在偶然因果关系。

⑤某人的行为引起被害人产生某种行为，同时，又介入第三人的行为，导

致危害结果的发生。例如，甲追打乙，乙逃跑，刚逃出胡同口时，适逢丙驾驶的一辆汽车快速路过，将乙碾死。在此案中，甲的追打行为虽然不是直接造成乙死亡的原因，二者之间无必然因果关系。但是，如果没有甲的追打行为，乙不会在逃跑中被丙急速开来的汽车碾死，因此，甲的行为（证据）与乙的死亡（案件事实）之间有偶然因果关系。

⑥甲的行为产生某种结果，由于介入乙的行为和自然力，因此导致危害结果的发生。例如，甲同乙开玩笑，将乙推入深水处，乙挣扎着往岸上爬，丙在岸上阻拦，因乙不会游泳，在水中乱打乱爬一阵。过了一会儿不见乙的动静，甲、丙二人忙去打捞。乙被打捞上岸以后，经抢救无效死亡。在此案中，甲的行为虽然与乙的死亡之间无必然因果关系。但是，由于甲推乙下水，又由于乙不会游泳，再加上丙阻拦乙爬上岸，在乙的行为和水的作用下，乙被淹死，因此，甲的行为（证据）与乙的死亡（案件事实）之间有偶然因果关系。

(2) 主要因果关系或次要因果关系。在多因一果的情况下，根据原因对结果所起的作用大小不同，我们可以把因果关系分为主要因果关系或次要因果关系。

主要因果关系，是指对结果起主要作用的原因与结果之间的关系。次要因果关系，是指对结果起次要作用的原因与结果之间的关系。例如，在犯罪集团的案件中，犯罪集团中的首犯和主犯的行为（证据）与犯罪结果（案件事实）之间的关系是主要因果关系；从犯和协从犯的犯罪行为（证据）与犯罪结果（案件事实）之间的关系是次要因果关系。

(3) 多因与一果的关系。所谓多因与一果的关系，是指多种原因与由它们引起的一种结果之间的联系。例如，张某与李某发生口角，张朝李胸部打一拳，李跌倒在地死亡。经查，李某年老，又患高血压和心脏病；当天刚刚饮酒过量，在回家路上踉踉跄跄地碰撞到张某，张在气愤之下才打了李一拳。经医院检查查明，李之死既是由于张打了他一拳，又是由于他年老体弱；既是由于李患高血压病，又是由于他患有心脏病，还由于他当天饮酒过量等。上述五种原因（证据）与李的死亡（案件事实）之间的关系就属于多种原因与一种结果之间的关系。

(4) 一因与多果的关系。所谓一因与多果的关系，是指一种原因与该原因引起的多种结果之间的联系。例如，甲在故意枪杀仓库保管员乙时，子弹穿过乙的左臂后又击中汽油桶，由此引起汽油库起火，使整个油库被大火烧毁，国家损失几十万元。甲的开枪行为（证据）与乙受伤和油库被毁（案件事实）之间的关系属于一因与多果之间的关系。

(5) 多因与多果的关系。所谓多因与多果的关系，是指由多种原因与它们所引起的多种结果之间的联系。例如，杀人犯王某意图杀死赵某，诱骗赵喝毒酒后逃离现场。被害人赵中毒后躺在地上挣扎，适逢赵的仇人郑某路过此地，见赵无抵抗能力，于是就用匕首刺中赵的心脏，使赵立即死亡。赵某家中有两个未成年的孩子，赵死后无人抚养。王的行为（证据）与赵中毒（案件事实）；郑的行为（证据）与赵的死亡（案件事实）；王和郑的行为（证据）使赵死亡后两个小孩无人抚养（案件事实）之间的关系，就属于多因与多果之间的关系。

（三）条件或非条件方面的联系。

1. 条件关系。所谓条件方面的联系，是指作为证据的某种事实是犯罪分子实施犯罪的条件。主要内容包括：

(1) 犯罪主体的某些情况。例如，责任年龄、性别、身体状况、职业、职务、身份、权力等。例如，在渎职罪案件中，公职就是构成此罪的一个条件。公职（证据）与犯罪结果之间的关系，就属于条件关系。(2) 犯罪时使用的工具。例如，杀人案件中，犯罪分子使用的刀、枪、剑、棍、炸药、毒药等。犯罪工具（证据）与危害结果（案件事实）之间的关系就属于条件关系。(3) 时机。盗窃分子实施盗窃（行为）选择在值班人员交接班无人的空隙时间，扒窃分子乘人多拥挤的时机等。作案时间（证据）与危害之间的关系就属于条件关系。(4) 手段。例如，犯罪分子诈骗时利用开假证明信冒充某种身份的手段；走私、贩私犯罪分子利用“合法”的手段等。上述各种手段（证据）与危害结果之间的关系，就属于条件关系。(5) 被害人的某些特殊条件。例如，强奸痴呆妇女案件中，被害人患有“痴呆”症的情况；强奸病妇的案件中，病妇无力反抗的情况等。上述某些特殊条件（证据）与危害行为之间的关系，就属于条件关系。(6) 犯罪现场、周围的环境情况。例如，在交通肇事案件中，事故现场周围的环境，来往车辆的情况，路面的宽窄情况，汽车的时速，被害人行路的逆行方向等。上述犯罪现场周围环境情况（证据）与危害结果之间的关系，也属于条件关系。

2. 非条件关系。所谓非条件关系是指作为证据的某种事实与犯罪行为之间无条件关系。例如，公安机关认定被告人实施了犯罪，但是检察机关或人民法院经调查核实，事实证明被告人无作案时间、或无行为能力。证明无作案时间（如证人证言）和无行为能力（鉴定结论）与案件事实之间的联系，就属此类。

（四）时间和地点方面的联系。

任何一种犯罪都是在一定的时间和地点实施的。其行为必然与时间和地点发生联系。因此，与时间和地点有客观联系的事实，也就是证明该案真实情况的证据。换言之，证据与时间和地点有联系。

1. 时间方面的联系。所谓时间方面的联系，是指时间与案件事实之间的客观联系。其主要表现形式有：

(1) 时间是案件事实的一个组成部分。例如：被告人在某年某月某日晚上十一点作案的这个时间，就属此类。

(2) 能证明作案具体时间的其他时间。例如，犯罪分子李某到某工厂行窃，他供述说，记不清是某月某日晚某时，但他又供述说，作案那天晚上下冰雹，回家的路上碰见同村的青年田某。经向气象部门调查，下冰雹的那天晚上是某月某日晚；又向田某调查，他在下冰雹的那天晚上是十一点多钟碰到李某，由此查清了犯罪分子的具体作案时间。在这种情况下，下冰雹与田某碰见犯罪分子的时间（证据）与作案时间（案件事实）就有了联系。需要说明的是，与作案时间可能有联系的事实还很多。例如，在犯罪分子作案时，邻居家有几个人打扑克；同村的不少人在看电视等。由于这些时间对证明犯罪分子作案时间无证明作用，因此，它们与案件事实无联系。因此，它们不属于证明案件情况的证据。

(3) 某种时间是构成犯罪的首要条件。例如，我国刑法第 340 条规定的“禁渔期”和第 341 条规定的“禁猎期”就属此类。

(4) 某一时间是从重或加重被告人刑罚的条件。例如，在作战期间，抢劫作战必需品的这个时间；杀人、放火、抢劫、强奸、爆炸等犯罪分子在治安状况不好的情况下实施犯罪的这个时间。

2. 地点方面的联系。所谓地点方面的联系，是指某个或某几个地点与案件事实方面的联系。其表现形式主要有：

(1) 某个或几个地点是案件事实的组成部分。例如，犯罪分子在某大桥东端砸伤被害人，某大桥东端这个地点就是案件事实的组成部分。又例如，犯罪分子在甲地（第一现场）将被害人杀死再在乙地（第二现场）将尸体肢解，并把尸体的一部分埋在自己菜地里，一部分丢到粪坑里。在此案中，甲地、乙地、菜地、粪坑等地点都是案件事实的一部分。

(2) 某个地点是构成犯罪的首要条件。例如，我国刑法第 340 条规定的“禁渔区”和第 341 条规定的“禁猎区”就属此类。

(3) 某个地点是从重处罚被告人的条件。例如，公开杀人发生在繁华的闹

市区；实施抢劫行为发生在外国大使馆门前；实施爆炸发生在群众集会的会场之内等。繁华的闹市区、外国大使馆门前，群众集会会场内就属此类。

三、刑事证据的法律性

所谓刑事证据的法律性，也即合法性，一般是指用以定案的证据要符合法律规定，如对证据的收集、审查判断要合法，证据的表现形式要合法以及对要查证属实等等。但是，对于证据有没有法律性的问题，各国法律有不同的规定，中外刑事诉讼法学者也有不同看法，其观点大体上有如下几种：

（一）世界各国法律对刑事证据有无法律性的不同规定及法学工作者的不同看法。

在英美法系国家，法学界把刑事证据的法律性称为“可采性”，也有的称“容许采纳性”，即凡是符合客观存在的、与案件事实有联系的、符合法律规定的事实，才能被采纳为证据。即使某种事实既是客观存在，又与案件事实有联系，但不符合法律规定，即无可采性，该事实就不能被采纳为证据。例如，无证人资格的人作证，则被排斥在证人证言之外，不被采纳。在这些国家中，为了保证刑事证据的法律性，法律规定了三条著名法则：1. 传闻法则。传闻法则是指法律规定法庭对传闻证据一般不采用的规则。传闻证据是证人从别人那里得知情况后所作的陈述，或者以书面代替言词，即证人不到庭，只提供书面证言。虽然传闻证据一般不被法庭所采纳，但是，法律准许有若干例外。例如，英国法律规定例外证据有：（1）自认（有罪）；（2）谋杀或者误杀案件中死者的临终陈述；（3）死者因职务所作的记录；（4）死者对家属的陈述；（5）死者作违反自己利益的陈述；（6）死者对公共或一般权利的陈述；（7）关于身体或精神的陈述；（8）以前审讯记录取得的证据；（9）公共文件的记载，如招认、临终供述等。

2. 最佳依据法则，又称“最优证据法则”、“主要证据法则”。所谓最佳证据法则，是指采用最可靠最真实的证据的规则。该法则规定，在有书证原本和副本的情况下，有举证责任方必须先提出书证原本。法庭在采证时，只采纳书证原本，而不采纳书证副本。但是，也有例外。例如，记录的副本经主管人员证明其完备无讹的，可以用作代替原始记录，作为证据采用。

3. 除外法则。除外法则，就是法律规定不能把用非法手段收集的口供、物品等采纳为证据的规则。在除外法则中，对于除外的理由，有不同的学术观点：（1）侵犯人权说，即由于通过刑讯逼供或其他非法手段取得的口供，因侵犯人权，一律不得采纳；（2）违背诚实说，即被告人在外界压力下，违背自己

的意志所作的陈述，不能采纳为证据；(3) 排除虚伪说，即为了排除非任意自由中的，又可以作为证据。对于非法搜查和没收，美国曾在一案例中作出明确规定，如美国最高法院于 1961 年在审理“马普诉俄亥州”一案所作的裁决中指出：“……通过违反宪法的搜查和没收所得的一切证据，按照宪法规定，在州法院是不可采证的。”人们认为，构成美国除外法则的基础，主要以三种理论为理由：第一，从与保护财产利益有利害关系演变而来的私生活秘密权理论。其中心之点是，利用除外法则以维护私生活秘密权。第二，一般称为保护法院系统的公正理论或标准理论。所提倡的是这样的原则，即法院不应通过采纳以非法手段收得的证据而参与违法行为。第三，一般称为威慑理论或有实际根据的理论。所提倡的原则是，如果法院排除非法获得的证据，警察就会由于本身的违法行为而受到惩罚，并使他们今后不敢再进行这样的搜查。

对于这项规则，不少美国人提出批评。例如，有人说，除外法则，作为维护美国宪法修正案第 4 条规定的权利，并没有收到显著成绩。有的人说，实行除外法则是弊多利少；也有的认为，除外法则给犯罪分子带来自由，而对无辜的人，却毫无补益；还有的人认为，这项规则束缚了警察的手脚，而且会促使警察犯伪证罪，并把他们本身应受的惩罚转嫁给犯罪嫌疑人；由于实施这项制度，会使有明显罪行的犯罪分子大批地被释放，美国的整个司法制度威信降低等等。有鉴于此，美国司法部门的首席法官伯格很早提出废除这项规则。美国三大部门（警察局、联邦调查局、司法部和一些专业机构）均纷纷要求修改或废除除外法则。美国总统里根建议修改该项规则。在国会中已经提出了一些要求修改和废除该项法则的提议。

在英国，对于非法收集的证据，不采用一概排除的方法，而是采用只要查明该物品等证据能证明案件事实，就当作证据采用；对违法收集证据的警察给予纪律惩戒或给被非法搜查、没收者以物质补助。补助费从警察基金中支出。

除了上述三条著名法则以外，在英美法系国家还有防止法则和数量法则。所谓防止法则，是指为保证刑事证据的可靠性，法律规定证人作证要宣誓，以此作为保证。所谓数量法则，是指某些证据必须和其他证据相配合而提出来，才认为有证据价值，并被采纳。单独提出来的就不行。例如，证明案件主要事实时，必须有两个以上证人提供证言。这类证言还不能互相矛盾。有的证言则需要有其他证据补充、配合。例如，共犯提供的材料，只有在其他证据补充证明的情况下，才可以将其采纳为证实另一共犯的犯罪事实的证言。

在大陆法系国家，虽然重视刑事证据的法律性，例如，对证人和鉴定人的资格、收集证据的方法等均有明确规定，但是，不实行传闻法则，对传闻证据

经过法官自由判断后，只要确认它能证明案件真实情况，就采用。其所以如此，是因为自由判断证据的法官是专业法官，他们懂得专业，能胜任工作。而英美法系国家之所以规定传闻法则，是因为最初审查证据的是未经专门法律训练的陪审法官组成的陪审团。对最佳证据法则和除外法则，大陆法系国家法律未作规定。

日本实行大陆制（德国和罗马型）与英美制相混合而以大陆制为主的证据制度。证据法规定，传闻证据不得采纳。

在苏联，刑事证据的法律性被称为许可性。许可性就是法律允许采用。根据《苏俄刑事诉讼法典》第69条规定，不少学者认为，证据的许可性的法律要求，包括如下两个方面的内容：第一，证据必须是依照法定程序收集到的与案件事实有联系的事实；第二，证据必须符合法律规定的形式。这些形式是：证人的陈述；受害人的陈述；嫌疑人的陈述；刑事被告人的供述；鉴定人的意见；各种物证；侦查笔录和审判笔录、文件。维·多罗霍夫说："诉讼证据的一般概念适用到每一个案件时，它在证据的关联性和许可性的概念中得到具体化。包括在来源中的实际材料应当同该案件有关，即具有相关性。另一方面，与案件有关的实际材料，只有当它包含在法定来源中，才许可作为刑事证据加以采用。刑事诉讼所许可的，包含在法定来源中的与案件有关的实际材料，还应当符合每一证据的法定程序"。又说："关于应当确定的事实材料，如果其获得方法与法定程序有重大违反，即失去其诉讼证据的意义。"维德·阿尔谢尼也夫认为，证据的关联性，是指证据的内容与案件事实有客观联系；证据的许可性，是指证据符合法定的八种形式允许采用其中任何一种的要求。证据就是上述内容与形式的统一体。在谈到二者的关系时，他说："证据的内容决定着证据的形式，形式则表现内容。证据失掉了内容，即使还保存着形式，也不能成为证据。比如，通过法定形式取得的证人证言，如果借助这些证言获得的材料和案件无关，则不能成为证据。同时，证据的诉讼形式不是对内容简单的、消极的反映，它对内容起着决定的作用，促进内容的形成，保证内容的可靠性。"在谈到关于证据许可性的规定的实质时说："只有那些符合法律要求的材料才能当作证据使用。所以，在案件诉讼过程中，并非所有有关的材料都可以当作证据采用，而只有那些具有保证其优良质量的法定形式的材料才行"。他认为，"证据对具体案件的许可性问题，法院（和侦查机关）则要严格根据法律确切指正，绝对在法定的范围内加以解决（例如，在任何情况下都不容许将匿名声明、间谍材料等作为证据）。"在批判维辛斯基建议侦查机关和法院自行解决证据的许可性问题，而且要它们不受法律"形式框框"的限制时说："根据这种

'理论'，维辛斯基实际上认可了对毫无罪过的人的控告，这些人的'罪过'是用各种非法得来的'证据'，——匿名告发、通过迫害而得到的'自白'等等——而确定的。"并严肃地指出：维辛斯基用证据的关联性代替证据的许可性（维辛斯基认为，诉讼证据——这就是普通的事实，就是生活中发生的那些现象，那些物品，那些人，那些人的行为。它们之所以成为诉讼证据，只是因为它们进入了司法诉讼范围，成了确定法院和侦查机关所关切的问题的手段），破坏了证明和整个刑事诉讼中的法制原则。

（二）我国法学界对证据有无法律性的分歧。

对于刑事证据是否具有法律性的问题，有肯定说与否定说之分。肯定说认为，刑事证据必须具有法律性。甚至有的人认为法律性是刑事证据的根本特征。否定说认为，刑事证据不具有法律性。有的还认为，刑事证据具有诉讼性。也有的认为，刑事证据具有属实性。

主张刑事证据具有法律性的主要理由是：（1）能证明案件真实情况的事实，只有经过公安司法人员收集，进入了诉讼范围，它才能成为刑事证据。否则，就是一般的客观事实；（2）我国刑事诉讼法规定了证明案件真实情况的证据，必须符合法律规定。例如，刑事诉讼法第 43 条规定，公安司法人员必须依照法定程序收集能证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据，严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗及其他非法方法收集证据。第 48 条第 2 款规定了证人的资格，即生理上、精神上有缺陷或者年幼不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。（3）合法性是区别于一般意义上的证据的基本特征。例如，科学研究中，证明某种事实存在或不存在所用的事实、资料、论据等，它们虽然属于证据，但不需要由法律规定由哪些人、怎样依法收集和运用等等；而刑事证据则不同，它都要由公安司法人员依法收集和运用。刑事证据与一般证据的区别，就在于有无法律性。具有法律性的证据，属于刑事证据（当然包括与案件事实有联系）；无法律性的证据，就是一般意义上的证据。

主张刑事证据具有诉讼性的同志承认，诉讼性与法律性没有根本区别，只是觉得"法律性"在被用来表达证据的本质属性上，不如"诉讼性"准确、贴切。刑事证据的诉讼性和它的法律性是相关而又不相同的两个概念，它们之间存在着的是一种"属种关系"。就"法律性"而言，它包括的内容十分广泛，大别于实体和程序两个内容。而上述所谓的法律性，实际上仅指它的程序方面而言。为此，有必要用"诉讼性"去取代"法律性"。还进一步阐明其理由说：（1）诉讼性是刑事证据形成的前提。这就是说，根据刑事诉讼法第 42 条第 3 款的规定，证明案件的事实，只有经过查证属实才能作为定案的根据——证

据，可见诉讼性是证据形成的前提条件，是在证据形成的同时就具备了。在这一点上，与“两性说”主张的“证据先于收集和认定”就不同了。“两性说”认为，案件一旦发生，证据就已经存在，这就把证据形成的时间提前到了案件发生的同时。实际上，一定的实事，只有在司法人员审查判断中发挥证明作用的时候，才能成为证据。(2)“诉讼性”是区别证据和“证据材料”的标志。他们认为，与案件有联系的客观事实当未被公安司法人员收集、运用之前，它只是“证据材料”，仅仅是可能成为刑事证据的“素材”。但是，由于没有取得法律上的承认，因此，对充当证据来说，还只存在可能性，两者不仅所处的诉讼地位不同，而且就案件意义来说，还存在着“质”的区别。如果将二者等同起来，在司法实践中，就会忽视，甚至取消公安司法人员对证据的收集、审查判断活动。(3)“诉讼性”是一切刑事证据的共同属性。在神示证据制度、法定证据制度和自由心证证据制度中，虽然对收集、运用证据的规定不同，但有其共同之处，那就是只把符合诉讼法律规定的事实，当作刑事证据采用。我国证据制度规定的刑事证据与上述证据制度规定的证据有根本不同，即法律规定，只能把证明案件真实情况的客观事实当作证据采用，而不能将那些决斗、水审、火审、假想、臆断等事实当作刑事证据采用。尽管如此，但是，在刑事证据必须符合法律规定由司法人员依照法定程序收集和运用证据这一点上都是相同的。由上可见，刑事证据的诉讼性是一切刑事证据的共有属性，也即是刑事证据不可缺少的本质属性。

主张刑事证据具有“属实性”的同志认为，属实性是指诉讼证据是经过司法人员依法收集、审查判断为属实的事实。至于为什么，论者未展开论述。

主张证据不具有法律性的学者认为，其所以刑事证据无法律性，主要是因为：(1) 刑事证据是犯罪行为在外界造成的客观事实，它不以任何人的主观意志为转移，公安司法人员收集到它，它是证据，收集不到它，也是证据。前者是已知的证据，后者是未知的证据。而公安司法人员依法收集和运用，是对客观存在的刑事证据的主观认识的反映。客观存在是第一性的，主观认识是第二性的，不能认为未被司法人员依法收集到的与案件有内在联系的事实就不是证据。暂时未被收集到的证据，在有条件的情况下收集到了，未知的证据就质变地转化为已知的证据了。(2) 收集的“合法性”，是统治阶级根据自己的意志，对证据提出的要求，它不是刑事证据本身的客观性质。(3) 从我国刑事诉讼法规定的七种证据来看，如何取得才“合法”，则是统治阶级法律规定的，不是刑事证据本身的性质。

我们的意见是，同意肯定说的观点，即刑事证据具有法律性。在申明理由

之前，先谈一下对其他观点的看法：第一，刑事证据具有诉讼性的问题，我们认为，这是与刑事证据具有法律性相近似的问题。因为它们所包括的内容基本相同。但是，由于它不如法律性更能表明证据的属性，因此，我们认为，用法律性比用诉讼性更明确、具体和富有特性。所以，我们仍然坚持用“法律性”；第二，对于有的同志认为刑事证据具有“属实性”的问题，我们认为，此种提法不妥，不宜采用。因为，按照论者的观点，属实性就是指诉讼证据是通过公安司法人员依法收集、审查判断为属实的事实。这一定义的前半截，即“通过司法人员收集、审查判断”实质就是“法律性”的后半截，即“属实的事实”实质就是“客观性”。因此，没有什么可取之处；第三，刑事证据不具有法律性的问题，即前述否定说及其理由。我们认为，他们的两点理由是不能成立的，因为：(1) 他们说刑事证据是客观存在的，公安司法人员依法收集到它，它是证据；未收集到它，它也是证据。我们认为，按照法律规定，证据是证明案件真实情况的根据。对于某种事实，当公安司法人员既未认识到，也不知道它与案件事实有联系，更未收集到，即在其未进入诉讼轨道时，它怎么能成为刑事证据，又如何证明案件真实情况呢？可见，此种理由是有悖于法律规定的，也是不符合司法实践的。(2) 持否定说的同志认为，法律规定的证据种类和如何收集证据，是统治阶级根据自己的意志而提出的要求，它不是证据事实本身的属性。这就是说，法律对证据的要求和证据的本质属性是分开的，只有当某种事实符合法律要求时，它才具有充当刑事证据的品格或曰资格，否则，就不是证据。换言之，从这个时候起，它就具有了合法性的属性，否则，就不具备这一属性。上述内容实质不就是法律性吗？怎么能说刑事证据不具有法律性呢？

综上所述，刑事证据的法律性是客观存在的，也是它之所以成为定案的根据本身所具有的，并非是人为强加的。

我们为什么认为法律性是刑事证据的属性呢？除了同意肯定说所阐明的理由以外，还在于：

1. 在世界一些国家的法律中有过关于法律性的规定，也有许多学者公认刑事证据具有法律性。如前所述，在英美国家，为了保证证据的法律性，法律规定有传闻法则、最佳证据法则和除外法则等。不少学者称证据的法律性为可采性、容许性等。《苏俄刑事诉讼法典》第69条规定，只有由调查机关、侦查员、法院依照法定程序收集以及符合八种法定形式的事实，才是刑事证据。尽管各国法律体现统治阶级意志和保护的利益不同，但是，为保证证据法律性所规定的内容在许多方面是一致的；尽管许多学者对刑事证据的法律性称谓不一

致，但其内涵所包括的内容是相同的。由此可见，认为刑事证据具有法律性，在世界范围内是带有普遍性的。

2. 我国刑事诉讼法的规定，充分体现了刑事证据具有法律性的特征，其表现主要有：(1) 能证明案件真实情况。刑事证据是事实，但它不是一般的事实，而是能证明案件真实情况的事实。这种事实，必须具备客观性和相关性的特点。否则，就不能起证明作用，因而也就不能成为符合法律要求的刑事证据。(2) 形式合法。形式，就是证据的表现形式；合法，就是符合法律规定。刑事诉讼法第42条规定了证据的形式有七种：物证、书证，证人证言，被害人陈述，被告人的供述和辩解，鉴定结论，勘验、检查笔录；视听资料。这七种证据形式是总结了我国几十年司法实践的经验，并在参照了国外经验的基础上制定出来的。它排斥了宣誓等唯心主义的形式，确立了最科学最合理最符合我国国情的证据的形式。当然，随着科学技术的发展，今后还会出现新的证据形式，这有待于今后通过立法程序加以解决。(3) 收集证据的主体合法。收集证据的主体合法，就是什么人收集证据才符合法律规定。根据刑事诉讼法第43条的规定，只有审判人员、检察人员和侦查人员才有权收集证据，他们依照法定程序收集的与案件有客观联系的事实材料，才能作为证据采用，其他任何机关、团体和个人，如新闻记者，单位领导等，都无权收集证据。即使他们提出证据事实，也必须由公安司法人员进行调查、审查后作出能否成为证据使用的决定。(4) 收集证据的程序和方法合法。对于收集证据的程序和方法，刑事诉讼法都作了具体规定，还特别规定了严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。凡是依照上述程序和方法收集的材料，才符合法律要求，才能当作刑事证据采用。对于收集过程中手续不完备（笔录未交有关人员签名或盖章等）的，应当补办手续；对于非法收集的，应当进行重新调查、侦查，否则，就不能当作证据采用。(5) 提供刑事证据的主体合法。提供证据的主体，就是提供证据的人是谁，也可以称之为证据的来源。根据刑事诉讼法的规定，除提供物证、书证的主体可以是任何公民以外，提供其他证据的主体，必须是符合法律规定的人，否则，就不能成为证据。例如，提供证人证言的人，必须是具有作证资格（了解案情、能辨别是非、正确表达）；提供被害人陈述的主体必须是直接遭受犯罪行为侵害的人；提供供述和辩解的，只能是实施犯罪行为的被告人；提供鉴定结论的主体，必须是经公安司法机关指派或聘请的有专门知识的鉴定人；提供勘验、检查笔录的主体，必须是对该案进行过勘验、检查工作的侦查人员及有关人员，等等。(6) 经过法定程序查证属实。查证属实，就是指对依法收集的证据要进行审查、核对。只有确属真实可

靠的，才能作为定案的根据。根据刑事诉讼法的规定，凡是符合法定七种证据形式的证据，必须经过查证属实，才能作为定案的根据；证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实后，才能作为定案的根据。物证必须当庭向被告人出示，让他辨认；对未到庭的证言笔录，鉴定结论，勘验、检查笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读，并听取当事人辩护人的意见。这些规定表明，未经法庭调查核实的证据，不能作为定案的根据。

3. 我国司法实践证明，公安司法机关用以证明案件真实情况的证据，都具有法律性。在刑事诉讼中，用以定案的证据，都是经侦查、检察、审判人员依照法定程序收集并经过审查判断之后才采用的。其他机关、团体和个人，都没有收集和使用证据的权力。即使这些单位和个人发现或收集到有关证据，也必须经公安司法人员依法进行审查、判断属实后，才能被采纳为证据。这表明，我国的公、检、法机关不仅承认证据具有法律性，而且一直是这样执行的。

四、刑事证据的其他属性

（一）阶级性。

对于刑事证据的基本特征，在国内，如前所述，主要是“三性说”与“两性说”之争。争论的焦点是刑事证据是否具有法律性。对于这个问题至今尚无定论。对于刑事证据具不具有阶级性的问题，虽然在六十年代中期展开过激烈的争论，但是，后来就没有继续深人开展讨论了。直到 1985 年，有的同志在文章中才提到刑事证据具有阶级性。由于尚未得到统一认识，有必要对此进行进一步地探讨。

在六十年代初期，对刑事证据有无阶级性的看法，基本上有三种观点：第一种认为，所有刑事证据都具有阶级性；第二种观点认为，只有一部分证据具有阶级性；第三种观点认为，所有的刑事证据都不具有阶级性。其中持第三种观点的同志占极少数。现分述如下：

1. 刑事证据都具有阶级性。

主张刑事证据有阶级性的同志认为，其所以说它有阶级性，主要理由是：(1) 刑事证据制度有阶级性；(2) 刑事证据是由公安、检察、法院的人员收集、审查判断和运用的，他们有阶级性，因此，被他们收集、审查判断和运用的证据也有阶级性；(3) 犯罪行为有阶级性，刑事证据与刑事案件有联系，因此，也有阶级性。

2. 部分刑事证据具有阶级性。

主张部分刑事证据有阶级性的同志认为，部分证据的阶级性分两种情况：一种是只有言词证据有阶级性而实物证据无阶级性。例如，被告人供述，被害人陈述，证人证言均有阶级性。这是因为，它们所反映的内容，既是刑事证据本身的内容，又是反映犯罪事实的一部分。犯罪事实有阶级性，因此，它们也具有阶级性。例如，被告人承认进行反革命活动，供述他书写反革命信件的经过、证人就看见反革命标语内容的陈述等就属此类。另一种是只有个别书证有阶级性。例如，反革命挂钩信，反革命标语，反革命匿名信等。这是因为：这类书证的内容，既是犯罪事实的一部分，又是证据事实的全部内容。由于犯罪事实有阶级性，因此，其证据也具有阶级性。

3. 刑事证据都不具有阶级性。

主张刑事证据都不具有阶级性的同志认为，其所以说刑事证据无阶级性，是因为：(1) 刑事证据制度与刑事证据有联系，但二者是截然不同的。刑事证据制度有强烈的阶级性，但刑事证据只是证明案件事实的客观材料，是由案件的发生、发展过程决定的，是不以人的主观意志为转移的，它们与刑事证据制度不能相提并论，因此，决不能认为，刑事证据制度有阶级性，刑事证据也一定具有阶级性；(2) 刑事证据虽然要由公安、检察、法院工作人员去收集、审查判断和运用，但只是去发现、收集、审查判断和运用它们，以查明案件事实，他们并不赋予刑事证据以阶级性，因此，它们无阶级性；(3) 刑事证据是犯罪行为在客观外界留下的物品、痕迹或映象。它们是证明犯罪事实的手段，尽管犯罪事实有阶级性，但是，作为证明犯罪事实存在的手段，就没有阶级性。

我们基本同意第二种观点，即绝大部分刑事证据无阶级性，只有少数证据具有阶级性。首先必须言明，我们所说的阶级性，是指反革命性，不是指一般的对社会秩序和公私财物的破坏性。其表现形式大体有如下两种：一种是言词证据中被告人就其犯罪活动及其反革命动机、目的供述和了解案情的证人就反革命的内容所作的陈述，即证人证言，如反映反革命煽动、反革命口号的内容等的证言。另一种是，具有反革命内容的书证。例如，反革命传单、反革命挂钩信，反革命匿名信等。我们认为，对于刑事诉讼证据的阶级性一概否定或一概肯定，是过于机械、有片面性和偏激性的。这种搞一刀切的作法是不符合司法实际的。例如，上述两类证据（被告人供述、证人证言和书证），它们中有既是反革命案件事实的一部分，又是认定反革命罪证明力很强的根据，能否认它们有阶级性吗？绝对不能。但是，有的同志却不承认这一点。他们举例说：

“反动标语仅仅是与犯罪事实有联系的客观事实，在反革命犯罪中事实只是一个部分，一个片断，一个方面的表现，在这个犯罪中无疑具有很重要的意义，但它只是一个证明某人实施反革命犯罪行为的证明手段，反革命标语的内容自然是反动的，但是单靠反动标语的内容并不能回答究竟如何张贴的问题。还必须通过笔迹鉴定、纸张的特点、张贴的时间、地点等方面去查找反动标语的张贴人及有关的其他问题。例如，有二十项证据的案件的阶级性，不是分别表现在这二十项证据上，而是集中表现在这二十项证据证明已经发生的犯罪事实上。总之，反动标语可以被我们利用来揭露反革命犯罪、证实反革命犯罪，仅仅是从书证这个意义上来加以使用的，仅仅是证明手段，而不是这一反革命活动的犯罪事实。因此，笼统地说反动标语就是犯罪事实，是不确切的，从而借以说明其有阶级性的证据是不充分的”。这一论证貌似很有道理，其实它既是矛盾的，又是无说服力的。其矛盾之处在于：作者既承认“反动标语自然是反动的”，但是又不承认反动标语有阶级性；其无说服力表现在：作者用反动标语（反革命标语）是反革命犯罪事实的一部分，而不是证明反革命活动的全部事实来证明反动标语没有阶级性。这不仅是没有说服力的，而且是不能成立的。应当看到，反革命标语在案件中，既是反革命犯罪事实的一部分，又是证明反革命犯罪事实确实存在的有力证据，而且还表明该案件的性质属于反革命罪。而此案的其他证据，如鉴定结论、纸张、时间、地点等，并无这种证明作用。在这种情况下，怎能认为它没有阶级性（反革命性）呢？可见，完全否定证据具有阶级性的看法，是不切合实际的。

（二）充分性和确实性

有的同志认为，刑事证据除了具有阶级性以外，还具有充分性和确实性。充分性和确实性也是刑事证据的基本属性。并且说，所谓证据的充分性，不仅表现在证据的数量上，更重要的应该表现在证据的质量上……数量和质量都很充分的证据，是保证办案质量的前提。关于证据的充分性问题，有些同志就不同意证据具有充分性的属性。他们认为：“充分性”是对“收集、判断、使用证据的要求，不是证据本身的本质属性，不是证据必须具备的要素。”我们认为，充分性既不是证据的基本特征，也不是证据的本质属性，而是用以认定或否定案件事实及情节的证据和要达到的程度。它不是每一个证据所具有的属性，而是对办理刑事案件提出的要求，因此，它与证据的属性是风马牛不相及的两回事。确实性，实际上就是证据的客观性，属于证据的基本特征，这里不必赘述。

第三节 刑事证据的意义

刑事证据无论从法律规定还是司法实践以及法学研究方面，都可以看出其居于重要的地位，具有十分重要的意义。

从法律规定来看，有关刑事证据的规定，贯穿于整个刑事诉讼法的始终，从任务、基本原则、强制措施，到立案、侦查、起诉、审判执行，甚至在审判监督程序中无不对证据的收集、审查判断和运用等作了详尽的规定，特别是在刑事诉讼法的第五章，以专章共七条的篇幅规定了有关证据的定义、属性、运用的原则、程序等，并且特别强调做到“证据充分确实”。这充分说明证据在刑事诉讼中居于特别重要的地位，具有十分重要的作用。

从司法实践来看，公安司法人员在刑事诉讼中，无不是围绕着收集、审查判断和运用证据查明案情，正确处理案件而进行工作的；公安司法人员无不是把执行所有的诉讼程序，包括立案、侦查、起诉、审判、一审二审、审判监督、死刑复核等程序的过程，都当作运用证据正确处理案件做到不枉不纵的过程。一句话，离开了对证据的收集、审查判断和运用，就没有刑事诉讼，就没有办理刑事案件的活动。所以说，刑事证据在刑事诉讼中居于头等地位，具有极为重要的作用。

从理论研究方面看，世界各国的诉讼法学家，都很重视对刑事证据的研究。有的认为，证据学应当是一门独立的法学部门，应当把它从刑事诉讼法中独立出来，并且说：“证据法是研究事物真伪的实体法，它应当同规定权利义务的实体法以及标明诉讼手续的程序法鼎足而立。”苏联法学家维辛斯基认为，证据学是诉讼学中最重要最实际的一部分。虽然这些法学家对证据的意义评论不一定完全正确，但是，他们在强调证据对于诉讼活动具有重要意义这一点上是正确的，一致的，而且是充分肯定的。

刑事证据的重要意义，在我国法学界也是充分肯定的，不仅积极倡导了专门开设证据学课程，确定证据学研究课题和项目，而且对证据的重要意义纷纷发表论文和出版专著等。它们共同的特点是，从理论研究和对司法实践的指导作用上充分肯定了刑事证据的重要意义。当然，它们论证的方式方法各有不同。有的认为，证据的重要意义有两个方面：（1）证据是正确认定案件的基础；（2）证据是正确定罪量刑的基础。有的认为，证据的意义有三个方面：（1）证据是正确认识案件的基础；（2）证据是促使犯罪分子认罪服法的有力武

器；(3) 证据是进行社会主义法制教育的工具。还有的认为，证据的重要意义有四个方面：(1) 证据是正确认识案件事实的根据；(2) 证据是准确地打击敌人、惩罚犯罪的锐利武器；(3) 证据是促使无罪的人不受刑事追究的有力保障；(4) 证据是进行社会主义法制教育的工具。甚至有的认为，证据的重要意义有五个方面；(1) 证据是正确认定案件事实的客观依据；(2) 证据是正确运用法律的基础；(3) 证据是使犯罪分子认罪服法的有效手段；(4) 证据是使无罪的人不受刑事追究的重要保障；(5) 证据是教育群众增强法制观念的生动教材。从以上四种论述方法看，有的比较概括，有的比较具体，我们基本上同意第四种论述方法，为了使问题阐述得更明确一些，我们认为，对证据的重要意义可从如下六个方面去认识：

1. 刑事证据，是查明案件真实情况的惟一手段。犯罪事件是已经发生过的事实，犯罪分子实施犯罪行为往往是在隐蔽情况进行的，公安司法人员除当场抓获到犯罪分子以外，是无法直接了解案件真实情况的。因此，要查明案件真实情况，唯一的办法是收集到能证明有关案件情况的一切证据，经过审查、判断和运用证据查明案情，使案件得到正确处理。

2. 刑事证据是正确适用法律的基础。查明案件事实靠证据，正确适用法律也要靠证据。在刑事诉讼中，无论对犯罪分子的定罪或者对其判刑，都要靠确实充分的证据。

3. 刑事证据是迫使犯罪分子认罪服法、接受改造的武器。在一般情况下，犯罪分子是不愿承认犯罪并甘愿接受惩罚的，但是，在确凿的证据面前，他们不得不认罪服法，接受改造。例如，周某某，男，23 岁，某皮鞋厂工人。平时伪装进步，多次被评为模范团干，并被列为发展入党对象。1983 年 5 月和同年 6 月，发现两封内容十分反动的挂钩信，经公安机关侦查，从周某某家中搜查出作案工具、反革命挂钩信底稿及其他证据。讯问一开始，他非但不承认自己犯罪，反而大骂公安人员侵犯了其人身权利，冤枉了他等等。当侦查人员摆出了他书写反信的底稿和适时地点明他借出差之机到某城市投寄的事实以后，他在证据面前不得不承认自己犯了反革命罪，并交代了反革命的动机和目的，表示愿意受到惩罚，接受改造。

4. 刑事证据是使无罪的公民免受刑事追究的根据。案件事实，既包括犯罪事实，也包括无罪事实，查明犯罪事实靠证据，证明被告人无罪也要靠证据。例如，某日晚上，某商店有甲、乙两名营业员值班。甲睡在售货厅后面的阁楼上，乙睡在货架与柜台之间。第二天一早，甲起床叫乙，发现乙血流满面，已经死亡。于是，就报告了公安机关。经勘验、检查发现，死者头部有钝

器伤，锁在抽屉里的一千多元现金不见了。门窗、抽屉均无撬压痕迹。公安人员问甲："你发现乙死了时，门窗是敞开的还是关着的?"甲说："是关着的。"有鉴于此，经再次问甲，甲承认是他将乙打死的，并说，作案后把凶器铁棍扔到了井里，把赃款趁半夜无人之机送给亲戚收藏。根据甲提供的事实，公安人员在水井里打捞凶器，始终没有捞到；又到甲亲戚家去取赃款，其亲戚说甲根本就没给过分文，致使侦查工作不得不重新开始。经深入调查，发现作案者是一个年仅十五岁的小孩，他承认，盗窃当晚，经过商店时见乙把一大堆钞票锁在一个抽屉里，于是就产生盗窃之心。当晚半夜，从家里带去羊角锄头和手电筒各一个，用锄头把门从门窝里撬出来，从门缝里挤了进去。伸手去从乙的衣兜去摸钥匙时，乙翻了个身，以为他醒了，就用羊角锄头猛砸他的头部，见他不动了，就用钥匙打开抽屉，把钱拿出来后又锁上，将钥匙放回原处（乙的口袋里）再从门缝里挤出来，用羊角锄头把门撬到门窝里，最后把锄头和手电筒一起扔到水塘里。后经重新勘验现场，发现门及门窝有被撬压的痕迹；在水塘捞出了羊角锄头，经其家长辨认，确属自己家的；缴获了赃款等。至此案情大白。再次询问甲时，甲说：我之所以承认杀死了乙，一是考虑当晚只有我和乙在这里，门是关着的，钱丢了，人死了，还能有谁呢？二是，我家中上有七十二岁的老母，下有未成年的子女，坦白好了可得到宽大处理，回家去养老抚幼。此案中的证据：一千多元赃款分文不少；作案工具羊角锄头、手电筒已查获；现场痕迹已提取并经过鉴定，这些既是认定小孩犯了杀人和盗窃罪的根据，又是使营业员甲免受刑事追究的根据。

5. 刑事证据是教育公民增强法律观念，积极同犯罪行为作斗争的好教材。对公民进行法制教育，是使公民增强法制观念、遵守法律积极同犯罪作斗争的最好形式，而充分确实的证据，又是法制教育的好教材。这些刑事证据，有的是赃款、赃物，如人民币，外汇券、存折，支票，电视机，收录机，电视机，自行车等；有的是现场勘验笔录，把犯罪遗留的物品、痕迹等收集起来，记录在案，经检验、鉴定成为确实的证据；有的是亲闻目睹的证人证言，有的是被害人陈述等。在刑事诉讼中，特别是公开审判活动中，公诉人据此控诉被告人的犯罪动机、目的、手段、情节，及对社会的危害等，使旁听公民认识到，任何狡猾的犯罪，都逃脱不了法律的制裁，从而懂得法律保护什么，反对什么，哪些事情可以做，哪些事情不可以做，使公民增强了法制观念，严格遵守法律，敢于同犯罪作斗争。同时，充分确凿的刑事证据，可以警告一些不稳定分子，使他们懂得，胆敢以身试法，必然遭到同样下场。从而预防和减少犯罪。

6. 刑事证据是改进工作作风，建立和完善管理制度，堵塞犯罪漏洞，预

防和减少犯罪的根据。司法实践证明，很多犯罪分子的犯罪行为之所以得逞，往往是由于一些单位的领导和工作人员思想麻痹、保卫制度不健全、管理措施不得力造成的。例如，在盗窃案件中，有的仓库的大量钢材被盗窃，该单位却一直未发现，当司法人员告诉该单位领导或工作人员时，他们不是积极清查、寻找原因，却是不予承认，经将查获的钢材及被告人的供述等证据摆出来后，在确凿的证据面前，才承认自己的失职；在贪污案件中，有的犯罪分子利用财会制度不严或贪污自己所管理的贵重物品，或贪污现金及销货款等；在玩忽职守、渎职案件中，除了犯罪人的主观原因以外，客观上也存在教育不严，管理不善等问题。在办理刑事案件过程中，经过侦查、调查收集到大量确实的刑事证据，是挖掘犯罪原因，改进工作作风，建立和健全管理制度，堵塞漏洞，预防和减少犯罪的重要依据。

第二章　刑事证据的种类

刑事证据的种类，也称刑事证据的形式，世界上大多数国家都有法律规定，但也有些国家在法律中没有规定。虽然没有法定的证据种类，但在司法实践中有些却经常被用来当作证据使用，自然形成了某些证据的表现形式。就是有法定的证据种类，各国的法律规定也不一样。现就以我国刑事诉讼法规定的证据种类为基础，分别对它们进行比较研究。

第一节　刑事证据种类概述

对于刑事证据种类的比较研究，主要是按照不同的法系、不同的国家、不同的法律规定和惯例进行的。由此，从中吸收其先进的、科学的成份，批判和扬弃消极的、落后的成份，以补充和完善我国法律，提高理论研究水平，为社会主义革命和社会主义建设服务。

刑事证据的种类，在英美法系国家中，没有成文法作统一规定，比较混乱。在司法实践中经常使用的有如下几种：被告人自白，证人证言（包括鉴定人的鉴定意见）、实物证据，书证和意见证据以及品格证据等。意见证据是指证人对有关事物分析、判断后的陈述。品格证据是指证明被告人品格善良或不善良的事实。在英国，书证包括文件证据，书面陈述和口头笔录。在证据种类中还有：1. 佐证，即在某些重要情节上确定另一证据真实与否的证据；2. 不在现场的证据（只能由被告方提出）；3. 正式承认；4. 辨认证据，即通过辨认确定被告人的证据；5. 录音证据。

大陆法系国家的刑事诉讼法则不同，一般都有关于刑事证据种类的规定，比较统一的有：实物证据，书证，被告人供述和辩解，证人证言，鉴定结论等。例如，《联邦德国刑事诉讼法》第 94 条规定有物证；第 96 条规定有书证；第 48 至第 53 条规定有证人证言；第 33、115、117 和 118 条规定有被告人的陈

述和辩解；第72条至第81条规定有鉴定结论和检查笔录。

日本，从广义上讲虽属于大陆法系，但其刑事诉讼法却吸收了英美法系国家和大陆法系国家如德国、法国等的刑事诉讼法的有关内容，因此，具有独特的特点。本书，将该国作为一个独立的具有混合式证据制度的国家进行研究。日本国，除了在法典中规定证据的种类有物证，书证，证人证言，被告人供述和辩解，被害人陈述，鉴定结论以外，还用专章的篇幅规定了证据的保全，如第一编的第十四章用专节的形式，规定了证据的概念、种类、收集和审查判断。这些内容不仅是英美法系国家刑事诉讼法所没有规定的，就是大陆法系国家的刑事诉讼法规定得也不及它全面。

《苏俄刑事诉讼法典》在通则中采用专章的形式对证据种类作了专门规定。例如，该法典第一编中的第五章中规定：证据的种类有："证人的陈述，受害人的陈述，犯罪嫌疑人的陈述，刑事被告人的陈述，鉴定人的意见，各种物证，侦查行为和审判行为的笔录以及其他文件。"从这一规定可以看出，无论与英美法系国家、大陆法系国家相比，还是与日本国相比、法律对证据种类的规定内容更丰富、概念更明确。例如，该法典第83条规定："凡是供犯罪所用的工具，或者保留着罪迹的或曾为犯罪行为对象的物品和犯罪所得到的钱款与其他贵重物品，以及一切可用作发现犯罪的手段、判明案件实际情况、查明犯罪人或反驳对于刑事被告人的控诉或减轻其责任的其他物品，都可作为物证"第77条规定："刑事被告人有权就对他提出的控诉，以及对他所知悉的关于案件的其他情况和现有证据，作出供述。""刑事被告人自己承认有罪，只有在案件现有证据的总和已经证明这种自认的时候，才能作为控诉的根据"。

我国立法机关，在总结本国几十年司法实践经验的基础上，吸取了外国刑事诉讼法中有关证据种类的合理因素，规定了刑事证据的种类共有七种："（一）物证、书证；（二）证人证言；（三）被害人陈述；（四）被告人供述和辩解；（五）鉴定结论；（六）勘验、检查笔录；（七）视听资料。"并规定："以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。"由此可见，我国刑事诉讼法并未规定"意见证据"、"品格证据"等作为证据种类。因为，"意见证据"是证人根据他耳闻目睹的事实所作的分析、判断性的意见。一方面是，这种判断不一定符合客观实际；另一方面是，这种判断应由公安司法人员作出而不应当由证人作出。"品格证据"是证明被告人的品格好坏的，虽然品格好坏对被告人犯罪有一定的影响，但是，不一定起决定性的作用，二者之间不存在必然的因果关系。例如，被告人比较自私，这与他犯强奸罪无因果关系。我国刑事诉讼法规定的证据种类与《苏俄刑事诉讼法典》规定的不完全相同。例如，我

国刑诉法将“物证、书证”规定为一种证据，而《苏俄刑诉法典》却把“物证”和“文件”规定为两种证据。《苏俄刑诉法典》规定有“犯罪嫌疑人的陈述”，而我国刑诉法则无此规定。《苏俄刑诉法典》只规定了“被告人的供述”，而我国刑诉法却规定了“被告人的供述和辩解”。总之，我国刑事诉讼法规定的证据种类不是抄袭任何国家的，而是根据我国的刑事诉讼实际的需要和我国的具体国情制定的。

第二节 物　证

一、外国有关物证的理论和法律规定

外国的刑事诉讼法学者认为，物证是以其存在、形态和性质证明待证事实的物品。物证不仅包括无生命的物体，如凶器、赃物等，而且包括有生命的人的身体，人身上的伤痕，断肢和人体的高矮，体重，血型以及生理缺陷等。有的国家证据法规定，实物可作为证据，实物的照片、模型、图片等也可以作为物证。我们认为，这些不应当属于物证，而应当属于勘验、检查笔录的一部分。因为这些照片、模型、图片等是对实物证据的固定。

第一，在英美法系，有的国家如英国，物证被称为“实物证据”，也被称为“指示证据”或“客体证据”。收集和固定物证的方法，通常有现场勘查，搜查扣押，勘验，检查，现场照相，空中摄影，摄制电影片，制作图表，模型等。为了审查实物证据，重要物品要交法庭或陪审团检验，如被用来杀人行凶致伤的刀子。如果原告声称其遭受了身体伤害，法庭一般都要检查原告所受的伤情，以便对其轻重作出估价，从而确定损害赔偿金额。

第二，在大陆法系国家，物证也被称为“实物证据”。由于这些国家有成文的刑事诉讼法，因此，对证据的收集，保全，提取都有某些规定。例如，《联邦德国刑事诉讼法》规定，收集刑事证据时可以检查被告人的身体，测量他的身高和体重，还可以给被告人照相等；对被害人的伤痕也可以进行检查；对被告人和被害人均可以依法进行抽血检查；对妇女身体可以指定一名妇女和一名医师进行检查，根据被检查者的请求，可以允许另一名妇女或她的一名亲属进行检查（第 81 条）。对尸体应由审判官陪同两名医生（其中一名是法医）进行解剖（通常是头部、胸腔、腹腔等）（第 87、89 条）。为了收集物证，对可能有证据意义的物件或者依法可以没收的物件实行扣押，提取或加以封存；

对于以被告人为收件人的包裹，许可在邮局进行扣押；对其他能提供犯罪线索的物件，应当暂时扣押（第94、99、108条）；对于提取保管或扣押的物件应当一一列入清单，并用官方印鉴或者其他适当方式标识，以免混淆（第109条）；对于被疑为主犯、共犯或者受贿的犯人，为了逮捕他，或者推测如果实施搜查可能发现证据材料的时候，可以搜查他的住宅、房舍、他的身体和属于他的物件；为了逮捕被告人或者为了取得犯罪证迹；或者为了扣押一定的物件，并且根据出现的事实，足以断定被搜查的人、证迹和物件，都在要搜查的房舍内时，即使是被告人以外的人所有的，也可以进行搜查；根据被搜查人的请求应当给予有关提取保管或扣押物件的清单，如果没有发现任何嫌疑，可以给予这样搜查结果的证明书（第102、103、107条）。

第三，日本刑事诉讼法规定，为了发现犯罪事实，司法官员可以实施勘验。勘验可作检查身体，解剖尸体，发掘坟墓，毁坏物件或其他必要的处分。为了发现罪证，可以对妇女身体进行检查，检查应有医师或成年妇女在场（第131条）。为了收集证据，司法官员可以对被告人和被告人以外的其他人的身体、物品或住所或其他场所进行搜索（搜查）；搜查应依照法定程序进行（第102、107条）；对于可以作为物证的物品（包括邮条），除法律有规定的以外，可以实行扣押（第100至103、105件）；扣押应依照有关规定进行（第107、108、110条，扣押时应开列清单，交给该物品的持有人、所有人或保管人或可以代理他们的人，不便搬运或保管的扣押物可以设置看守人，或在得到所有人或其他人的承诺后，使其保管；有可能发生危险的扣押物品可以毁弃；可以没收的扣押物，有可能消失或损坏，或者不便于保管的，可以出卖后保管其价金（第120至122条）。

第四，《苏俄刑事诉讼法典》对物证的定义作了明确规定，这是英美法系国家所没有的。例如，该法典第83条规定，物证是供犯罪所用的工具，或者保留着罪迹的或曾为刑事被告人犯罪行为的对象的物品和犯罪所得到的钱款与其他贵重物品，以及一切可用作发现犯罪的手段、判明案件实际情况，查明犯罪人或反驳对于刑事被告人的控诉或减轻其罪责的其他物品。从这一定义可以看出，物证主要是犯罪的痕迹，留有犯罪的指纹、脚印、牙印的物品，血液，唾液，赃款，赃物或者丢在房屋外面的物品以及其他有关物品（武器、破坏工具、交通工具等）。

《苏俄刑事诉讼法典》对收集、保存、提取物证也作了某些具体规定。例如，第178至182条规定了勘验理由（目的），程序；检验的理由（目的），程序；勘验和检验笔录的内容。第168至170条规定了搜查与犯罪有关的房舍或

其他住所的理由（目的），程序；第 172、173 条规定了搜查人身和外交机关房舍的理由、程序。第 175、176 条规定了扣押财产的理由、对扣押财产的保全措施和笔录的要求；第 174 条规定了扣押邮件的具体做法和程序。该法典对收集、提取、保全每一种刑事证据的措施规定得比任何国家都具体、详细。例如，根据《苏俄刑诉法典》第 175 条规定，扣押财产的目的是为了保证民事诉讼或财产的可能没收。扣押财物的范围只能是刑事被告人、犯罪嫌疑人或对于他们的行为依法应负有物质责任的人或者保存犯罪所得财产的其他人等所有的财产。关于扣押财产的程序和手续，法律规定，侦查员应作出说明理由的决定。对于设定扣押的财产，应当依照该法典第 169、170 条的规则作成目录。所作成目录中的财产，应该向证人和其他在场人出示。对刑事被告人和受他抚养人的物品不得扣押。关于对扣押财产的保存，该法典第 175 条规定，已经扣押的财产，依照侦查员的酌定，可以移交村镇劳动代表苏维埃执行委员会的代表或房屋保管处，或此项财产的所有人或其亲属保管，或移交其他人保管，移交时应当向他们说明对此项财产的完整无损应负的责任，并取得他的签名为证。必要时，对已经扣押的财产可以加以没收。扣押存款的时候，应当停止对该项存款办理任何银行业务。没有继续采取扣押财产措施的必要时，应由侦查员作出决定，撤销对于财产的扣押。关于对扣押财产的固定，该法规定了依照第 141、142 条规定作成笔录。在笔录中，应当记明已向在场人员说明该法典第 169 条规定的权利和证明他们所作的声明。

二、物证的概念和意义

何为物证？我国法学界有不同的看法。有的认为“物证是指证明案件真实情况的实物、痕迹。”有的认为，“物证是能证明案件事实的物品和痕迹。”也有的认为，“物证，是对查明案件真实情况有意义的有证明作用的物品或物质痕迹。”大多数学者认为，物证是指能够据以查明案件真实情况的一切物品或痕迹。上述这些观点，大同小异，内容基本一致，无非是包括两个方面：（1）从物证本身的表现形式看，不外乎是物品和痕迹；（2）从物证与案件的关系看，不外乎是对案件真实情况有证明作用。因此，我们认为，物证就是能证明案件真实情况的物品和痕迹。

物证具有什么特征，即它以什么特征对案件起证明作用，我国法学界也有不同看法。有的认为，物证“以物质形状、性质等外部特征证明案件事实。”有的说，“物证是以它的存在及其外部特征和性质来证明案件一定事实的。”也有的认为，“物证是以其存在和外部特征对案件起证明作用的。”还有的认为

“物证是以它的存在情况、形状、数量、特性等来证明案件事实的。”茅彭年同志认为，“物证是以其外部特征或内容来证明案件事实的。”

上述各种观点都有一定的道理，但是，也有欠全面的地方。我们认为，物证是以其外部特征（包括形状、大小、质量、颜色及新旧程度等）、物理性质（包括质量、特性、成分、结构等）和存在的形式（包括位置等）等证明案件真实情况的。用作物证的任何物品和痕迹等无不是以其外部特征、物理性质和存在形式对案件起证明作用的。一般来讲，物证的外部特征、存在形式比较明显，大部分无需进行科学鉴定或检验就能鉴别对案件能否起证明作用。但是，对于物证的物理性质，却一定要进行科学鉴定、检验等活动，才能判明能否对案件起证明作用。因为，物证的证明作用，一般比较客观、科学、即使人为地伪造、破坏等，也难以改变其本质特性，有时甚至适得其反，在伪造过程中又留下了新的罪证。

作为物证的物品和痕迹等是很多的，为了理论研究的方便，不少学者对其进行了归类，有的归纳为四类：(1) 犯罪工具，如杀人凶器，盗窃用的万能钥匙等；(2) 实施犯罪行为时遗留的各种痕迹，如在犯罪现场留下的脚印、指纹等；(3) 犯罪的对象，如赃物、赃款、他杀尸体等；(4) 其他可供揭露犯罪和查获犯罪人的一切物品和痕迹，如犯罪现场留下的烟头、帽子、鞋子等。有的把物证归纳为五种，除上述四种以外，还增加了“犯罪现场留下的其他物品。”还有的把物证归纳为六种，即在上述四种以外又增加了“(5) 犯罪引起的各种危害后果。如烧毁的物品、房屋情况毁坏的机器、仪器等；(6) 犯罪人掩盖罪行，在犯罪过程中或犯罪后伪造的现场、毁灭、伪造、隐匿的物品、痕迹等。”我们基本同意将物证归纳为四类的观点，因为主张增加的一种或两种物证，都可以直接归纳到“其他可供揭露犯罪和查获犯罪人的一切物品和痕迹”中去，无需再作更详细地划分。由于物品和痕迹等实在太多了，就是作为物证的物品和痕迹也是品种繁多，应有尽有，因此划分得再详细、再具体也难以囊括无遗。同时，也没有必要，过于详细倒显得庞杂、不明确，甚至会失去归纳的实际意义。

有的外国学者认为，运用摄影机械或其他方法所作的复制品也是物证，如对现场拍摄的照片、对脚印作的石膏模型等。我们认为，犯罪现场照片是勘验笔录的组成部分，模型是固定物证的一种方法，它本身不是物证。

物证在刑事诉讼中具有很重要的作用，因此，我国刑事诉讼法把它列为证据种类之首，这是我国法学界一致的认识。但是，它的重要意义表现在哪些方面，则是众说不一。有的认为，物证的意义表现在两个方面：(1) 物证可以帮

助司法人员了解有关犯罪的性质、方法、手段以及犯罪分子的身份等情况，以便正确地确定侦查和调查方向；（2）物证可以帮助司法人员正确判断其他证据，特别是言词证据的真伪，以便正确地运用证据认定案件事实。有的认为，物证的意义除上述两个方面以外，对于顽抗的被告人，物证还是揭露其狡猾抵赖，摧毁其侥幸心理的有效武器。关于物证在刑事诉讼中的意义，我们认为有如下几点：

1. 物证是公安司法人员借以破获案件的重要依据。司法实践中，很多刑事案件的侦破和犯罪分子的被抓获，都是由于收集到了物证起证明作用的。例如，有的是在被告人家中发现的赃物、赃款；有的是在犯罪现场发现指纹和脚印等，侦查人员借助这些物证进行调查、分析研究，查获犯罪人和犯罪事实。又如某单位保险箱被盗，现场上只发现比小米粒还小的几个金属颗粒，经鉴定证明是由一种特殊钢钻钻成的，据调查这种钢钻在某市只有一家工厂所有，且该厂会使用此钻的人只有5名工人，经摸底排队很快就查获了真正犯罪人。

2. 物证可以独立地使我们推断出犯罪的性质和犯罪人的身份等情况，这对于确定侦查方向，明确调查范围极为有利。例如，现场上发现一具裸体女尸、尸体上有伤痕、大腿部位有精斑，地上有搏斗痕迹，这一切都表明该案的性质是强奸杀人。在爆炸案件中，根据现场上收集到的引爆装置及被炸遗留物，可以推断出犯罪分子是懂得爆炸知识、掌握爆炸装置、有条件接触炸药的人。

3. 物证是鉴别其他证据，特别是言词证据真伪的试金石。由于物证是犯罪分子作案时造成或遗留下的，其客观真实性是比较强的，因此，可以用物证审查其他证据，特别是被告人供述和辩解、被害人陈述、证人证言等的真伪及可靠程度。例如，被告人甲供述他偷了乙家的现金1，500元和四喇叭收录机一台，根据甲的供述，侦查人员从甲家饼干盒里取出了1，500元现金，又在其床下找到四喇叭收录机一台，这些赃款和赃物，足以证明被告人的口供是真实的，并且可以作为定案的根据。

此外，物证还是有和其他证据一样，对于迫使被告人认罪服法、对广大公民进行法制教育等具有重要意义。

三、物证的收集

（一）收集物证的方法

收集物证，要讲究一定的方法，否则，同样的物证，在同等条件下，讲究方法就收集得到，收集得全，并且合乎法律要求；而不讲究方法，就收集不

到，或者收集不全，甚至违背法律规定，不能被作为证据使用。

收集物证的方法有哪些？我国法学界的观点不尽相同。有的认为，收集证据的方法是：现场勘验，搜查，向群众进行调查这三种；有的认为，收集证据的方法有：勘验，检查，搜查，扣押及群众提供等。我们认为，后者的论述比前者全面、正确。从法律规定和司法实践来看，对物证的收集，主要有以下六个方面：

1. 现场勘验。

勘验，是侦查人员对与犯罪有关的场所、物品和尸体进行的调查研究活动，它是收集物证的一种很重要的方法。通过它可以收集到大量的物证，但是，必须注意保护好现场。因为犯罪现场是反映犯罪和分析犯罪活动最直接的场所，是获取证据，揭露犯罪最重要的地方，因此，要保护好现场和及时、认真地对现场进行勘验。勘验现场，由侦查人员进行，必要时，在侦查人员指挥下由专门人员进行。但必须持《刑事犯罪现场勘查证》，并邀请与案件无关的见证人在场。勘验中凡是能作为物证的，该提取的提取，不能提取的也要用拍照、绘图或制作模型等方法加以固定。

2. 检查。

检查，是对活人进行的。为了确定被告人、被害人及证人等的某些特征、伤害情况或者生理状况，对人身进行的检验和查证活动。通过检查，还可以查获犯罪工具、赃款、赃物等物证。但是，在检查中要依法进行。检查妇女的身体，应当由女工作人员或者医师进行，检查被告人，如果其拒绝检查，侦查人员认为必要时，可以强制检查。检查时，还要依法制作笔录，最后由参加检查的人员签名或盖章。

3. 搜查。

搜查，是侦查人员对有关的人或场所进行搜索检查的活动。根据刑事诉讼法第 79 条的规定，为了收集犯罪证据，查获犯罪人，侦查人员可以对犯罪人以及可能隐藏罪犯或犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关地方进行搜查。由此可以看出，搜查分为人身搜查、住宅搜查和露天搜查三种。进行人身搜查时，应站在被搜查人的背后，由上往下进行，特别注意搜查武器、凶具、毒药和其他可供行凶的器具。然后搜查人身比较隐蔽、可能隐匿罪证部位（衣角、口袋等）。对住宅进行搜查，应当在房屋进出口处派人警卫，不许进行搜查以外的人离开或随便走动，需要离开或走动时，要经侦查人员批准。对被搜查的人员应严加监视，防止他们转移、隐匿或破坏被搜查的物品。搜查中，还要特别注意发现秘密处所，如地板、天花板、墙缝、箱柜夹层等部位。搜查一

定要依法进行，搜查前出示搜查证（执行逮捕、拘留时例外）。搜查时要有被搜查人或者其家属、邻居及其他见证人在场，搜查妇女由女工作人员或者医师进行，搜查后要依法制作笔录，并开列清单。对露天场地（菜园、水井、厕所、垃圾堆等）进行搜查，应事先了解好地形、采取分段划片依次进行的方法。特别要注意的是，对那些隐蔽处、有异常现象的地方，如某个角落、新翻的泥土、物品的放置位置不合情理等地方要进行认真搜查，从中发现和提取物证。

4. 扣押。

扣押物证，是指司法机关暂时收押和扣留与案件有关的物品（包括书证）的一种诉讼活动。扣押物证、书证通常是在勘验和搜查过程中进行的。有关单位或个人主动交出的对查明案件有意义的物品、文件，也应当依法扣押。根据侦查的需要，对被告人的邮件、电报等也可以检交扣押。根据刑事诉讼法第84至87条的规定，只能扣押与案件有关的物品、文件，对于明显与案件无关的物品、文件，一定不能扣押。对于必须扣押的物品、文件，应当依法当场开列清单一式两份，由侦查人员、见证人和物品持有人签名或盖章后，一份交持有人，一份附卷备查。

5. 讯问被告、询问证人和被害人。

由于犯罪分子妄图隐瞒罪行，因此，常常把与犯罪有关的物品、文件隐匿起来，通过讯问被告人可以得知它们的去向，获取物证。通过询问被害人、证人也有可能收集到物证。例如，在强奸案件中，被害人在与犯罪分子的搏斗时抓下了犯罪的扣子、头发、布条等，通过询问被害人可以收到这些物证。有的证人可能握有物证，如证人捡到了犯罪分子作案后畏罪潜逃时丢掉的鞋子、帽子、信件等，通过询问证人可以收集到这些物证。

6. 向有关单位和个人进行调查。

司法实践中，有的犯罪分子将盗窃的赃物、赃款藏匿在别人家中，或把赃物让别人销售，自己销赃等，通过公布案情、发动群众揭发和深入调查，可以从一些单位或个人那里得到物证。

（二）收集物证的要求

物证的收集，是关系到物证是否真实、对案件能否起证明作用的重要环节，因此，对如何收集物证，必须有严格的要求。具体要求，有以下三点：

1. 收集物证必须及时。

收集物证之所以要及时，是因为有些物证可能因为自然条件的影响而模糊、变样或消失，如雪地上的脚印会消融，露天现场的痕迹会被雨水冲掉，尸

体会腐烂等；有些物证因为人为的作用而起变化。人为的原因不外有两种：一种是被人们无意毁坏，如道路上的物品被他人移动，痕迹被清扫；另一种是犯罪人的故意破坏、转移或隐匿，如烧毁血衣、转移赃物、破坏痕迹等。司法实践中，有的案件往往由于没有及时收集物证，致使时过境迁，查不清案情。鉴于上述理由，对于有现场的案件，应当立即派员赶赴现场进行勘验和调查；应当搜查、扣押、检查的，要及时进行搜查、扣押和检查，以便收集到物证。

2. 收集物证必须细致。

由于有的物证可能是体积很小或痕迹不清晰，或被其他物品覆盖；有的物证因犯罪分子的故意隐匿、伪装或破坏而不易被发现；有的物证不易被看出与案件有关系而被办案人员忽视或放过，因此，收集物证一定要细致。对于细小、不易被发现的物品和痕迹，如烟头、钮扣、指纹等都要收集到。例如，侦查人员在杀人现场发现一个烟头，经察看是用手工卷制而成的，打开来看，发现烟纸是其饮食店的残废发票，经化验烟纸上附着的唾液与该店某服务员的血型相同，根据这一线索，深入侦查，终于查获到了凶手就是该店某一服务员。

3. 收集的物证必须是真实的。

所谓真实，是指收集到的物品、痕迹与犯罪有客观联系。要做到这一点，一方面不能将疑似真实的物品或痕迹当作真实的物证加以收集，而对真正的物证没收集到；另一方面，不能用代用品或类似品相代替。例如，有的办案人员把貌似相同，大小相近，型号一致的物品当作物证，这是违背收集物证必须真实的要求，不能作为证据。

4. 必须注意使用科学技术方法进行收集。

物证，特别是物质痕迹不用科学技术方法发现不了，有的发现了提取不到。例如，无色指纹、被擦过的血迹等，只能通过紫外线、红外线或药物使其显示以后，才能提取得到。物品也是这样，对于物品的性质非用科学的鉴定方法不可，否则是无法确定物品的性质。实践证明，很多物证是通过刑侦技术进行收集的。

四、物证的固定和保全

（一）物证的固定

物证的固定，主要是指采用一定的技术手段提取或制作收集物证的笔录、绘图模型、照片等活动。

对于与案件有联系的物品，应当首先提取或扣押，然后依法制作笔录、开列清单加以固定。对于无法提取或扣押的大型物品，可以进行拍照或封存，并

通知有关人员妥善保管。对于与案件有关的痕迹，一般采用拍照、录像静电仪或石膏模型等方法加以固定。对于物证的固定，应当依照刑事诉讼法第 71、73 - 76、79 - 81 - 87 条的有关规定进行。

（二）物证的保全

物证的保全，就是将用作证据的物品和痕迹固定后妥善加以保管和封存的活动。保全的方法主要有：

1. 一般物证，如凶器、血衣、有精斑的衣裤等，要妥善保管，至少保存十五年，并开列清单、贴上标签、注明年度和档案号等。

2. 对于缴获的赃款、赃物，要妥善保管，严禁私分、变卖、调换和挪用，待判决后分别作出退还失主或上缴国库的处理。

3. 对一些特殊物证的保全和处理，要根据不同的情况，采取不同的方法。对于体积大、笨重不易搬动的物证，将拍制成的照片保存好，并注明实物存放的地点即可；对易损坏、消失、变质的物证，将复制的模型、照片、绘图、记录等保存好后，迅速处理好这些实物，如尸体尽快火化，伤痕及时治疗，贵重药材交有关部门销售等；对于易燃、易爆物品，将照片、鉴定结论等保存下来，把实物交有关部门处理；对于缴获的枪支、弹药、毒物等，将照片及鉴定结论等保管好，然后把原物交有关部门保存。

4. 对于黄色书刊、淫秽照片画等，收集证据时一经发现，不论属何方所有都应当收缴，收缴后需要用作证据的由专人保管，不准扩散。即使在法庭审判中，也不准当庭出示。结案后，要在专人的监督之下销毁，并在原案卷中载明。

从以上说明，物证的保全在刑事诉讼中很重要，但是，在司法实践中有的同志不注意对物证的固定和保全，致使有的物证被丢失，有的变质，有的甚至被挪用，给审判工作带来麻烦。例如，有一杀人案，由于未保管好物证，即把凶器菜刀丢失了，因为审判工作的需要，有人便拿了一把式样、形状、大小等差不多的菜刀在法庭上向被告人出示，被告人一眼看出不是原物，当庭否认持此刀杀人，致使审判活动处于被动，不得不休庭，宣告延期审理。

需要说明，刑事诉讼中物证的保全同民事诉讼中物证保全不同。第一，有权保全物证的机关不同。民事诉讼中有权保全物证的机关，只是人民法院；而刑事诉讼中有权保全物证的机关是除包括人民法院之外还包括人民检察院和公安机关。第二，保全物证的诉讼性质不同。民事诉讼中的保全物证属于调查审判性质；而刑事诉讼中的保全物证既有调查审判性质，又有侦查性质。第三，诉讼当事人在诉讼保全中的地位不同。在民事诉讼中，保全物证的活动通常是

诉讼当事人将本身所有的物证提交法院或在对方当事人手中的，要求法院对有利于自己的物证加以保全；刑事诉讼中，物证的保全活动主要由公安司法机关进行，当事人无权参与此项活动。

五、物证的审查判断

物证的审查判断，是指办案人员对收集来的物品和痕迹进行分析研究、鉴别真伪，找出它们与案件事实之间的联系，从而证明案件真实情况的一种诉讼活动。

物证，是一种客观性、真实性很强的证据。但是，由于物证有时也可能被伪造、隐匿或销毁等，加之收集时可能将貌似与案件有联系，实际并无联系的物品、痕迹收集来了，或者收集不合法，以及在固定、保全中可能有差错，因此，对物证也要进行审查判断。

（一）如何审查判断物证

对于物证的审查判断，我国法学界有的认为，必须从两方面进行；有的认为，应当从三个方面进行。我们认为，可从如下三个方面进行：

1. 审查物证是否被伪造。

物证能对案件起证明作用，司法人员懂得，犯罪分子也清楚，因此，在许多情况下，犯罪分子为了逃避惩罚，首先是伪造物证，或者伪造现场，毁灭物证；或者是栽赃陷害、嫁祸于人等，特别是在杀人、抢劫、盗窃等案件中，显得更为突出。例如，有的犯罪分子把人勒死后又用绳子将尸体吊在树上，伪造自杀现场；有的杀人碎尸，企图毁灭证据；有的穿着别人的鞋去作案；有的把杀人的凶具丢在别人家中；有的把赃款、赃物隐藏在别人房内等等。对于这些物品、痕迹当然要收集，但是，是否能作为定案的根据，作为认定谁作案的根据，要进行审查和判断，经过进一步调查，达到去伪存真、搞个水落石出的目的。不能把他杀当成自杀，更不能张冠李戴、冤枉无辜。

2. 审查物证的来源。

物证的来源，是指物品和痕迹来自何时、何地、何人以及取得的方法等。物证的来源是否合理、客观、正确，决定了物证是否真实，能否作为定案的根据。因此，对于物证的来源要进行审查判断。一般来讲，及时地从犯罪现场取得的原始物证比事后很长时间从别的地方发现后增补的，抄录的，甚至是刑讯逼供后取得的客观、真实。

3. 审查物证与案件事实有无客观联系。

凡是与案件事实有客观联系的物品或痕迹，就是该案的物证，否则，就不

是该案的证据。例如，经审查提取的脚印、指纹与犯罪事实有关，它们就是该案的物证，否则，就不是物证。又如，被告人被控告犯了杀人罪，因为在他床下发现一件血衣，并依法进行了收集，但是，经过对血衣上的血进行化验，验出该血不是人血，经调查得知，该血衣是他前几天杀狗时沾上的，从而认定该血衣不是杀人物证，与案件没有联系，因此，不能作为认定被告人犯了杀人罪的证据。

（二）审查判断物证的方法。

审查判断物证是否真实，方法是多种多样的，但归纳起来，主要的有如下几种：

1. 通过辨认进行审查物证。

需要进行辨认的有很多情况，有的为了查明无名尸体是谁，有的为了确定现场上的物品或痕迹是谁的，是怎样留下的，是哪里制造或生产的等等，都需要请有关的人员，如被害人、知情人（包括物品所有人或了解情况的人）、被告人等，进行辨认。辨认的方法，通常是：(1) 把被辨认的对象与其型号、外部特征等相近似的物品混在一起让辨认人进行辨别和指认；(2) 把被辨认的物品、痕迹或尸体摆在辨认人面前，让其指明它们的所有权、来源、或尸体是谁；(3) 让被告人在说明该物特征的前提下，出示物证让他辨认，或在法庭上，或在预审中，这也是审查物证的一种方法。

2. 通过鉴定、勘验进行审查物证。

很多物品或痕迹，究竟是否与案件有关，是否真实可靠，仅凭办案人员的直观观察是无法确定的。在很多情况下，必须指派或聘请专门人员进行鉴定、检验或者检查才能确定。例如，在犯罪现场收集到了血迹，那么，这血是人血还是其他动物的血？是人血的话，是被告人的血还是被害人的血，还是别人的血？要查明这些情况，惟一的办法就是请专门人员进行鉴定。又如，对现场上的脚印、指纹，要查明是谁留下的，也要进行鉴定。同理，为了确定死者的死因、是自杀还是他杀等，必须对尸体进行检验、解剖等，这些鉴定，检验，检查等，都是审查物证是否真实可靠的重要方法。

3. 把物证与其他证据联系起来分析对照。

任何犯罪活动都会在客观外界留下很多证据，证据与证据之间又有相互的联系，因此，在审查判断物证时，必须把它同其他证据联系起来，通观全局进行分析。如果物证是真实可靠的，它与其他证据证明的情况就会一致，否则，就不一致。例如，侦查人员在犯罪现场收集到一把带血的匕首，经化验证实，该匕首上的血与被害者的血型相同。死者胸前的两处伤，经检验认定为锐器

伤，伤口长度与匕首宽度相符，由此断定该匕首就是杀人凶器，可以作为定案的根据。如果死者的伤口为钝器所致，该匕首就不可能是此案的物证。

第三节 书 证

一、外国有关书证的理论和法律规定

什么叫书证，书证包括哪些内容以及书证有什么特点等，各国法律规定不尽相同，法学界对书证理论也众说不一。

在英美法系国家，书面证据被称为“文件证据”，系指以文字或数字作成的书面字据，其内容与审判中之争点有关而重要之证据。有些国家的刑事诉讼法把书证分为三种：文件证据，书面陈述和口头笔录。文件证据，以使用原件为原则，抄件、影印件、对文件的转述等第二手材料，只有在下列情况下，才能被采纳为证据：(1) 原件已毁坏，或经认真寻找而不能复得，或者难以提交法庭，如墙上或墓碑上的字迹；(2) 原件在对方手中，经通知对方，仍拒绝交出；(3) 原件在第三人手中，而第三者不在审判管辖范围之内并拒绝交出文件，或虽在管辖范围之内，并已收到证人传票，但根据有关特权的规定拒绝提交；(4) 原件是公共文件或官方文件，而法律或法庭规则允许以第二手材料代替；(5)《1951 年证据法》第 14 条规定，任何书籍文件如果具有公共性质，保管良好，只要交出即可采纳为证据时，虽然法律并未规定其内容可以用复制件加以证实，但其内容可用经过检验的复制件（即由证人提交的复制件，证人附誓作证他将复制件与原件作过比较，证明复制件无误）和经过证明的复制件（即从负责保管的官员签字证明无误的复印件）加以证实。

书面陈述，是指证人在法庭外以上述形式提供的证言。证人作证必须到庭作口头陈述和接受询问，但符合下面条件的书面陈述，可以作为证据：(1) 有证人亲自签名，而且声明真实，如有虚伪陈述，愿负伪证责任；(2) 应事先将证言材料交对方当事人，经同意后，才作为证据；(3) 如引用其他文件，必须同时附送原件。

口头笔录，是指证人在法庭上所作的证言笔录。法庭笔录由书记官制作，由证人和法官签字。除重病、死亡、作证后患精神病、在国外等原因外，证人尽可能到庭，以便接受交叉询问，特别是所控之罪行有变化时，更应该让证人有可能接受交叉询问。

书证的真实性需要证明，特别是真实性发生争议时，更要证明。公文不需要证明，私人书证需要下列人员证明：(1) 原书写人证明；(2) 文书书写时在场或者熟悉书写笔迹的人作证；(3) 由鉴定人鉴定笔迹并签字。

公文记录、主管官员提出的副本可以代替原本。高级行政官员发布文告，盖有印章的文件，政府部门列入印刷品的记录材料，都可以作为书证，不需要另外证明。

大陆法系国家的刑事诉讼中，书证仅指以其记载内容能证明案件事实的书面材料。刑事诉讼法对书证的收集、保全、运用等作了某些规定。《联邦德国刑诉法》第 99 条规定，对以被告人为收件人的书信和电报，许可在邮局或电报局进行扣押；如果根据所存在的事实可以断定这些书信和电报是被告人要寄发的或者是要寄发给被告人的，其内容对于侦查确实重要时，也可以在寄发的地点进行扣押。第 102 条规定，为了收集书证，可以对犯罪分子的人身、住宅、房舍等进行搜查。第 108 条规定，审判官有权检查被搜查人的文件；其他官员只有在文件保管人的允许下，才有权检查所发现的文件，否则，他们应当把认为要检查的文件装入纸袋，在文件保管人在场时，加以封缄，盖上官方印鉴，然后交给审判官；发现文件与犯罪行为有关时，审判官应通知检察官。《法国刑事诉讼法》第 94 条规定，为了收集书证，可以对被告人的住所、和其他人的住所进行搜查；第 97 条规定，对作为刑事诉讼证据的文件可以全部扣押，立即编入清单并盖章封存。

在日本刑事诉讼中，凡户籍副本、公证书副本及其他公务员证明公务事实的书面材料，商业账簿，航海日志及其他在通常业务过程中所写的书面材料，在特别可以信赖情形下写成的书面材料，都可以作为书证（日本刑事诉讼法第 323 条)。关于书证的收集方法，如搜查（搜索)、扣押、查封等该法典都有规定。例如，第 100 条规定，对于由被告人发出的或寄交给被告人的关于电报的文书，而由管理通信事务的官署或其他人保管或持有的，可以将其查封，或使他们交出。第 310 条规定，经法院允许，副本可以代替原本。双方当事人都可以向法庭提出，但只有经过调查属实之后，才能作为证据使用。

在苏联刑事诉讼中，书证包括侦查和审判行为的笔录和其他书面文件。把侦查和审判行为的笔录当作证据的一部分，这是世界上任何国家刑事诉讼法所没有规定的。侦查、审判笔录是侦查员、调查人员、检察长和法院对勘验、检查、提取、搜查、拘留、提供辨认和侦查实验等侦查、审判活动的程序、进程和结果所作的书面文件（《苏联刑事诉讼法典》，第 87 条)。其所以把行为当作书证，是因为它把刑事证据和在证明中使用刑事证据的结果都固定和保存在卷

宗之中；它本身又能使人断定作出诉讼决定的理由和表明根据笔录所作的结论的正确性。为了使笔录能够反映在侦查和审判活动中所判明的事实活动情况，《苏俄刑诉法典》第102、141－142、176条对于笔录的制作，由谁来制作，详细程度，谈话的内容，制作附件的方法，判断笔录的内容是否符合客观实际以及签名等等，都作了明确规定。

其他文件，是相对侦查和审判行为的笔录而言的。它是指除了侦查和审判活动笔录以外其他证明案件情况的文件。这些文件既包括犯罪嫌疑人工作单位提供的鉴定书，也包括机场调度人员同失事飞机上乘务人员的谈话录音；还包括：字据、检查报告书、各主管部门的考察报告以及身份或年龄的证明文件。

其他文件与侦查和审判行为的笔录虽然大致相同，但也有不同的地方。相同之处表现在记载对案件有意义情况的方法相同；不同的在于二者的制作程序、列举的要素、内容的形式和方式、意义以及有权制作它们的主体。

苏俄刑事诉讼法典规定了收集其他文件的方法有：提取、搜查、扣押和勘验（第167、168－171、175、178条）。该法典还对搜查的理由（目的）是为了发现和收取对于案件可能具有意义的文件，要有在场人员参加提取和搜查，并对提取和搜查的程序、文件的范围等都作了明确规定，且具体详细，这是任何国家的刑事诉讼法所没有的（第169至171条）。

二、书证的概念及意义

（一）书证的概念

什么是书证？我国法学界有不同的看法，主要有三种：(1) 书证是证明案件事实的书面文件。这是一种传统概念，他们认为："书证是对于案件事实有证明意义的文件，它是以文字或符号所表达的内容来证明案件事实的书面文件。"这种观点所说的书证的概念，包括的内容失之过窄，因为"书面文件"只能包括公文、信件等，它不能包括证明案件真实情况的其他书面材料。例如，反革命标语、传单、被涂改的账本、单据等。(2) 书证是证明案件事实的书面材料。这种提法虽说与第一种提法相近似，只不过把"文件"改成了"材料"。但是，已把书证的范围扩大了。例如，他们说："书证是以内容证明案件真实情况的书面材料。"与这种提法相类似的还有："书证是以其记载的内容证明案件情况的一些书面材料。(3) 书证是以其记载的内容证明案件真实情况的物品。持此观点的同志说："凡是用文字记载人的思想或行为以及用符号、图画表达人的思想，其内容对案件的真实情况具有证明作用的物品，称为书证。"我们认为，把书证概括为几种表现形式以及反映的内容，是比较具体、全面

的。但是，把书证说成是一种"物品"显属不妥。因为，物品属于物证的范围，而书证有时不是以物证特征起证明作用的，同时，认为书证只是记载人们的思想或行为是欠全面的。因为，有些书证不仅仅能证明这两方面的情况，还可以证明与案情有关的其他情况，如被害单位出具的有关因犯罪造成损失的书面材料、证明被告人出生年、月、日的材料等。

究竟什么是书证呢？书证是指以其内容证明案件真实情况的书面材料，它不仅包括文字材料，还包括符号、图画、数据等。常见的书证有如下几种：1. 反革命标语、传单、匿名信、挂钩信；反革命纲领、章程、活动信号（符号、图画）；特务、间谍分子窃取我国家机密或情报等。2. 贪污、行贿等案件中被涂改或伪造的单据、账册等。3. 被告人的遗言或其他信件。4. 被告人之间订立攻守同盟的文字材料、互相来往的信件、电报等。5. 用以进行犯罪活动的淫书、淫画。6. 用以进行诬告陷害他人的材料。7. 犯罪分子绘制的作案图表、违反科学规律绘制的施工图表等。8. 被伪造的信件、工作证、身份证、户口簿等。9. 党政机关的文件、司法机关的法律文书，如判决书、拘留呈批表等。10. 机关、团体、企事业单位出具的证明案情的书面材料、图纸等。

（二）书证在刑事诉讼中的意义

书证是刑事诉讼中使用非常广泛的一种证据，它对于证明案件真实情况具有特别重要的作用，其具体表现在如下几个方面：

1. 有些书证能为证明案情提供比物证更多的事实。由于书证是以其内容起证明作用的，因此，它能反映出案件的很多情况。例如，通过收集到的反革命纲领及反革命分子的花名册，可以了解到该反革命集团的活动目的，攻击的目标，近期和远期的行动步骤与方法，以及这些反革命成员的组织、个人分布、职业、工作单位、活动情况等，为及时破获该集团及其成员，提供了有力的证据。这一切说明收集到的书证比收集到反革命分子的枪支、炸药等物证证明的情况多。

2. 在某类案件中，书证是公安司法人员用来认定案件性质和罪名的最重要的根据。一般说来，认定案件性质需要运用很多证据才能完成，但是，在有的案件中，只要收集到公开张贴的反革命标语、传单等就可以认定该案属于反革命性质；收集到我国公民为特务组织提供的情报，就可以认定该案属于特务案件；收集到诬告材料，就可以认定是否构成诬陷罪等等。

3. 有些书证能帮助公安司法人员直接查获到实施犯罪的人。这些证据，从证据种类上讲它属于书证；而从证据的分类来讲，它属于直接证据。例如，贪污案件中，犯罪分子涂改的账册、单据；反革命案件中，签有自己真实姓名

的挂钩信；诬告案件中签有自己真实姓名的诬告信等等，这些书证都是公安司法人员侦破案件的有力武器，能起到物证所起不到的作用。

此外，书证和其他证据一样，可以用来印证其他证据；并和其他证据一起，认定案件事实和情节；能促使犯罪分子认罪服法，接受改造；同时，书证还是公安司法机关用以对广大公民进行法制宣传教育的好材料。

三、书证与有关证据的区别

不同的证据种类有不同的特点，但是，有的刑事证据与某些证据很相似，甚至难以区分，只有进行认真地分析、比较、研究后，才能弄清它们各属于什么证据种类。例如下列几种：

（一）书证与物证的区别

书证是以其内容证明案件真实情况，而物证以其外部特征、物理性质及存在的形式等对案件起证明作用的。在一般情况下，书证与物证是不难区分的，但是，在特殊情况下就不那么容易区分。例如，在犯罪分子家中搜查出反革命挂钩信的底稿，它当然属于书证。但是，在走私分子的家中搜出孤本书籍、名贵字画等，虽然它们都是以文字记载为表现形式的，但是，它不是书证而是物证。因为，它们主要是以外部特征、价值及存在形式对案件起证明作用的，然而它们所反映的内容与案件无关。当然在不少情况下，同是一种书面材料，对于查明案情来说，它既是书证，又是物证。例如，贪污案件中被涂改的单据、账册等，从内容方面看，它们属于书证；但从涂改或伪造的痕迹来说，它们又是物证，明确书证与物证的区别，对于确定收集证据的范围，正确地审查判断证据的真伪，合法地运用证据定案，都具有重要意义。

（二）书证与鉴定结论的区别

鉴定结论与书证很相似，都是以其内容证明案情，它们的表现形式都是书面文字，但是，它们之间也有区别。

首先，两者的制作主体不同。鉴定结论是由公安司法机关指派或聘请的具有专门知识的鉴定人对案件中的专门性问题进行鉴定后所作的结论；而书证则是由不确定的任何具有责任能力的公民（包括一般公民和实施犯罪的人）所制作的。例如，某被害人被犯罪分子刺伤后到医院治疗，经大夫检查，诊断为：肋骨粉碎性骨折，后被司法机关用作证据。该诊断书，只能是书证而不能是鉴定结论。因为，虽然该诊断书反映的情况属实，但是，制作此诊断书的人非经公安司法机关指派或聘请，不具备鉴定结论的法定条件，因此只能是书证而不属于鉴定结论。在另一起案件中，某甲怀疑家人暗害他，于是手持利斧将父亲

砍伤，又将侄儿砍死，后被邻居抓获归案。经公安机关送其到精神病院检查、观察，三名医师会诊后写出诊断书：该人患精神分裂症（妄想型）。这份诊断书就属于鉴定结论。因为该诊断书是由公安机关聘请的专门医院的医师根据科学理论制作的。

其次，两者（书证和鉴定结论）产生的时间不同。绝大多数书证是随同案件一起产生或在发案之前产生的，如反革命信件、传单、贪污所伪造的单据等；而鉴定结论却一定是产生于发案之后，决不能与案件同时或提前产生。

再次，鉴定结论有固定的格式；而书证则没有固定格式。

（三）书证与视听资料的区别

我国刑事诉讼法虽然未把视听资料规定为证据种类，但是，在司法实践中已开始用录音、录像等手段收集证据。那么，记载有关案情的录音带和录像带属于何种证据呢？对此，我国法学界的看法不一致，有的认为，它们属于物证，有的认为属于书证，也有的认为应属于视听资料。我们同意最后一种意见。这是因为：其一，我国《民事诉讼法》已对这类证据作出了明文规定，这一规定也适用于刑事诉讼。其二，视听资料与书证不同，与物证有别，因此，它是另外的一种证据。把视听资料与书证相比，它们虽然都具有以其内容证明案情的特点，但是，又有很多区别：

第一，它们形成的过程不同。书证是人们通过自己的思维、动作书写或绘画下来的；而视听资料是通过录音机、录像机把音响、形象等录制下来的。

第二，两者的表现形式不同。书证是把文字、符号、图画显露在纸和其他物体上，使人一目了然；而视听资料则是把音响、形象等包涵在磁带内，使人从外表上看不出来。

把视听资料同物证相比，它们既有区别，又有相同之处。区别是物证不能以内容证明案情；相同的是，它们都可以以外部特征、物理性质及存在的形式等证明案情。例如，盗窃分子盗窃了大量的录音、录像带（反革命动机、目的除外），该磁带就是物证。

四、书证的分类

为了理论研究的方便和对司法实践的指导，我们从不同的角度、根据不同的标准把书证划分为如下类别：

1. 根据书证是否为国家机关。企业事业单位为行使职权制作，可以划分为公文书或非公文书。

凡是国家机关、公检法部门、企事业单位、人民团体在法定职责范围内行

使职权制定的文书，称为公文书。例如，公安机关制作的刑事拘留呈批表、人民检察院制作的起诉书和免予起诉书、人民法院制作的判决书和裁定书、婚姻登记机关制作或发出的结婚证书和离婚证书、公安部批准申请加入和退出以及恢复中国国籍的证书等等。

公文书以外的其他文书，是非公文书。它既包括公民个人制作的文书，如信件、日记、电报等，又包括国家机关、企事业单位、人民团体等以行使法定职权的名义制作的文书。例如，国家机关发出的一般信函、证件等。

2. 根据书证制作的方式、来源等，可划分为原本、正本、副本和节录本。

书证的原本或原件，是指文件制作人最初作成的文件，如公安人员最初填报的行政拘留和刑事拘留呈批表（草表）、司法人员个人拟写的起诉书、判决书或裁定书。照原本全文抄录或印制并对外具有与原本同一效力的文件，称为正本。照原本全文抄录或印制而并不具有正本效力的文件，称为副本。仅摘抄原件部分内容的文件，称节录本。

3. 根据书证的表现形式和作用，可分为一般书证和特定书证；根据书证的不同内容，可分为处分书证、表彰书证、通报书证、报道书证等等。

五、书证的收集、固定和保全

（一）书证的收集

书证虽然不像物质痕迹、伤痕等那样容易改变或毁掉，但是，有些书证不及时收集，时间长久也会被人们或自然条件（风吹、雨打、日晒等）毁掉或改变，因此，对于书证要竭尽全力进行收集。

1. 收集书证应当注意的问题。

要想收集到真实而全面的书证，必须注意收集的方法：

(1) 收集书证应当及时、细致和全面。有些书证，如果不及时收集就收集不到。例如，马路上、墙上的反革命标语，如果不及时去收集、固定，很可能因雨水冲洗或行人脚踏而被毁掉；有的书证如果不细致、周全地收集，也收集不到。因为，书证不像物证那样难以隐藏、毁掉或伪造，而书证有时可能被隐藏得很深，如可以藏在书中、箱内、门缝里、地板中等。因此，收集书证一定要细致、周全，不能忽视每一个角落、每一个处所或可疑点，否则，就收集不到。

(2) 收集书证要采用现代科学技术手段。随着科学技术的发展，犯罪分子越来越多地运用现代科技进行犯罪活动，这就要求收集书证要运用更先进的技术进行。例如，特务、间谍分子在进行反革命联络中，经常变换各种密写方法

进行，而我们没有更先进的鉴别方法，就无法收集到这些书证。

(3) 要注意做好收集书证后的处理工作。为了保守机密或减少某些书证对群众的不良影响，收集到后应当立刻作好处理工作。例如，对马路上、墙上或树干上的书证要及时拍照，固定后应当立即清除掉，以免毒素继续扩散。对反革命分子散发的反动传单、淫秽书画等，应在所散发的范围内尽快组织干警和民兵收集，发动已拣到的群众交出，除妥善处处理外，还要在群众中进行发动揭发犯罪和“消毒”工作，等等。

2. 收集书证的方法。

收集书证的方法很多，主要的有如下几种：

(1) 根据刑事诉讼法第 79 条的规定，侦查人员可以对被告人以及可能隐匿书证的人的身体、物品、住处和其他有关地方进行搜查，以获取证据。搜查必须依照法定程序进行。

(2) 扣押。在勘验、搜查过程中，发现可以证明被告人有罪或者无罪、罪重或者罪轻的书证，就要进行扣押。对于明显的与案件无关的书面材料，不能扣押。对于被告人的邮件、电报一类书证的扣押，侦查人员认为需要时，应经公安机关或人民检察院领导批准，然后通知邮电机关将其捡交扣押。可以扣押的邮件、电报有如下四种：①系被告人发出的；②寄给被告人的；③寄给其他人转交被告人的；④寄给被告人转交其他人的等。对于扣押的文件、邮件、电报等，经查明确与案件无关，应当迅速归还原主或原邮电机关。

(3) 拍照和复制。对于不能扣押的书证，可以进行拍照。如，将墙上、石碑上、树干上等处的反革命标语拍成照片附卷，还可以通过静电复印提取。

(4) 向有关单位和个人调取。根据刑事诉讼法第 34 条规定，人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关国家机关、企业事业单位、人民公社（现在的乡政府）、人民团体、公民收集和调取证据，因此，在刑事诉讼中发现上述单位和个人持有与案件有关的书证材料，公安司法人员可以向他们进行收集和提取。

(5) 接受单位或个人提供的书证。根据刑事诉讼法第 80 条的规定，任何单位或个人有义务提供可供证明被告人有罪或无罪的书证，因此，当这些单位和个人提供书证时，公安司法人员应当热情地接受，并依法进行保存或固定。

(二) 书证的固定和保全

收集到的书证能否固定或保全好，这对于诉讼活动能否顺利进行关系很大。只有保全好书证，才能保证它与案件的客观联系，以便用以证明案件的真实情况。

固定和保全书证的方法主要有：

1. 对书证原件能全部保存起来的，应当妥善保存好。在保存中，一方面要防止丢失，另一方面防止受风雨、高温、虫蛀等损坏。例如，对可以保存的反革命标语、信件等，应装入塑料袋、存放于燥处。

2. 对不能保存书证原件的，可采用拍照或抄录有关内容的方法固定后保存起来。例如，将贪污账簿中的有关地方拍照下来附卷；对淫书中的有证据意义的内容摘录下来，然后把拍成的照片或抄件保存好。

3. 对机密文件，除在书证清单上注明发现和缴获的情形外，应对文件的封面、编号、标题等进行拍照，存入案卷。原件按有关规定退还原发文单位，但需附上说明，在本案判决前要妥善保存，不得销毁，以便将来随时调阅。

4. 对于淫秽书画，不管是否与案件有关，都要首先扣押，并开列清单予以封存，待查清确与案件无关时，再交有关部门处理。

5. 对被犯罪分子撕毁的，不成篇章的书证，应按原样拼成整篇附卷。

6. 对犯罪分子用暗语或黑话写成的书证，应将原件和翻译的文书材料同时保存起来附卷。

7. 对于已经收集但经审查与案件无关的书面材料，应退还原机关或原持有人。

六、书证的审查判断

收集到的书证，只有经过审查判断，确已证明真实可靠以后，才能作为定案的根据。其所以对书证要进行审查判断，是因为有的书证是转抄复制的，可能有遗漏或差错；有的书证可能是伪造的；有的材料可能与案件无关等等。为保证书证的真实性，必须对它进行审查判断。对书证如何进审查判断，我国法学界的观点基本上是一致的，但也有区别。下面就这些问题进行分析。

（一）审查判断的内容

对书证进行审查判断，首先应当明确审查判断的内容，根据司法实践经验和法律规定，我们认为有如下内容：

1. 审查书证是否被伪造。犯罪分子出于各种动机和目的，可能伪造书证。例如，有的假借仇人的名字或仿照其笔迹书写反革命信件；有的私刻某工作人员的图章伪造单据等。对此，首先要调查署名人有无条件和可能书写，然后审查笔迹是否和署名人相符，必要时指派或聘请专门人员鉴定为了进行敲诈勒索而伪造公安人员的工作证、持枪证；有的为了进行诈骗活动而伪造记者证、身份证等。在审查判断这些书证时，首先要察看这些证件有无钢印（钢印一般是

不容易伪造的)、红印？这些印章有无疑问，是否真实？然后注意审查证件的书写有无涂改或伪造痕迹等。必要时可拿真的证件进行比照。

2. 审查书证是否被变造。所谓变造，就是将本来正确的改变成错误的手法。这种手法的表现形式，有的是改变数字，如把单据上的数字，由小改成大，如把“23”改成“230”；或者把单据上的数字改小，如把“1120”改成“112”等，达到从中贪污的目的。有的把报刊上的文字或掐头去尾、或增加减少、或改变标点等，使其改变内容，变换意思，造成错误甚至反动。有的变造印章进行犯罪活动。例如，某高级法院法警，与社会上投机倒把分子勾结后，为作案方便，想把民事审判庭的印章变造成该法院院印。于是将高级法院民事审判庭的印章蘸上印油，用白纸把“民事审判庭”几个字贴上，再把印章盖在空白信笺上，显现的图样就是：“×××高级人民法院”，如果不细观察，分辨不出真假。但是，作为办理该案的司法人员，只要把真正的高级法院印章一对比，真假就立刻分明了。因为，民庭的印章中间，没有国徽，是代替不了院印的。

3. 审查书证的文字或符号有无遗漏或错误。由于许多书证是通过转抄、打印或铅印等方法形成的，在转抄、打印或铅印过程中，不可避免地会发生文字上的错漏。这些错漏，有的对其内容的反映、表示影响不大，有的却影响很大，如果是案件的重要证据，甚至影响到案件事实的准确性和真实性，还会影响到犯罪是否存在。例如，有人把死者脖子上的索沟痕迹“○”型转抄成“○”型。有缺口和无缺口，虽说只是画长一点短一点的问题，然而证明的却是自杀还是他杀、有犯罪事实发生还是无犯罪事实发生的大问题。因为，“○”，表明死者是被勒死的，自然是他杀，有犯罪事实发生；而“○”，表明死者是上吊致死的，即缢死，是自杀痕迹，很可能没有犯罪事实发生。因此，对书证的文字及符号有无错漏一定要进行审查。

4. 审查书证与案件事实有无客观联系。书证与案件事实有无客观联系，也就是说书证能否证明案件真实情况。有些书面材料，虽然内容正确，反映的情况真实可靠，但是，它们反映的内容与案件事实无关，对案件的真实情况起不到证明作用，因此，对这类材料，就不能当作书证被采用。

（二）审查书证的途径

审查书证可以从很多方面进行，根据法律规定和司法实践经验，主要应从如下几个方面进行：

1. 从书证的来源方面进行审查。

书证的来源很多，有的是从犯罪现场提取的；有的是从犯罪分子家里搜查

出来的；有的是被告人或其亲属被迫交出来的；有的是企事业单位、群众团体或公民提供的；有的是公安司法人员转抄或复制的等。

书证的来源不同，决定了书证的可靠程度不同。有的人出自不同的动机、目的，可能伪造、变造或交出假书证（冒名顶替）；有的是由于工作上的失误，将书证弄错了。因此，不管属于哪种情况，除了审查书证本身的真伪以外，还要考虑书证的来源情况。

2. 从书证的类型方向进行审查。

文书，有公文书和私文书。关于书证的类型，也不外乎这两种。从它们的真实、可靠性方面看，一般来讲，公文书比私文书的可靠性强。例如，公安机关、人民检察院或人民法院制作的报表、起诉书、判决书等，就比较客观、真实，一般不会有什么错误。相反，由私人书写或制作的文书，可靠性就差。对此，应根据具体情况进行具体分析判断。

3. 从书证的收集过程方面进行审查。

有许多书证，是通过转抄、打印或复印获得的。一般说来，转抄、打印或复印的次数越多，书证内容的真实性就越差。有鉴于此，对于那些多次转抄、打印、复印的书证，应当认真地、仔细地进行审查。

（三）审查书证的方法

审查书证的方法很多，不同的办案人员有不同的看法，对不同的书证，有不同的审查方法，将这些方法概括起来，大体上有如下几种：

1. 对比。对比就是将传来书证与原始书证、已收集到的书证与同类型的书证加以对照、比较，从中判断出书证真假的一种方法，且是最方便易行的方法。例如，转抄、打印、复制、节录的书证与原始的书证对照比较。又如，前述被变造的“某高级人民法院”的印章，同真正的印章比较；用有钢印的记者证，同伪造的、无钢印的记者证比较等等。

2. 辨认。辨认就是将书面材料交给有关人员进行辨别、认证，从中确定与案件的关系及其真伪的方法。辨认的主体，通常是知情人，如书证所有者、了解书证的人等，主要还是被告人。用作定案根据的书证，一定要经过查证属实。辨认的过程，就是查证属实的过程。例如，反革命挂钩信、诬告信、伪造的证件等，一般都要给被告人进行辨认，以确定其是否真实。

3. 鉴定。鉴定就是公安司法机关指派或聘请有专门知识的人对文书材料进行鉴别和判定。鉴定包括笔迹鉴定、司法会计鉴定和其他技术鉴定等。在审查书证过程中，鉴定是使用最多的一种审查方法，甚至可以说，用作证据的书证无不进行鉴定。例如，需要确定某种书面材料是否被告人所书写时，就必须

请专门人员（具有中级职称以上的人员）进行鉴定；当需要确定被涂改的单据或账本能否作为书证时，一定要请有关技术人员进行笔迹鉴定或会计鉴定。

4. 与其他刑事证据对照分析。

任何犯罪，无不在客观外界留下这样或那样的证据，而这些刑事证据与书证有各种各样的客观联系，因此，为了审查判断某些书面材料是否真实可靠，只要把它同其他证据进行比较、对照，就可以断定其真伪。同时，也可以印证其他证据的可靠程度。

第四节 证人证言

证人证言是一种十分重要的证据。各国刑事诉讼法对此都作了详细、具体的规定，尤其是苏俄刑事诉讼法典，把证人证言列为其他证据种类之首。由此可见，证人证言在刑事诉讼中的重要地位。

一、外国有关证人证言的理论和法律规定

第一，英美法系国家，证人证言既包括了解案件情况的第三人的陈述，又包括鉴定人所作的鉴定结论（常称专家证人证言），还包括被害人和同案被告人的供述。

在英美法系各国刑事诉讼中，任何了解案情的人都有出庭作证的义务。法院可以向证人发出传证令或传票迫使证人出庭作证，证人拒绝出庭作证将构成藐视法庭罪而受到惩罚。但也有例外。主要有：1. 一般说来，儿童有作证的资格。有作证资格的仅限于该儿童能理解宣誓的性质与后果，或知道欺骗是危险的和“对神的不忠”的行为时，他就可以宣誓作证，否则，就不能在诉讼中作证。2. 神经不健全的人，只要他能回忆并传达其曾经知觉的事实，且了解陈述事实的义务时，仍有作证的能力。如果精神错乱，尚不足以影响证言的主要意义，纵可严重影响可信性时，也仍不丧失其证人能力。患有间歇性精神错乱的病人在神志正常时期，仍然可以充当证人。3. 一般规定，同案被告人在审讯自己的案件中，有资格，但无义务提出对自己有利，对其他被告不利的证据。但在某些情况下，同案被告有义务提出不利其他被告的证言的义务。例如，在扰乱公共秩序案诉讼中，为了保护公共利益，被告人有资格，也有义务作证。4. 关于配偶作证的问题，普通法规定，配偶在民、刑事诉讼中，都不能为对方作证或提出不利于对方的证据。英国一项法律规定，在刑事案件中，

被告人的配偶有资格但无义务为被告人作证，除特殊情况外，也无资格为起诉人作证。尽管配偶一方没有资格对他方提出证据，但是，如果犯罪分子实施的属于叛国罪、重婚罪、性犯罪、危害儿童的犯罪，夫妻一方对他人或财产的犯罪，配偶一方有资格也有义务作证。在美国，现在各司法管辖区的法律都规定配偶一方在刑事诉讼中均可为他方作证。5. 本国和外国的君主、国王、国家元首均无作证的义务，外国大使和各级外交官员，也没有作证的义务。6. 美国少数州法律规定，曾犯有不名誉罪的人和伪证罪的人无作证资格。

在英美法系国家，证人证言分为宣誓证言、誓愿证言和未经宣誓证言三种。1. 宣誓证言。它是指证人在按一定的规定宣誓之后提供的证言。这是刑事诉讼中采用最广泛的一种。一般说来，证人在作证之前，应当宣誓。任何有权听取证言的人有权主持宣誓，一般由法院的书记官或其他官员主持。宣誓时证人应手持《新约全书》或《圣经》（《新旧约全书》）宣称以全能的上帝名义或在全能的上帝面前，保证自己提出的证言是真的、完全符合事实的。凡不愿采用一般宣誓形式的人，可以根据他的宗教信仰采用其他任何宣誓形式，只要他宣称这种形式对他的良知有约束力。为了有效地促使证人如实作证，英国于1978年颁布了《作证宣誓法》。该法规定，根据证人的情况，分为附誓作证和不附誓作证。证人宣誓不局限于宗教形式，不信教的人可以采用口头承诺的方式进行。资产阶级学者认为，宣誓的目的是为了增强证人履行作证义务的责任感，保证据实陈述。法律规定，证人宣誓后若作虚伪陈述，要负伪证罪的刑事责任。2. 誓愿证言。这是指证人不愿宣誓，也不愿提到上帝，但要保证自己提供的证言内容是真实的。如果证人反对宣誓，他可以用这种誓愿证言代替。在提供证言之前，证人不必提到上帝而一般地说：“×××郑重地、真诚地和忠实地宣布并承诺……”如果证人根据他的宗教信仰进行宣誓是不现实的，会造成不便或耽误时间（如证人希望宣誓时用的书当场没有），也可以用誓愿证言代替宣誓证言。由于誓愿证言相当于宣誓证言，因此，若证人在誓后提供虚假陈述，也会构成伪证罪。3. 未经宣誓的证言。在刑事诉讼中，被告人可以提供未经宣誓的证言。如果儿童不懂得宣誓的性质和后果，但理解讲真话的义务时，可以提供未经宣誓的证言。此外，只要是为了提供书面文件而到庭的人以及辩护人，均可在任何诉讼程序中提供未经宣誓的证言。未经宣誓者提供的证言若不真实，不构成伪证罪。

关于拒绝作证的权利，英美法系国家的法律作了如下主要规定：1. 如果证人作证的内容会使他自陷于法网或自陷于犯罪，那么，该证人有拒绝作证的权利。这时，司法机关不能强迫证人作证。这项规定，属于“任何人不得被强

迫作不利于本人的证言”原则。但是，也有例外，它主要涉及刑事被告人。2. 夫妻中的一方，对在婚姻期间的内情有拒绝作证的权利，司法机关不能强迫其作证。但在婚姻结束后，就无这种权利。司法机关可以强迫夫妻中的一方，提供过去在婚姻期间有权保密的情况。3. 公职人员（包括议员、司法官、职业密探）对执行公务而得知未公布的事项有拒绝作证的权利，经有关机关许可，可以作证。4. 在法律业务上，律师与当事人之间在业务上（不属于为了商业和社交目的）的情况交换有保密的义务和拒绝作证的权利。但是，如果这种私下的法律业务情况，抱有伪造或犯罪目的，例如，为了实施犯罪或伪造活动而请求律师的帮助，那么，委托人就不享有拒绝作证的权利。5. 医生与病人之间，牧师与忏悔者之间，是否存在拒绝作证的权利，英国法和美国法有不同的规定。英国法的原则是，医生与病人之间，牧师与忏悔者之间的情况交换，即使看起来有保密性质，但医生和牧师不享有拒绝作证的权利。在适当场合，法院禁止将医师和牧师私下得到的情况公布于众。美国多数州成文法规定，因医生与病人之间有信任关系，医师就其信任所得的情况，有拒绝作证的权利，不得将其得到的情况泄露给他人。同样，基于信任关系，忏悔者向牧师、教士或教会圣职人员所做的陈述或通信，牧师等因其职务的身份有拒绝作证的权利，不能泄露他们得知的情况。

在英美法系，收集证人证言的方法是询问证人。证人陈述有口头和书面两种。无论是哪一种，证人只能提供他亲眼目睹的事实。由于英美法系国家，特别重视言词原则，因此，多半采用口头询问方式收集证言和对证言进行核对。又由于英美法系国家，特别重视法院的审判活动，因此，对在法庭中询问证人的方法有许多规定。英国法规定，证人到庭作证，要经过主询问、交互询问（反询问）和再询问。美国法规定，证人到庭作证，要接受直接询问、交互询问、再直接询问和交互询问。1. 主询问或直接询问。这是法庭上询问证人的第一阶段，通常是由提供证人的一方通过律师或法律顾问进行。2. 交互询问或反询问。在提供证人的一方对证人进行主询问以后，对方或对方的代理人，可以对证人进行交互询问或反询问。3. 再询问或再直接询问。在对方反询问证人以后，举出证人的一方可以再询问或直接询问自己的证人。再询问的目的，是为了恢复证人证言中被对方反询问所削弱的部分，让证人澄清在交互询问中所暴露的明显矛盾或混淆之处。

第二，大陆法系国家与英美法系国家不同，将被告人的供认和鉴定结论从证人证言中划分出来，另作两种独立的证据种类。

关于证人资格和作证义务问题。大陆法系国家的法律，对证人的资格，除

了了解案情这个条件以外，一般很少有像英美法系国家法律那样作出许多详细，具体的规定。法律允许十六岁以下的未成年人作证。与英美法系国家的法律规定不同，《联邦德国刑事诉讼法》第49条和第50条规定，总统和内阁成员或议会议员了解案情，也应作证。收集证言，应在总统住所或其他人办公处或居留地去听取，并作好记录。法国刑事诉讼法规定，不能将被指控犯有严重罪行的人和犯同种罪的人，当作证人询问，即重犯和同案犯无作证的资格。证人有义务就其所知道的情况作证，否则，就要受到处分或处罚。例如，《联邦德国刑事诉讼法》第170条规定，证人拒绝作证的，可以命令他偿付由于他拒绝所用去的费用，并判处罚金。在他不能交纳罚金时，可以判处六个星期以下的拘役。对无正当理由拒绝作证的人，可以用判处拘役的方法来强迫他作证，但判处的时间，应当在本审级审判之前期满，并不超过六个月。对于轻微犯罪案件，不得超过六个星期。《奥地利刑事诉讼法》第159条也有类似的规定。

像英美法系国家法律规定的那样，几乎每一个大陆法系国家刑事诉讼法都规定，证人作证后要宣誓。《联邦德国刑事诉讼法》不仅规定了证人要宣誓（第57条），司法人员应如何告之宣誓的意义和哪些人不用宣誓（第60条），哪些人免除宣誓（第61条），哪些人在必要的时候才宣誓（第62条），哪些人有拒绝宣誓的权利（第63条），聋、哑人宣誓的方式（第66条d），哪些人可以用誓言代替宣誓（第66条C）等，还规定了宣誓的方式和誓词的内容，等等。所有这些，都是英美法系国家法律所没有的。例如，该法第57条规定，讯问证人前，应当告知他必须据实陈述，并且告之他在法院命令他宣誓的时候，他就应当宣誓，但以例外规定或者法律所许可的为限。同时，应当告知他宣誓的意义和不据实陈述或者作不完全的陈述将要承担的刑事责任。第66条C规定，“宣誓方式”：“（1）进行宣誓时，审判官应向证人说下列的话：‘请你向上帝宣誓，你的证言是尽你所知，毫无隐匿，全是据实陈述。’接着，证人就下列词句的宣誓：‘我宣誓，我的证言是尽我所知，毫无隐匿，完全据实陈述的，上帝帮助我。’（2）宣誓也可不用宗教誓言。（3）证人宣誓的时候，应举起右手。”《法国刑事诉讼法》第103、108、109条，奥地利刑事诉讼法第160条，都有这方面的规定，不过，其内容没有《联邦德国刑事诉讼法》规定得详细、具体。

关于证人的权利。《联邦德国刑事诉讼法》第52条和第53条规定，下列人员有拒绝作证的权利：1.与被告人订有婚约的人。2.被告人的配偶，纵使婚姻关系已不再存在；被告人的直系血亲、婚亲或有收养关系的人，或者被告人的三亲等内的旁系血亲或二亲等内的婚亲、纵使相互关系基础的婚姻已不存

在。3. 牧师、辩护人和其他人（法定代理人、专利代理人、公证人、宣过誓的会计等，联邦议会议员、邦议会或邦议会上下院议员，等）对于因其教务、职务、身份、工作需要应保密或者涉及自己的利益时，也有拒绝作证的权利。第55条规定，证人对询问的事项，如果回答了，会给自己或给自己订有婚约的人、自己的配偶（纵使婚姻关系已不存在）、自己的直系亲属、婚亲或有收养关系的人，或者被告人的三亲等内的旁系亲或二亲等内的姻亲（纵使相互关系基础的婚姻已不存在）有被追究刑事责任的危险的，可以拒绝陈述。第71条规定，证人需要补偿费用的，有权依照证人和鉴定人的补偿法的有关规定，享受补偿的权利。

收集证人证言的方法和要求，大陆法系国家法律比英美法系国家法律规定得具体。例如，《联邦德国刑事诉讼法》规定，应当使证人就所询问的事项，据他所知，连续叙述。为了完全弄清楚作证事项，以及询问出证人所知道的事项的根据，必要时可以再询问证人一些问题（第69条）。证人有决定和表达自己意志的自由，询问证人不能用非法折磨、疲劳战术、伤害身体、服用药品、拷问、诈欺或催眠等方法予以侵犯。对于证人，只能在刑事诉讼法许可的范围内，才能施加压力。不能为获取证言，对证人进行威胁、利诱或使用损害证人的记忆力和理解力的方法。不管证人同意不同意，法律严禁使用上述非法方法。违反上述规定所获得的证人陈述，即使证人同意采用，司法机关也不采用（第163条a）。

在法国，预审法官有侦查的权力，预审法官询问证人，一般传唤证人到庭。传唤的方法可采用派法警或警察代理人向证人递交传唤副本，也可以用信函、挂号函或行政的方法传唤证人；证人也可自愿出庭（《法国刑事诉讼法》，第101、105条）。凡被传唤作证的人皆须到案；宣誓并作证。如果证人不到案，预审法官可依据检察官的要求派警察将其押来，并判400——1，000新法郎款。如果他们没应传到案，在检察官听取陈述的正当理由后，预审法官可以免除其已判的罚款。对于虽到案，但拒绝宣誓和作证的证人，根据检察官的申请，可判处400——1，000新法郎的罚款。对缺席的证人可能采取的强制措施应通过传唤实行。若证人还不来，由警察将证人带到预审法官面前。证人到庭后，凡当众宣称知悉重罪或轻罪而拒绝回答预审法官提出的有关该案问题的人，应被判监禁十一月至一年并罚款375至7，200新法郎。如果证人因各种客观原因确实不能到庭，预审法官将前往证人住地询问，或通过特别委托本法院官、本法院管辖区任何法官、本辖区任何主管法警法官或委托预审法官前往证人住地询问（第109、110、112、151条）。预审法官在书记官协助下，对证

人进行询问，不准被告人在场。预审法官对证人的发问和证人回答的内容应作成证词正式报告。预审法官、法院书记官及证人应在正式报告的每一页上签字。应让证人再次阅读其证词记录，如确认无误，应请其签名。如证人不能阅读，书记官应朗读给他听。若证人不愿或不能签字，则应在正式报告中加以说明。如雇用译员，也应请其在每一页上签字。在正式报告字里行间不得增添词句，凡涂改增减皆应由预审法官、书记官、证人、译员认可。未加认可的涂改增删之处无效（第102、103、106条）。

大陆法系国家与英美法系国家一样，也要求证人出席审判庭作证，但询问证人的程序不同。由于英美法系国家在审判中实行辩论主义，法官充当审判的仲裁者，让控诉方与辩护方各自提出证据和互相辩论。因此，法官不主动询问证人，而采用主询问和直接询问、交互询问或反询问、再询问或再直接询问的方法询问证人。法官从上述询问程序和方法中了解案情和审查证人证言。与英美法系国家不同，由于大陆法系国家实行职权主义，法官主动追诉犯罪，因此，在法庭审判中，法官指挥一切，主动询问证人。其他诉讼参与人欲要询问证人，必须事先征得法官的同意。例如，《联邦德国刑事诉讼法》规定，开庭审判前一个月，法院应发传唤票给证人，传唤证人到庭陈述证言（第217、219条）。如果证人因患病或体衰等客观原因不能到庭作证，法院可以命令受命审判官或受托审判官前去询问（第223条）。在法庭上审判长指挥审判。审判长讯问公诉被告人以后，检察官和公诉被告人共同申请询问他们所提名传唤的证人和鉴定人的时候，允许检察官和辩护人发问。检察官提名传唤的证人和鉴定人先由检察官询问，次由辩护人询问，公诉被告人提名传唤的证人和鉴定人先由辩护人询问，次由检察官询问。在这样询问以后，审判长为更进一步澄清案情还可以询问证人和鉴定人有关这方面的一些必要的问题（第238、239、242条）。有下列情形之一的，在庭审中、法官可以用宣读以前法院询问证人时所作的笔录抄本，代替审判中的询问：1. 证人已经死亡，或者患精神病，或者下落不明；2. 证人因患病或衰弱，或有其他不能排除的障碍，以至在较长的或者不定的时间内不能在审判时出庭的；证人因路途太远不能指望他出席审判庭，同时考虑到他的证言的重要性；4. 检察官、辩护人和被告人都同意宣读笔录的；5. 证人已经死亡或由于其他原因在相当长的时间内法院不能对他进行询问的，对以前其他人询问（不属法院法官询问）得到的抄本和文件中包含有他原来的书面陈述内容的，可以宣读，以代替审判中的询问（第251条）。为帮助证人记忆已忘记的证言，法官可以宣读他先前在询问笔录中的内容，帮助其回忆；对于在庭审中证人所作出的证言与以前陈述的证言前后矛盾，可以

宣读以前证人陈述的证言内容，以消除矛盾，查清事实真相（第253页）。

第三，在日本，除了刑事诉讼法有“特别规定的”人以外，其他任何人都有作证的资格和义务。司法人员对其有权进行询问。“特别规定的”人是指：(1) 公务员或曾经充任过公务员的人所得知的事实，当本人或该管公务机关声明是有关职务上秘密的事项时，只有经该管监督厅的承诺（同意），才有作证的义务。(2) 众议院或参议院的议员，或者担任过该项职务的人，只有经众议院或参议院的承诺（同意），才有作证的义务；(3) 内阁总理大臣或其他大臣，或者曾经担任过该项职务的人，只有经内阁承诺（同意），才有作证的义务。对上述各种人作证，除有妨害国家重大利益的情况以外，不得拒绝承诺（《日本刑事诉讼》第143－145条）。在日本，与英美和大陆法系国家法律规定的一样，证人作证，既有作证的义务，又要宣誓。对没有正当理由拒绝宣誓和拒绝作证的，轻者，要受到处以五千元以下的罚金，并赔偿由于拒绝所花费的费用；重者，将被处五千元以上的罚金或拘留（第160条）。

关于拒绝作证的权利。当事人提供证言可能使自己受到刑事追究或受到有罪判决时，有权拒绝作证（第146条）。任何人对于提供证言可能使下列人员受到刑事追究或受到有罪判决时，也有权拒绝作证：(1) 自己的配偶，三亲等内的血亲或二亲等内的姻亲，或曾与自己有此等亲属关系的人；(2) 自己的监护人、监护监督人或保佑人；(3) 由自己做其监护人、监护监督人或保佑人的人（第147条）。第149条规定，医师、牙科医师、助产士、护士、律师、代办人、公证人、宗教在职人员或担任过这些职务的人，对由于受职业上的委托而得知的有关他人秘密的事实，可以拒绝证言。但本人已经承诺时或拒绝证言可以认为只是为了被告的利益而滥用权利时，（被告人为本人时除外）以及其他有法院规则中所规定的事由时，不在此限。

关于传唤和询问证人。法院询问证人，一般要传唤证人到庭。但是，法院在考虑到证人的重要性、年龄、职业、健康状况以及其他情况和案件的轻重后，并听取检察官及被告人或辩护人的意见，认为有必要时，可以将证人传唤到法院之外，或在证人所在场所进行询问。（《日本刑事诉讼法》，第158条）传唤证人用传票。已经受传唤的证人没有正当理由而不到场时，可以拘提(161条)。

在法庭调查中询问证人的方法和程序，基本上与大陆法系国家规定的相同。即审判长或陪席审判官首先询问证人，检察官、被告人、辩护人可以在他们询问证人之后，先告知审判长，征得同意后，才能询问证人。检察官、被告人、辩护人，谁提出请求询问，经审判长批准后，谁就先询问。但审判长认为

必要时，可以变更这种询问顺序（第304条）。当法院认为证人在被告人面前会受到压迫而不能充分提供证言时，以辩护人在场为限，并听取检察官和辩护人的意见，可以在证人陈述的当时，命被告人退席。当证人陈述完毕后，再命被告人入庭并告知证人证言的要旨，给予询问证人的机会（第304条之二）。

第四，在1985年以前的苏联和东欧（以下均同），证人证言被刑事诉讼法规定为一种独立的证据种类。

关于证人的资格，《苏俄刑事诉讼法典》规定，凡是可能知悉本案应当判明的任何情况的人，都可以被传唤作为证人。法律禁止将下列两种人当作证人询问：由于履行辩护人的义务而知悉案件情况的刑事被告人辩护人；由于自己生理上或精神上的缺陷，不能正确理解对于案件具有意义的情况和对于这种情况不能作出正确陈述的人（第72条）。但有的苏联学者认为，一般说来，不能将刑事被告人的辩护人当作证人询问，但是，如果辩护人知悉的对案件有意义的材料同履行辩护职责无关，对辩护人也可以像其他任何人一样，作为证人进行询问。在这种情况下，他就不能再行使该案的辩护职能。对于调查人员、控诉人、审判员、鉴定人、译员、书记员能否成为证人，学者们有不同的看法。有的认为，他们不能成为证人。因为，他们执行的职务同证人的义务是不相容的。但是，也有的学者认为，他们能成为证人。因为，法律没有禁止在必要时把上述人员作为证人询问。《苏俄刑事诉讼法典》没有规定未成年人从多大年龄起可以被当作证人询问，因此，在司法实践中，通常是把那些了解重大案情的未成年人，在不能用其他方法证明案情时，才把他们当作证人询问。询问时，特别注意采用恰当的方法。与英美和大陆法系国家的刑事诉讼法规定不同，苏联法律允许同刑事被告人有亲属、朋友、敌对和职务关系而对案件结局有利害关系的人作为证人询问。但在询问证人和审查其证言时应注意其客观真实性。

关于证人的义务。从《苏俄刑事诉讼法典》的规定看，证人的义务主要有三个方面：（1）证人必须依照调查人员、侦查员、检察长、法院的传唤到场，并作真实的陈述，叙说他对案件所知悉的一切情况，并回答向他提出的各种问题。证人没有正当理由不到场时，调查人员、侦查员、检察长和法院有权加以拘传。（2）证人拒绝或规避提供陈述，依照《苏俄刑法典》第182条和第181条的规定追究刑事责任（第73条）。（3）在法庭调查阶段，证人必须确切地陈述他对案件所知悉的一切情况，不得拒绝陈述和故意作虚伪陈述，否则，应负法律责任（第282条）。

与英美和大陆法系国家法律规定不同，在苏联，证人无宣誓的义务。但

《南斯拉夫刑事诉讼法》规定，可以要求证人宣誓。在主要庭审之前，如果担心证人因病或其他原因不能出席主要庭审时，证人可以只在法院面前宣誓。宣誓的原因记入笔录。宣誓按刑事诉讼法规定的要求进行。下列人员不得宣誓：被拘留时尚未成年的人；已证实或怀疑实施了、或参与了被询问的那个罪的人（《南斯拉夫刑事诉讼法》第235、236条）。

在苏联，法律赋予证人享有如下的权利：(1) 证人只回答本案应判明的有关问题；2. 证人陈述遇有必需计算和记忆困难的事项，可以预备记事单；(3) 证人可以宣读他持有的与证言有关的文件，但这时要遵守刑事诉讼法的有关规定；(4) 证人和其他刑事诉讼参与人一样，对于侦查员侵犯或限制他的权利的行为可以控告；(5) 证人有权请求赔偿因到案而支出的费用和离开通常职务所蒙受的损失，应当支付证人的费用数目由特别指示决定。为了保护证人，防止证人遭受刑讯逼供，刑法规定了对那些以要挟和暴力手段对待证人的行为的刑事责任。

关于询问证人。在苏联，对询问证人的程序和方法比英美和大陆法系国家的法律都规定得详细、具体。例如《苏俄刑事诉讼法典》规定，侦查员询问证人，一般采用送达传票的方法，传唤证人到侦查员办公地点进行，证人若不到指定的地点回答问题，侦查员可以拘传他们到指定地点。根据案情，为了便于向证人了解案件情况，侦查员可以到证人所在地（证人的服务机关或企业、就医的医疗机关、证人住宅或临时居地）进行询问（《苏俄刑事诉讼法典》第157条）。有的学者认为，询问证人最好不要在证人家里进行。因为在证人家里询问，一则缺少认真、严肃的环境，二则难免有外人闯入，暴露侦查内容和个别情节等。询问证人最好是选在最接近发生犯罪案件的时候进行。询问证人前应查明他们的身份，他们与犯罪嫌疑人、被告人、受害人的关系。向证人讲明其应尽的义务和享有的权利。询问证人，应当单独进行，让证人自由陈述他所了解的案情，然后，侦查员再向他提出问题，了解其未陈述到的有关情况。但不准用暗示答语的方式提出（第158条）。对于满十六岁和未满十四岁的证人进行询问，应依照法律规定的程序和要求去做（第159条）。询问证人应分准备询问、询问、制作询问笔录三个步骤进行。询问笔录是固定证人证言的内容，应依照法定程序和要求进行（第160条）。在苏联，像大陆法系国家一样，审判长主持法庭审判。在法庭调查阶段，审判长在调查了被告人的有关情况以后，让证人用口头方式（特殊情况下也可以用宣读书面证言和记录单）就与案件有关的情况作自由、全面陈述。然后再由审判长、公诉人和其他当事人向证人提问和询问。审判人员在证人陈述后的任何时间，都可以作补充询问。在法

庭审判时询问证人，法律规定了特殊程序和要求。总的来说，苏俄刑事诉讼法对于询问证人规定得比任何国家都详细、具体。

二、证人证言的概念和意义

（一）证人证言的概念

在阐述证人证言的概念之前，先阐述证人的概念及其特点。

证人是指除当事人、被害人之外就自己所知道的有关案件情况，向侦查、检察、审判人员进行陈述的人。

对什么是证人，法学理论界的表述不尽相同。但是，有两点是相同的：1. 他们是知道案件情况的人；2. 他们是向侦查、检察、审判人员陈述案情的人。除此之外，就有不同的表述了。例如，有的同志在给证人下定义时，就没有写明“除当事人、被害人之外”。我们认为，这是不准确的。因为，了解案件情况并向侦查、检察、审判人员陈述的人，除证人之外，还可能是当事人、被害人。因此，在表述什么是证人时，必须排除这两种人。有的同志可能会问，那么其他诉讼参与人是否也要排除呢？如鉴定人、翻译人员、法定代理人和辩护人，我们认为，没有必要。因为，鉴定人和翻译人员不了解案情（除司法人员告知以后的情况之外），自然不在证人之例。反之，如果他们了解案情，应当首先充当证人而不能兼作本案的鉴定人和翻译人员，二者只居其一。那么，对法定代理人和辩护人是否也要加以排除呢？我们认为，也没有必要。因为，法定代理人和辩护人的存在，是由当事人或被害人参加诉讼而派生出来的，没有当事人或被害人，自然就没有法定代理人和辩护人。因此，证人中只要排除了当事人和被害人，自然也就排除了他们的法定代理人和辩护人。在法学理论界，有的同志在教科书或论文中对证人的表述还写了“应公安司法机关的要求”字样，我们认为，也是不妥的。因为，尽管绝大部分证人是应公安司法机关的要求提供证言的。如有的是司法人员深入到证人住处、单位向他们进行询问，有的是以通知或传唤的形式要求他们到案陈述，但不管通知的形式或处所有什么不同，“应公安司法机关的要求”这点是相同的，这是事实。但是，在司法实践中，还有这种情况，有的是公民自己主动到公安司法机关进行检举，由侦查、检察或审判人员接待，并将公民的检举（口头的）依法制作笔录，或依法审查其书面检举，后来被采纳为定案的根据，这能说该主动检举人不是证人吗？因此，对于证人定义的表述，不应当加上“应公安司法机关的要求”内容，这样做不仅是人为地缩小了证人的范围，而且也不利调动公民主动地自觉地同犯罪作斗争的积极性。

证人的特点。所谓特点，就是人或事物所特有的地方。证人的特点，就是只有证人所特有，而他人所不备的地方。证人有哪些特点呢？法学界众说纷纭。我们认为，有比较才有鉴别。在刑事诉讼中，与证人相比较的对象应当是当事人、被害人、鉴定人和翻译人员。经过比较，我们认为，证人只具有一个特点，这就是证人具有不可代替性。所谓不可代替，一方面是指这一行为人只能是他，非他不可。即由于证人是知道案件情况的人，因此，谁能充当本案的证人，只能由他与案件有关系而决定，而这种关系是知道与被知道的关系，而不是别的关系。例如，甲知道案情，乙对案件一无所知，作为该案的证人，只能由甲充任，而不能由乙代替。这是证人区别于鉴定人和翻译人员的地方。因为，鉴定人和翻译人员是可以选择和指定的，虽然不可代替性也适用于当事人和被害人（因为当事人和被害人也不能任意选择或指定，也是由案件本身决定的）。但是，当事人和被害人也有区别，这表现在不可代替性的第二方面的含义，即证人对权利和义务的行使，别人代理不得，顶替不了。这一特点，是当事人和被害人所不完全具备的。因为，如果当事人和被害人是未成年人或精神病患者，其诉讼权利和义务可以由其法定代理人代替行使。因此，不可代替性是证人所独有的特点。至于证人、鉴定人、翻译人员以及当事人和被害人等，各自的诉讼地位不同，其享有的诉讼权利和应履行的义务有别，另当别论。

关于证人的特点，在法学界有的人主张，证人还具有排他性，并且解释说，这里的排他性专指行使诉讼职能而言，即行使诉讼职能的人员（主要是指侦查、检察、审判人员和书记员）只要了解案件情况，在刑事诉讼中就应当放弃其原来所行使的诉讼职能而充当证人，两者的关系既不能颠倒，也不可兼得。并举例说，例如，某法院审判员发现被告人携赃逃跑的事实后，除应立即采取措施外，还应当充当本案证人而不担任此案的审判人员。我们认为，这一特点只能与鉴定人和翻译人员相比较而存在，但是，它与当事人、被害人相比又不存在，即不是证人特有的，而是他们共同具有的。因为，如果侦查、检察、审判人员和书记员是案件当事人或被害人的，也同样应当放弃其原来的职责而充当当事人或被害人，所以说，排他性不能成为证人独有的特点。法学界还有的人认为，证人是与案件的诉讼无利害关系的第三人。并解释说，所谓案件诉讼的利害关系，是指与案件的结局或处理有无关系；所谓第三人，是指他们的诉讼地位是既不同于当事人，也有别于被害人的局外人。证人所陈述的内容，既有证明被告人有罪或罪重的事实，也有证明被告人无罪或罪轻的事实，还可能有证明案件其他情况的事实，如有关程序法的事实等。因此，证人既不担负控诉职能，也不担负辩护职能，他具有中立性。这一观点，从证人只与当

事人和被害人比较来讲，是对的，证人属于当事人和被害人之外的第三人，或称局外人。但是，证人与鉴定人、翻译人员来比，这一点又是他们所共同的，因此，它又不能称为证人所独有的特点。

在了解了证人的概念及其特点以后，对什么是证人证言，它有什么特点也就容易理解。

证人证言，是指证人就自己所知道的有关案件的情况，向侦查、检察、审判人员所作的陈述。其形式有口头的和书面的两种。

证人证言具有哪些特点？在我国法学界有不同的看法。有的认为，证言除具有证据的一般特点之外，还具有如下几个特点：(1) 证言是证人在明确了作证义务和享有证人的各种权利的情况下所作的陈述；(2) 证言是证人的直接感觉或转述他人的直接感觉；(3) 证言的内容是与案件或与被告人有关的具体情况；(4) 证言是证人直接向侦查、审判人员所作的陈述；(5) 证言是建立在个别陈述的基础之上的。我们认为，以上五项特点，均不足为只有证言所特有的地方，即不是证言的特点。因为，上述五点是所有言词证据（包括被害人陈述、被告人供述和辩解）都具备的，如被害人陈述、被告人供述和辩解，都是在明确了诉讼权利和义务的情况下，就自己直接或间接感受到的与案件有关的事实、个别的向侦查、检察、审判人员所作的陈述。再说，上述的第三点“证言的内容是与案件或被告人有关的具体情况”，实际上是证据的关联性（或称“相关性”），是任何证据都具有的本质属性，因此，它不能称为证言所特有的属性。那么，证人证言的特点到底是什么呢？这应当和前述对证人特点的分析一样，有比较才有鉴别。

首先，证言是言词证据的一种，它与被告人供述和辩解、被害人陈述相比，具有客观性、真实性的特点。这一特点是由证人在刑事诉讼中的特殊地位（如前所述，证人是诉讼第三人）决定的。虽说就了解案情这点与被害人、被告人相似，但是，由于他与案件的结局没有直接的利害关系。因此，不像被害人那样或出于气愤或意图最大限度地弥补、减少损失等强烈要求严惩被告人而夸大犯罪事实；也不像被告人那样，设法减轻或推脱罪责而缩小或隐瞒犯罪事实。所以证人证言的特点之一，是证人的陈述一般比较客观、真实。当然，证言的客观、真实性是相对的，它比起物证，鉴定结论、勘验检查笔录等还是逊色的。因为，它来源于证人的陈述，而证人又是受本身的智力，记忆力，社会，人与人之间的关系以及当时当地的客观环境条件等诸因素影响的，因此，其真实性只能与被害人陈述、被告人供述和辩解相比较而言。

证人证言是否全然不及物证、书证、鉴定结论等优越呢？不是的。因此，

证言的第二个特点是证明的范围极为广泛，它既包括证人亲身感受到（看到或听到）的有关案件的事实，也包括证人间接感受到（转述别人说的）的事实，还包括对案件有其他证明作用的事实。如侦查员在现场提取脚印（39 码皮鞋）后，被告人否认当时穿的皮鞋，辩解说是布鞋。证人（被告之妻）说：发案那几天他一直穿皮鞋（39 码）而未穿过布鞋，并指出存放布鞋的位置及其布鞋。此证人所反映的有关布鞋的情况就属对案件有其他证明作用的事实。证人证言证明的范围极为广泛，还体现在，证人证言既包括证人就被告人作案前情况的陈述，如被告人的犯意表示等；也包括了被告人作案时具体过程的陈述，如亲眼看到被告人行凶、盗窃等事实；还包括了被告人作案后情况的陈述，如被告的悔罪情况等；既包括了实体法方面事实的陈述，又包括了有关程序法方面事实的陈述，等等。而物证、书证、鉴定结论等，则只能证明案件的某一或某几个方面，因此，其片面性较强（主要指范围）。

证言的第三个特点是其证明事物的程度比较深刻，有时甚至是直接证据，能证明案件的主要事实；而物证等证据则不能。证人证言还往往给人以立体感的形象，如陈述的活灵活现，具体逼真等，所以，证人证言比物证、书证、鉴定结论等证据的感染力强，给人的印象深，有助于办案人员的审查判断。当然，证言的这些优点，也适用于被害人的陈述，被告人的供述和辩解。

（二）证人证言在刑事诉讼中的重要意义

证人证言在刑事诉讼中的重要意义，苏联法学家维辛斯基曾经说过：“证人的证言，这是最古老和最通行的一种诉讼证据。没有一种证据制度不是让证人的证言在一切他种证据当中占有较多或较少的强固地位的。这是完全可以理解的，因为直接看见的人，冷静地和客观地向法院和侦查机关报告这一事件的情况、犯罪人、犯罪环境等等，他的生动的语言对于法院判决不能没有巨大的意义。”又说：“证人的证言，这是揭露犯罪行为真相的最重要的手段。”维辛斯基的观点基本是正确的。我们之所以说其是基本上正确，是因为：

（1）他承认证人证言是“最古老和最通行的一种诉讼证据”，也就是说，证人证言是一种使用的历史最久、应用的范围最广的证据，这是历史唯物主义的观点。纵观世界历史，无论神示证据制度，法定证据制度，自由心证制度还是我们社会主义国家的证据制度，无不普遍地把证人证言作为证据；

（2）他承认直接看见案件情况的人，冷静地、客观地用生动语言向司法机关报告，对法院判决有巨大意义。这说明证人证言以其客观、真实性对正确判决所起的重要作用；

（3）他还承认证言是揭露犯罪真相的重要手段。这些都是正确的，是值得

我们借鉴的。但是，也有不够全面的地方。其一，维辛斯基只承认“直接的亲眼看见的人”才能客观地向司法机关报告案情，但是，没有对于大量存在的其他证人也有可能向司法机关如实反映案件事实的情况加以肯定，实际工作中，对这些证人证言的重要性也是不能忽视的。例如，证人转述别人告知他的情况，可以帮助司法人员找到原始证人或案件线索等。其二，维辛斯基只强调证人亲眼看见，而忽视了证人的亲耳听见，这也是不够全面的。那么，证人证言在刑事诉讼中究竟有什么重要意义呢？我们认为，它除了具有其他证据所具备的重要意义以外，还有它特殊的意义：

1. 证人证言是侦查、检察或审判人员最需要收集到并运用最广泛的一种证据。这是因为，一方面是由于犯罪分子生活在人民群众之中，其所做所为无不被群众所察觉，对于犯罪行为，公民一般都能积极主动地揭发和检举；另一方面是由于公安司法人员对于证人证言的收集比较容易，无需使用专门技术、运用专门设备就能收集到，而且证人证言的运用非常广泛，这是其他种证据（除被害人陈述外）所不及的。

2. 由于证人证言反映的案件事实比较全面、客观。如能反映案件的很多事实，犯罪的时间、地点、手段后果及其他情况等，而且还很客观生动形象，这对于查明案情，分清罪责轻重，准确地惩罚犯罪、保障无罪的人不受刑事追究都具有重要意义。

3. 传闻证言能为侦查、检察或审判人员提供案件线索，扩大侦查或调查范围，为寻找原始证据提供条件。在办理刑事案件中，公安司法人员开始往往只能收集到传闻证言，然后再根据反映的情况，顺藤摸瓜，找到原始证据，确定侦查方向，扩大调查范围，获得更直接更全面的证据。

4. 证人证言在某些案件中可能成为定案的惟一根据。例如，犯罪分子在公众场合下侮辱妇女、进行反革命煽动等，在行为人矢口否认，被害人下落不明的情况下，在场亲眼目睹者所提供的证言，便成为认定案件事实的唯一证据。因此，证人证言在刑事诉讼中具有很重要的意义。

三、证人的资格及其权利和义务

（一）证人的资格

对于证人的资格，有的学者称之为证人的范围。虽然说法不一，但所指的内容都是一样的，都是指什么人能成为证人的问题。所谓证人的资格，就是指证人应具备的条件。证人资格，各国法律规定不同，有的国家法律明确规定，如果了解案件情况的人与被告人有亲属关系，就不具备证人资格，因此，就不

能充当证人。如英国在《证据法》颁布前，依惯例推定犯有前科或与案件有利害关系的人及品格不端正的人无证人资格；美国少数州的法律规定，犯有伪证罪和不名誉罪的人不能充当证人；《联邦德国刑事诉讼法》第 60 条第 3 款规定；“被疑为与本案正待判决的犯人共同犯罪的主犯、共犯、从犯、受赃犯，或因与本案正待判决的犯罪人共同犯罪已经判处罪刑的”都不能称为证人，无证人资格；苏联法学博士拉洪诺夫认为，同案被告人（除自诉案件以外）无证人资格，鉴定人无证人资格。

我国刑事诉讼法第 48 条规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。”“生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。”从这条规定看，凡是知道案件情况的人，除不能辨别是非、不能正确表达的以外，其他人都有作证的资格。这是运用了先肯定全部后排除部分的方法来规定证人的范围的。在排除无作证资格的人当中，既没有提出与被告人有亲属关系的人、与案件有利害关系的人不能作证，也没有排除有前科的人、犯伪证罪及不名誉罪的人能充当证人。由此可知，证人的资格是：第一，证人必须是自然人，而不是法人；第二，证人必须是了解案件情况的人；第三，证人是能够辨别是非和能正确表达的人。如何理解“生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达”的人不能作证的问题，我们认为，应从以下三个方面来研究：

(1) 关于生理上有缺陷，不能辨别是非、不能正确表达的人不能作证人的问题。所谓生理上有缺陷，是指影响证人作证能力方面的缺陷，这种缺陷达到了足以影响他辨别是非、正确表达的程度，他就无作证的资格，也就不能充当证人。例如，耳聋的人，由于丧失了听觉，因此，他就不能以听到的事实作证，也就不能充当传闻证人。又如盲人，由于丧失了视觉，因此，他就不能以看见的事实作证，也就不能充当目击证人。但是，某一生理缺陷并没有使其完全丧失辨别是非、正确表达的能力时，他还有作证的资格。例如，四肢残废的人，他的视力好，听觉正常，也能正确表达（能说会写），其看到的犯罪行为的实施，听到的被害人的呼救，将情况向公安司法人员所作的陈述，就是证人证言，当然是本案的证人。又如，上述的聋、盲人，虽然有生理缺陷，但是他能避其所短、用其所长，耳聋人用自己的视力、盲人用自己的听觉，对与案件有关的事实达到了能辨别是非、能正确表达的程度，即具备了作证的资格。同理，哑人、残疾人也是一样。

综上所述，生理有缺陷的人，一般都没有完全丧失辨别是非、正确表达的能力，因此，虽然有某一或某些生理缺陷，只要他能够利用自己的正常机能对

与案件有关的事实达到能辨别是非、正确表达的程度，就可以成为证人，其陈述属实，就应当被采纳为证人证言。

(2) 关于精神上有缺陷不能辨别是非、不能正确表达的人不能作证人的问题。所谓精神上有缺陷，通常是指精神病患者或者患有一般精神疾病的人，如痴呆病人、间歇性精神病人等。精神病患者，由于其大脑完全丧失了正常的机能，不能正确地反映和表达客观事物，因此不能充当证人，勿容置疑。但是，对于间歇性精神病患者，要作具体分析。要分析他对与案件有关的事实的感受、记忆和陈述的时间，是他患病期间还是清醒期间，如果是前者，即不具备作证的资格；如果是后者，并且达到了正确辨别和表达的程度，即具备了证人的资格，其证言经查证属实，就可以作为定案的根据。同理，痴呆病人、智力低下的人能否充当证人，也只能以能否辨别是非和正确表达的标准来确定。

对于既有生理陷缺，又有精神缺陷的人，即完全丧失辨别和表达事物能力的人，不能充当证人是完全可以理解的。例如，长年或十几年沉睡的人，在患病期间不能充当证人。因为，这期间除了其生命还存在以外，其神智机能基本停止，故不能作证人。

(3) 关于年幼不能辨别是非、不能正确表达的人不能成为证人的问题。所谓年幼，一般是指 14 周岁以下的少年儿童。但是，我国法律对证人的年龄并未作限制性的明确规定。这是因为，虽然年幼的人生理机能的发育不够成熟，辨别是非、表达能力没有成年人强，但是，对于一些简单的事物，他所熟悉的情况，他不仅能够感受到，而且还能正确表达。因此，如果他所知道的案情，属于这些情况，他就可以成为证人。例如，甲盗窃乙的财物后躲在乙家门后，被年仅 10 岁的女孩看见，当公安人员向她询问时，她不仅陈述了乙家财物被盗的情况，而且还指出了盗窃犯就是本村的甲。在这种情况下，她是本案的证人，其证言经查对属实，就是定案的根据。由此可知，年幼的人能否充当证人，即是否具有作证的资格，决定的因素不是年龄的大小，而是他本身的智力、感知对象的复杂程度及熟悉程度等，只要达到了能正确辨别和表达的程度，即使年幼，也可以充当证人，否则，就没有作证的资格。

关于醉酒的人能否作为证人的问题，我们认为，可以作为证人。因为，醉酒虽说对人的神智有些影响，但是并不能使一个正常的成年人丧失辨别是非和正确表达的能力，所以醉酒的人不能排除在具有作证能力的人之外。

需要说明的是，辨别是非中的“是非”，主要是指证人对某事物是肯定还是否定、是存在还是不存在、是发生过还是未发生过等情况的认识和分辨，而不是指对该事物是合法还是非法、是正确还是错误的分析和判断。总之，只要

证人能够正确、如实地反映与案件有关的事物，就属于能辨别是非。至于事后出于各种不同的动机、目的，有意将正确的反映加以歪曲，或者是由于当时的特殊情况，将事物反映错了，那就应该另当别论了，即不是有无辨别是非的能力问题。关于正确表达，主要是指只要证人能够完整地、切合实际地表达出他所知道的案情，使收集证言的人能理解其陈述的意思，这种表达就是正确的表达。

法学界对下列人员是否具有证人资格有不同的看法：

(1) 关于同罪被告人能否互为证人的问题。

所谓同罪被告人，是指两名以上因犯同一种或同数种罪行而被控告并被追究刑事责任的人。如甲乙共同犯盗窃罪，甲和乙能否互为证人？一种观点认为，不能。因为，被告人和证人的诉讼地位不同，因此其责任也不同。同罪被告人一般都是为了推卸罪责，互相为对方扩大或捏造犯罪事实和情节。对此，按被告人要求，其行为不单独构成犯罪，不负刑事责任；但是，如果按证人要求，诬告他人不仅构成诬陷罪而且还应负刑事责任。因此，同罪被告人不能互为证人。另一种观点认为，同罪被告人在刑事诉讼中处于“半被告人、半证人”的地位，因此，他们既是同罪被告人，又是对方的证人。我们不同意第二种观点。因为，除了第一种观点申明的理由以外，还由于同罪被告人之间具有直接的利害关系，或者是互相推脱罪责，或者是为了包庇对方而虚假地包揽全部罪行。因此，如果他们可以互为证人，将所作的陈述作为定案的根据，是很容易出现错案的，这种错案在司法实践中也屡见不鲜。

(2) 关于同案被告人能否成为证人的问题。

同案被告人有两种情况，一是同罪，如前所述；二是同案而不同罪。对于同罪被告人能否成为证人的问题，自不用赘述；对于同案而不同罪的被告人能否成为对方的证人问题，在法学界认识不一致。有的说，对于同案而不同罪部分，可以互为证人；有的说，一概不能互为证人。因为，他们曾经共同实施过犯罪，并且此时他们都是被告人，其陈述只能属于供述或辩解，而不能成为证言。

我们认为，被告人是否能够成为证人，主要取决于其所了解的情况是否与被控告的共同犯罪的事实有关。有关系者，某被告不能成为他被告的证人；无关系者，某被告可以成为他被告的证人。因为，某被告提供的证明对象既然不是共犯中的事实，对另一被告处刑的轻重也就与己无关，因此，可以作为他被告的证言对待。例如，甲乙二人共犯流氓罪之后，乙单独又犯伤害罪，甲陈述乙伤害罪的事实就是证言，陈述流氓罪的事实，就是供述和辩解。但是，司法

实践中有这种情况，一案几个被告人虽然有的罪名不同，但所犯罪行互相牵连，在这种情况下，他们不能互为证人。例如，某盗窃案，甲被认定犯盗窃罪，乙被认定犯销赃罪，丙被认定为包庇罪（包庇甲、乙的犯罪行为），被告甲、乙、丙三人就不能互为证人，而是同案被告人。

(3) 关于辩护人能否成为证人的问题。我国法学界的一致看法是，辩护人能否成为证人取决于他所知道案情的来源是否与其履行的职责有关。如果辩护人知道的案情，是由于得到被告人的信任向他供述的，该辩护人就不能成为证人，反之，辩护人知道的案情，是在他被委托之前亲闻目睹的，该辩护人就应当拒绝被告人的委托而充当本案证人。同理，对于履行诉讼职能的人，如侦查人员、检察人员、审判人员（包括陪审员）、书记员、鉴定人以及翻译人员能否成为证人，关键的是要看他们履行作证义务是否与其行使诉讼职能相矛盾。如果他们知道的案情是由其行使诉讼职能得知，就不能成为证人，不具有作证资格；反之，其知道案情与其诉讼职能无关，是由案件所决定的，他们就具备证人资格，应当履行作证义务而放弃其行使诉讼职能。

(4) 关于某些辨认人能否成为证人的问题。

辨认，是指被害人、知情人及其他公民（包括被告人）依法对被告人、重大嫌疑人和其他公民（包括被害人、证人等）以及有关的物品、痕迹、人身和尸体等进行辨别或指认的行为。关于辨认的主体能否成为证人的问题，要对具体人进行具体分析。假如进行辨认的人是被害人，由于其诉讼地位不同，其陈述只能是被害人陈述，因此不能同时又是证人证言；如果进行辨认人是知情人，这里的"知情人"主要是指对与案件有联系的事物了解情况的人。这些人有的是知道与案件有直接关系的事实，如知情人目睹了犯罪的经过，但不认识在场的犯罪人和被害人，对他们可以进行辨认或指认，辨别清楚后所作的陈述就是证人证言。但是，有的知情人知道的是表面上与案件无关系、实际上对证明案情有意义的事实。如某造纸厂的工人辨认出用于书写反动标语的纸是本厂某月某日出品所作的陈述；又如某个体修表店修理工辨认张三曾让他修理过的梅花牌手表（赃物）所作的陈述等，能否成为证人证言？他们是不是证人？我们认为，他们属于与诉讼活动无利害关系的第三人，他们陈述的情况，虽然不能直接证明犯罪分子是谁或是否有犯罪事实发生，但是，对证明案件真实情况有意义。因此，他们具有证人的资格，所作的陈述就是证人证言。由此可知，无论是对与案件有直接联系的事实进行辨认后所作的陈述，也无论是对与案件有证明意义的事实（间接有关系的事实）进行辨认后所作的陈述，都属证人证言的范围，因此，知情人就是证人。辨认的主体中还有其他公民，这里的其他

公民主要是指被告人。被告人无论在法庭内还是法庭外对任何事物的辨认所作的陈述，均不是证人证言而是被告人的供述和辩解。综上所述，辨认人能够成为证人的只能是知情人，而不能是其他人。

(5) 关于见证人能否成为证人的问题。

见证人是指与案件无关应公安司法人员邀请观看某一刑事诉讼事项进行过程的人。通常被称为在场见证人。例如，在勘验、搜查、押物证、书证等程序中，都要依法邀请见证人参加。其目的有二：一是对司法人员的诉讼活动是否合法实行监督；二是对司法人员所进行的活动起证明作用。例如，证明某件东西是从某处搜查出来的等。但是，此时的见证人还不是证人。因为，见证人不是由案件本身所决定，而是由公安司法人员所选定的，所以其不具备证人具有的不可代替性的特点。不过，见证人可以转化为证人，那就是当需要他证明他所见证的活动是否合法时，他又成了证人，具有了不可代替性，所作的陈述就是证人证言。

(6) 关于具有外国国籍和无国籍的人能否成为证人的问题。

根据刑事诉讼法的有关规定，凡是知道案件情况、能辨别是非、正确表达的人，都可以充当证人，这里并没有排斥具有外国国籍及无国籍的人，因此，证人的资格不受有无国籍及何种国籍的限制。所以，在我国，对于具有证人资格的外国人或无国籍的人，我国公安司法人员都有权利要求他们如实提供证言。

（二）证人的义务和权利

证人是享有权利和履行义务的主体。对于作证来说，证人首先是履行义务，同时也享有一定的权利。

1. 证人的义务。

我国是社会主义国家，人民是国家的主人，知道案情主动履行作证义务是每一个公民的光荣职责。根据法律规定，证人作证的义务主要有：(1) 证人应该积极主动地向侦查、检察和审判人员提供证言；(2) 证人应当按照公安司法机关的要求到指定的地点或出席法庭陈述证言，不得无故拒绝作证；(3) 证人应据实陈述自己所知的有关案件情况，不得作伪证；(4) 证人对侦查人员的询问及其内容，根据要求，有保守秘密的义务，以保证侦查工作的顺利进行。

为保障证人顺利地履行上述义务，公安司法机关应当做好如下工作：

(1) 充分调动证人履行作证义务的积极性。要做到这点，必须在全体公民中大力宣传刑事诉讼法第 37 条的规定，宣传作证的重要性和必要性，宣扬积极主动作证的好人好事，批评那些有意回避作证的不良行为，公布个别证人因

拒不作证而受到的处罚等等，从而提高每一个公民积极作证的自觉性和责任感。

（2）必要时可传唤证人到公安司法机关作证，并教育其不得拒绝作证。所谓拒绝作证，是指有作证义务和资格的证人逃避或抗拒提供证言的行为。其表现主要有：①无故拒绝接受传唤；②经合法通知或传唤后无故不到指定地点提供证言；③明知案情而不陈述；④知道较详细的案情，不主动提供，而是问到什么回答什么，甚至故意否认已经知道的情况等等。产生上述情况的原因是多方面的，有的证人认为作证会丧失身份（多出于个别的高级干部或具有专业技术高级职务的人员）；有的与被告人有亲属或其他亲密关系；有的担心作证后会遭受被告人及其家属的报复；有的怕影响与被告人及其家庭成员的关系等等。要使证人解除这些思想顾虑，愉快地接受传唤，首先要向他们讲明作证的义务，让他们了解作证的责任；其次，要严惩那些对证人实行报复的人，切实保障证人的人身安全及合法权益；再次，对极少数无正当理由而拒绝作证的人，根据具体情况，依法对其采取有关的措施及相应的处罚。对经过合法传唤而无正当理由拒不到案的证人可以采用拘传方法责令到案；对于那些明明知道案情，经多次思想教育后仍拒不作证的人，可以考虑处以罚金；对于某些隐匿罪证或作假证包庇犯罪分子、情节严重构成犯罪的，可以比照刑法规定处罚；对因受贿等拒不作证而构成犯罪的，也可以比照刑法的有关规定处罚；在重大经济案件中，对犯罪分子的犯罪事实知情的直接主管人员或者仅有的知情工作人员不依法报案和不如实作证的，分别比照渎职罪处罚。

（3）教育证人据实陈述，不得作伪证。要做到这一点，也要首先向他讲明作证的义务和应负的法律责任；其次，对于故意作伪证的人可依其情节轻重给予党纪、政纪处分；对于情节特别严重并造成严重后果的，根据刑法的有关规定追究其刑事责任。但是，要把陈述与事实有出入甚至是错误的，和有意捏造事实、伪造证据陷害他人区别开来。

2. 证人的权利及法律保障。

为使证人能够提供客观、全面、具体的证言，法律规定证人享有许多诉讼权利，这主要是：（1）证人有使用本民族语言文字进行诉讼的权利；（2）在侦查期间，证人有要求侦查机关为他保密的权利；（3）对于公安司法人员的非法询问，证人有拒绝回答的权利；对于侵犯证人合法权益的行为，有向人民检察机关提出控告的权利；（4）对于询问笔录，证人有阅读、修改或补充的权利；（5）有要求自行书写证言的权利；（6）在法庭调查阶段，经审判长允许，证人有向被告人发问的权利；（7）对因作证误工和交通、住宿费用，证人有提出补

偿的权利；（8）证人有要求公安司法机关对其人身、财产安全予以保护的权利等等。

证人的这些诉讼权利，是由作证义务派生出来的，同时又是其履行义务的可靠保障，没有义务就无所谓权利，没有权利，也难以履行义务，因此，权利和义务是一致的，不可分割的。

为了保证证人更好地履行作证义务，刑事诉讼法作了许多规定，它既包括了证人应当享有的诉讼权利，也包括了公安司法机关应当为证人创造良好条件的内容。对于证人的诉讼权利，如前所述；对于公安司法机关的要求，法律作了较详尽的规定。例如我国刑事诉讼法第43条规定："……必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地、充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。"为了给证人提供作证的方便条件，刑事诉讼法第97条、99条，从询问证人的地点、环境，询问的方式及其程序等都作了具体规定。所有这些规定，都是以保证更好地履行作证义务和尽量不影响他们的工作、生产、学习及生活为出发点的。为了保障证人的合法权益和人身安全，打击阻挠、破坏证人作证的违法或犯罪行为，我国法律作了有关规定。如宪法第41条第2款规定："对于公民的申诉、控告或者检举，有关国家机关必须查清事实，负责处理。任何人不得压制和打击报复。"对证人进行威胁、恫吓、刑讯逼证的执法人员，也应当视情节轻重，分别给以党纪、政纪处分，直至追究刑事责任，以确保证人的合法权益不受侵犯。

四、证人证言的收集

证人证言的收集，直接关系到证言本身的真实可靠性。正直的证人，对案情了解比较清楚的证人，由于收集证言的程序不合法，或者方法不当，以及其他原因，其证言可能是不真实的，甚至是假的，起码可能是不周全的，或者是不能起证明作用的。为保证证人证言的真实可靠性，收集证言必须讲究一定的方法并根据法律规定的程序进行。

证人证言的收集，主要是询问证人。询问证人可分为一般询问和法庭询问两种。所谓一般询问，是指在刑事诉讼活动中除法庭审判以外的一切对证人的询问。它包括：侦查阶段的询问、审查起诉阶段的询问和开庭前向证人的调查和询问。

为使询问证人收到良好的效果，询问时必须注意询问的方式、方法及前后顺序等。向证人进行询问以前，首先要做好充分的准备工作。熟悉案情，制定询问提纲或要点；确定询问对象，了解证人情况，如证人的身份、职业、性格

特点和身体状况（有无生理缺陷等）以及与被告人、被害人的关系，有无利害冲突或个人恩怨等；还要了解证人的心理状况，以便有针对性地做好工作。如是否有“五怕”情况（即怕得罪人挨报复；怕耽误时间；怕负责任；怕受牵连；怕出庭作证等），是否有“多一事不如少一事”的思想等等；然后选择确定询问的时间。一般来讲，为给证人提供方便，询问证人可选在工余、饭后，必要时也可以选在夜间进行。但是，询问妇女，除有女工作人员陪同外，一般都在白天进行。询问证人时，应当尽量为证人提供自然陈述的条件。在一般情况下，先同证人谈一些家常、国事等，当证人情绪轻松无拘无束时，向证人说明来意，然后让证人陈述。证人陈述有两种形式，一种是连续陈述，一种是问答式的陈述。司法实践中，通常的做法是先让证人作连续陈述，把自己所知道的有关情况从头到尾叙述一遍，便于证人全面、系统、客观地回忆起所见所闻，反映真实情况，帮助公安司法人员全面了解案情，收集可靠证据。然后，对于陈述中没有谈及到的重要问题或有矛盾的地方向证人提出来，并让其说明来源和根据。但是，提问要讲究方式方法，既不能指名也不能诱骗或暗示，更不能威逼拷打证人，必要时可以出示物证、照片等，帮助证人回忆已遗忘或记不清楚的事实。提问的语言要简短、明确、通俗易懂，切忌冗长、模糊、似是而非，根据证人的年龄、文化程度、职业等情况，选择其容易懂的语言进行提问。对未成年人的询问在方法上更要讲究。首先，要态度和蔼，消除其恐惧心理；其次，要掌握儿童心理，先讲一些他们感兴趣的事，等他敢于讲话时，以简单明确的语言向他提出问题；再次，忌一次提出一连串的问题让他回答。询问中要注意发现那些与其年龄，经历不符合的问题，以保证证言的客观真实性。询问聋、哑证人，应当请通晓他们手势的人参加。

为使询问证人正确合法，询问证人必须依照法定程序进行。根据刑事诉讼法和有关法规的规定：

(1) 询问证人必须由公安机关（包括国家安全机关）人民检察院或人民法院的侦查、检察或审判人员进行，县（市辖区）直属以上的机关、团体、企业、事业单位保卫处、科的保卫干部，在公安机关指导下，可以依法询问证人。这些规定说明，其他任何机关、团体和个人都无权询问证人。

(2) 询问证人的地点，依照法律规定，可以到证人所在单位。到证人单位进行询问，既便利了证人，又可以得到单位支持，方便了解证人的情况，还可以帮助司法机关解除证人的各种思想顾虑。但是，对于该单位与案件有利害关系或涉及到有关国家机密和个人隐私等案情者除外。询问证人也可以到证人的住处进行。到证人的住处询问一般要通过当地组织，但特殊情况下例外。在必

要的时候，也可以通知证人到公安司法机关提供证言。所谓“必要的时候”，主要是指有利于开展侦查或审判，有利于保护证人、被害人的合法权益等的时机。通知证人，应当依法签发和送达传唤通知书，禁止用打招呼、托人带信等不合法的方法进行。

(3) 询问证人必须出示公安或司法机关的证明文件。所谓证明文件，不是指工作证、身份证等，而是为执行任务而临时开具的机关证明，其目的是为了证明询问人所代表的机关、执行何种职务以及本人的身份，以保证收集证据的合法性和严肃性。

(4) 询问证人应当个别进行。这一规定的含义是指，在同一案件中有两个和两个以上证人的情况下，应当分别询问，不能采取开座谈会或允许无关的人在场以及集体讨论的方式进行，以利证人独立思考，不受外界影响，使证人知道什么讲什么，防止人云亦云，真假难分；有利于解除证人的思想顾虑，使其畅所欲言；同时还有助于保守机密，避免给国家、诉讼或被害人带来不必要的损失。

(5) 询问证人，应当“告知”他如实地提供证据、证言和讲明有意作伪证或者隐匿罪证应负的法律责任，讲明如实提供证据和证言是公民应尽的义务，并且是用法律形式规定下来的义务。这就不仅要求每个公民都应当这样做，而且不这样做就是违法的，对于证人的伪证或有意隐匿罪证的行为，情节严重的，要追究法律责任。所谓“告知”证人，是指公开地告诉证人知道，使证人懂得我们的事业是正义的，同犯罪作斗争是代表公民意愿的。我们既不需要用什么宣誓、声明、具结等虚伪、威胁的方法去禁锢证人，也不否认证人伪证、隐匿罪证要负法律责任。法律没有规定某些人可以以亲属关系、职业上、业务上的保密以及特定官员的地位关系拒绝作证。由于我们坚持作证义务方面人人平等，所以，在任何证人作证之前都要公开地告知他们这些内容。

证人证言的固定。根据刑事诉讼法第 99 条的规定，询问证人应当制作笔录。根据法律规定和司法实践经验，询问笔录应当做到如下几点：

(1) 笔录的内容应该完整、详细，并运用统一的“询问笔录纸”按要求一一记明。如证人姓名、性别、年龄、职业、住址、询问的时间、地点以及证人与被告人、被害人的关系也应注明等。

(2) 笔录应如实地记载证人证言的内容，记载证人对每一事实和情节的陈述。一般都要求记原话、方言土语（在括号内译成普通用语）以及陈述时的语气、气势、表情等，决不允许将证人提供的具体情况在进行高度概括后用自己的话记录下来，并当作证言采信。

(3) 询问笔录应当交证人核对，对无阅读能力的，应当向他宣读。如记载有遗漏或者差错，证人可以提出补充或修改，当其承认笔录无误后，签名或者盖章，公安司法人员也应在笔录上签名，以保证其正确性。

(4) 必要的时候，还可以将证人陈述的内容用录音机录制下来，以待核对时播放。但是，由于磁带录音具有可能被人冲洗掉或删改的特点，因此，证人的陈述不如笔录保存得长久、可靠，所以它只是固定证据的辅助方法，而不是主要方法。

法庭上的询问证人。法庭上询问证人，除应当遵守一般询问的程序、方法和应注意的问题以外，还有其必须注意的几个特殊问题：

(1) 询问证人的时间，是由开庭的时间决定的。开庭前三日通知证人，证人应该遵传到庭，否则，可视情况不同，采取必要的措施。

(2) 询问证人的地点，是人民法院的审判庭。根据刑事诉讼法第36条和第115条的规定，证人证言必须经公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证，听取各方证人的证言并经过查实后才能作为定案的根据；当事人和辩护人经审判长许可，可以对证人发问。这些规定说明，证人出庭作证是证人应尽的义务，作为证人，应当积极主动地承担这一责任。

(3) 询问证人的方式。法庭上询问证人的方式，是指法庭上在谁的主持下、由哪些人以及如何进行询问证人的形式。对此问题，各国法律规定不同。英美法系国家规定，在法庭上询问证人采用交叉询问方式，即在法官的主持下，由控告方向辩护方相互询问，法官处于仲裁地位，询问采用主询问或直接询问、交互询问或反询问、再询问或直接询问等形式。大陆法系国家法律规定法官询问式，即在法庭上法官指挥一切，法官主动询问证人，被告人、公诉人、辩护人只有在法官的允许情况下，才能询问证人。日本和苏联也基本如此。从我国刑事诉讼法的有关规定看，法庭上询问证人是在审判长的主持下，以审判员、公诉人的询问为主，以诉讼参与人的发问为辅的一种混合式询问。这种询问方式，即可以充分发挥审判人员和公诉人询问证人的积极性，又可以使当事人、辩护人取得向证人发问的机会，从多方面地审查、核实证据，这有利于提高办案质量。但是，在司法实践中，存在不少问题：有的审判人员和公诉人只希望证人的陈述是原证言的重复，有的甚至要求证人将原证言背诵下来，或写成书面材料到法庭上宣读。但是，一旦发现陈述与证言不一致或者有矛盾时，或者听之任之，置之不理；或者手忙脚乱，不知所措，有的甚至当面训斥证人说：你原来是怎么说的?! 等等。对于当事人及其辩护人申请通知新的证人到庭，也是置若罔闻，照常开庭不误，致使证人作证不能起到应有的作

用。对此，必须纠正，严格依法办事。当然，不可否认，在法庭上也可以以宣读证言代替证人到庭陈述，但是，其效果有时不很理想，应尽量少用，特别是那些重要的证人、应尽量到庭作证。

五、证人证言的审查判断

审查判断证人证言，是指公安司法人员以辩证唯物主义为指导，运用法律、司法心理学、自然科学等方面的专业知识，对证人陈述的材料进行分析研究，以分辨真伪，决定取舍的一种诉讼活动。只有经过审查判断之后决定采用的证言，才能作为定案的根据。

审查判断证人证言是一项十分艰巨复杂的工作，要做好这一工作，必须注意如下几个问题：

（一）对证人证言的收集是否合法进行审查判断

一般说来，绝大多数办案人员能依法收集证言，但是，司法实践经验证明，少数办案人员出于各种动机，有的利用威胁、诱骗等违法手段收集证言，这些证言不能反映案件的真实情况。有的是没有按照法律要求的向证人交待应承担的法律责任，故证人不在询问笔录上签名或盖章，致使此证言没有法律效力。还有的没让证人最后阅读、补充或修改询问笔录，因此，笔录上无证人的签名或者盖章，此材料也是不合法的。对以上这些错误，应当纠正，或者重新收集，或者加以补充等。

（二）对证人证言的来源进行审查判断

证人证言的来源是否正确，直接关系到证言的真实可靠性。一般说来，有正确来源的证言比无正确来源的证言可靠。例如，有的证言来源于证人的捕风捉影，或来源于道听途说，其虚伪性很大，不能作为证据使用；相反，有的是证人亲眼目睹的有关案件情况，它属于原始证言，其真实性就强，一般说来就比较可靠。但是，有的证言是证人从原始证人那里得知后再转述的，这属于传来证据，其真实可靠性虽不如原始证言强，但是还可视为有正确来源。因为，可以通过它找到原始证人进行询问，得到原始证言。如果原始证人已经死亡或者丧失辨别是非、正确表达的能力以及下落不明无法找到时，只要传来证言与其他证据相一致，就可以被采纳为证据。

（三）对证人证言的形成情况进行审查判断

由于证人证言的形成要经历不同的阶段，同时，有许多因素会对证人证言有影响，因此，审查判断证人证言时，应当对不同阶段的各种因素也要进行分

析研究，以判定证言真实与否。对此，可以从如下两个方面考虑：

1. 主观方面。证人主观方面的因素对证言真实性的影响很大，有时甚至是起决定作用。对证人证言有影响的主观因素，大致有四种情况：

(1) 证人与被告人或被害人有某种利害关系。例如，是亲属、好友、同学、同事等或者是素有仇怨等关系。因此，其所提供的证言是否有有意缩小乃至隐瞒或者是有意夸大乃至捏造案件事实的情况，对此，都要进行审查判断。

(2) 证人有接受被告人、被害人及其他们的家属贿赂、收买、指使等情况，因此，其证言不真实、可靠。

(3) 证人与案件的最终判决有利害关系。在这种情况下，证人所提供的证言，或者是为推卸自己的责任而夸大被告人的罪责，或者是掩盖、缩小犯罪的严重情节，等等。

(4) 证人的觉悟低、思想品质不好等也是影响证人证言真实性的重要因素。一般说来，诚实的、觉悟高、品质好的证人所提供的证言比较可靠，反之，就不可靠。这些人，由于主观因素的影响，出于各种不同的动机、目的而作虚假陈述，夸大或缩小犯罪事实，因此，对其一定要进行审查。

2. 客观方面。客观方面，主要包括证人的感知、记忆和陈述三个阶段。审查证人证言在客观方面的影响，必须从以下三个阶段进行：

(1) 证人的感知阶段。一起犯罪案件发生，证人通过自己的感官机能觉察到了某些情况，这是证人证言形成的感知阶段。感知又分为感觉和知觉。感觉是对对象的个别属性的反映，如颜色、气味等；知觉是对对象不同属性总和及其相互关系的反映，如距离、速度、情况等。正确感知事物，是证人形成证言的基础。而正确的感知取决于感官机能，感知时的精神状态和客观外界环境等情况。审查证人证言在这个阶段是否正确，必须从如下三个方面进行：其一，从证人的感官机能方面审查。所谓感官机能，是指证人感觉发现犯罪事实的各种素质和条件。如证人的视力好坏，听力强弱等。一般说来，视力好的证人，在可及的范围内，如无其他障碍，看到与犯罪有关的情况，就比视力差的证人清楚、准确；听力强的证人，在相同距离的条件下，听到有关犯罪事实的情况就比听力弱的证人全面、清晰、准确，甚至能听到听力弱的证人所听不到的情况；同样，嗅觉灵敏的证人能闻到与犯罪事实有关的气味，有的还能分辨出属何种气味（汽油、煤油、煤气、血腥等味），嗅觉差的人就不一定能闻到，有的虽然能闻到，但分辨不出气味的种类。凡此种种，都是影响证人证言真实性的因素。其二，从证人感知犯罪事实的精神状态方面审查。一般说来，当证人在精神集中的情况下对所见所闻的事实记忆就清楚、准确、深刻，反之，就不

太清楚、准确、深刻。例如，当证人甲看到犯罪分子持刀杀人上前阻止并擒拿他时，由于精神集中，感受深刻，所以甲对犯罪分子的体貌及犯罪行为就记得清楚、准确；当证人乙从犯罪现场匆忙而过，或漫不经心地看了一眼犯罪分子就离开了现场，那么乙提供的有关犯罪分子的相貌特征及犯罪情况就不如甲提供的全面、准确、清晰。其三，从证人感知时客观外界的环境情况进行审查。客观环境情况主要包括时间、地点、地形、气候、天气、光线、距离以及被感知对象的状态（是静止的还是运动的）等。一般说来，在白天自然光的条件下证人看到的犯罪事实就比晚上灯光下看到的清楚；在距离近的地点比远离犯罪地点看到或听到的有关犯罪情况清楚；在相同距离的情况下，证人在晴天比在雾天看到的清楚；在高处比在低处看到的清楚；对静止的犯罪对象比对运动的犯罪对象看得清楚，等等。在审查证人证言时，必须注意到这些因素对证言所产生的影响。

(2) 证人的记忆阶段。记忆是人脑对感知映象的保存和恢复过程。识记、保持、再现构成记忆的全过程。记忆从识记开始，即在有意识的作用下把感官机能吸收的映象记入大脑。把这种映象保存下来就属于保持。在外界一定条件的作用下被保持下来的映象重新显现出来，就属于再现。如果人们对客观外界的映象能识记到而保存下来，或保存下来再现不了，就会产生记忆受阻或被遗忘的现象。在审查证人证言时，必须注意这些问题。具体到每一个证人来说，还要注意：

①从证人记忆力的特点方面进行审查。记忆力是人脑对感官机能保持和恢复记忆的能力。由于人的年龄、职业、健康状况等的不同，因此，其记忆力各具特点。一般说来，年青证人比中老年证人对犯罪事实的记忆准确；中、青年证人比老年证人对犯罪事实记忆清楚；经过专记职业训练的证人（如记忆协会成员）比普通证人记忆快，记得牢固；大脑健康的人比患过大脑疾病的证人对犯罪事实及与犯罪有关的事实记忆清晰；从事某一职业的证人对本职业方面的事实比一般证人记得牢、记得准；用心记忆比不太留神记忆深刻；精神高度紧张的证人比精神放松的证人对与案件有关的事实记得不清楚，等等。证人证言是否真实，必须从各种影响证人记忆力因素进行审查和判断。

②从证人记忆保持的时间方面进行审查。记忆保持的时间，是指证人从感知到被询问的这段时间。一般说来，记忆力的强弱与记忆保持的时间长短成反比，即询问距感知的时间越长，记忆力越弱，记忆的情况就越模糊或淡薄；反之，记忆力就强，记忆的情况就越清晰、准确。在审查证人记忆的时间时，还要考虑到，从证人开始记忆到询问这段时间之中，证人是否有因受其他重大事

件的介入、干扰，冲淡了证人对犯罪事实记忆的情况。如果有这种情况，还要认真考虑这种因素对证人证言真实、准确性的影响的大小程度。在审查证人证言时，还必须注意到证人从感知到陈述犯罪事实之间，大脑是否患过疾病，精神是否受过强烈刺激，它们对陈述证言是否有影响、影响大小等等。

(3) 证人的陈述阶段。证人的陈述，是指证人把自己感知和记忆的有关犯罪事实的情况向侦审、检察、审判人员所作的叙述。它是证人证言形成的最后阶段。审查证人的陈述，必须注意两点：

①从证人陈述能力方面进行审查。证人的陈述能力是指证人能否以正确的语言和严密的逻辑形式把所了解到的有关案件情况提供、叙说出来的能力。证人的陈述能力与其年龄、文化程度、社会经历、职业、健康状况等有关。一般说来，对案件事实的陈述，中、青年人比老年人清楚；文化水平高的证人比文化水平低的证人陈述清楚；证人中的干部、教师、职工等，比家庭妇女陈述清楚；对与本职业有关的犯罪事实比不懂该专业的证人的陈述清楚；正常的证人比患口吃病的证人陈述清楚；公安司法人员比一般公民陈述得清楚等等。当然，有些能言善辩的证人，对有关案件情况的陈述受年龄、文化水平、经历等客观条件限制的程度小一些。

②从证人陈述时有无外界因素对证人影响方面进行审查。证人陈述，除了自身的陈述能力以外，还会受到客观外界的影响。例如，农村妇女、老人在森严的气氛中陈述，其陈述能力的发挥就比在正常环境中差。例如，某妇女在家向司法人员陈述时，有条有理，合乎实际。到了众多人旁听的法庭上，由于心情紧张，陈述时却结结巴巴，语无伦次，甚至是非颠倒，等等。在审查证人证言是否真实可靠时，必须注意上述诸因素对证人陈述力的影响，从而判断出证言的真伪。

（四）对证人证言的前后是否一致、和其他证据有无矛盾进行审查判断

询问同一证人，有的只询问一次，但是有不少案件对证人询问数次，特别是对那些主要证人，或者对有些事实陈述不清的证人，更是如此。为了审查证言的真伪，首先要对证言的前后是否一致进行审查。对只有一次的证言，应从其前后有无矛盾、是否符合情理方面进行审查；对数次询问的证言，可以从它们所反映的内容是否相符方面进行审查。一般说来，前后一致，几次询问未发现矛盾、甚至相对立的情况，是比较真实可靠的；反之，即是不太可靠的，起码是其中肯定有不可靠的。对于不真实、不可靠的证言，还应当再次进行询问，以辨真假，排除矛盾，做到“采用有理，否定有据”。其次，将证人证言与案内物证、书证以及其他证据进行对比研究。一般说来，在每一刑事案件

中，都有几种证据。为了审查证人证言的真实可靠性，可以将其与其他证据进行对比、分析。如果证人证言所证明的案件情况与其他证据相一致，那么，就表明该证言是真实的，可以将其采纳为证据。否则，还要再次进行调查，询问产生矛盾的原因。当然，也可能有这种情况，即其他证据可能是不真实的。对此，也要进行查实。经查实证明其他证据正确无误，就表明该证言是假的，或不真实的。因此，该证言就不能成为本案的证据。反之，就要否定其他证据。总之，各种证据（包括证人证言），经过审查，发现了矛盾、不一致、不符合的情况，就要通过进一步地调查、核实，直至消除矛盾、互相一致为止。

（五）对年幼证人证言的审查判断

根据我国刑事诉讼法规定，年幼的人只要能辨别是非，能正确表达，也能充当证人。年幼人的证言的形成也与成年证人证言的形成一样，要经历感知、记忆、陈述三个阶段。但是，由于年龄小，智力发育不很健全，表达能力不强，因此，证言有其自身的特点：

1. 在感知阶段，年幼证人的感知与成年人相比，具有直观性、片面性和表面性。从直观性角度看，年幼证人感知的犯罪事实比较客观、真实，不会或很少掺入想象和推断等主观因素，因此，其证言比较朴实，公正；从片面性、表面性方面看，年幼证人感知的有关案情欠缺全面、深入，对复杂的事实提供证言就不全面、不准确。

2. 在记忆阶段，年幼证人机械记忆力强，因此，对犯罪事实的记忆清楚，保持的时间也长。但是，由于年幼证人富于幻想，容易受别人影响，如在有人进行暗示、打手势等情况下，会把自己本来看不清楚的事物说成看得清楚，甚至把没有看见的东西说看见了。

3. 在陈述阶段，由于年幼证人缺乏陈述方面的经验，逻辑性差，因此，他们对与案件有关的简单情况能如实陈述清楚，但对比较复杂的事实就有可能说不清楚，甚至本末倒置是非颠倒。同时，他们也不会故意编造谎言，也不会夸大或缩小犯罪情节。由于年幼证人见世面少，对办案人员的询问可能产生恐惧心理或紧张情绪，因此，其陈述可能不连贯、不全面、不准确，甚至连本来看得很清楚的事物也表达不出来等。

在审查年幼证人证言的过程中，必须注意上述诸因素对证言的影响，从而作出正确的判断。

第五节 被害人陈述

一、外国有关被害人陈述的理论和法律规定

第一，英美法系国家中，有的国家法律规定，由被害人向司法机关起诉的案件中，被害人属一方当事人，享有原告当事人的诉讼权利和履行当事人的诉讼义务。在检察官或警官提起公诉的案件中，被害人被视为证人，享有证人的诉讼权利和履行证人的义务。

第二，在大陆法系国家中，绝大多数国家刑事诉讼法把被害人从证人中划分出来，作为一种独立的诉讼参与人。被害人陈述，也就相应地成了一种独立的证据种类。例如，《联邦德国刑事诉讼法》第五编，对"被害人参加诉讼"作了一系列规定：凡是轻微犯罪案件（轻微侮辱罪案件、伤害他人身体的轻微犯罪案件、轻微恐吓罪案件、损坏财产的轻微犯罪案件等八类）中的被害人，有权充当自诉人。检察官根据法律规定，有权提起公诉。在公诉案件中，被害人有权作为参加人提出与公诉合并在一起，参加诉讼。在与公诉合并诉讼的案件中，被害人以参加人的身份参加诉讼，享有自诉人的权利。合并判决书要送给作为诉讼参加人的被害人。如果被害人对判决不服，不管检察官的意见如何，自己可以独立提起上诉。被害人或者他的继承人在刑事诉讼中，可以向被告人提出因犯罪行为而产生的包括财产权在内的要求权，但以法律规定的要求为限。凡是被害人所作的与案件有关的叙述，均属于被害人陈述。从《法国刑事诉讼法》第2条和第3条规定看，受害人（被害人）已被从证人的地位中划分出来，有提起刑事附带民事诉讼的权利。

第三，在日本，被害人是独立的诉讼参与人，享有告诉权。被害人的告发，应以书面或言词形式向检察官或司法警官提出。检察官或司法警察官接受言词告发，应制作笔录。由于在日本实行国家追诉主义，由检察官垄断起诉，不实行自诉制度，因此，凡有被害人陈述的案件，都由检察官起诉，即公诉（《日本刑事诉讼法》，第230、234、247条）。

第四，在苏联和东欧国家（1985年以前）刑事诉讼法中，各国已明确把被害人陈述列为一独立的证据种类。例如，《苏俄刑事诉讼法典》第75条规定，受害人（被害人）的义务是：必须依照调查人员、侦查员、检察长、法院的传唤到场，并作真实的陈述；叙说他对于案件所知悉的一切情况，并回答所

提出的各项问题。收集受害人陈述的内容，是与案件有关并应当判明的情况，以及同刑事被告人的相互关系。对于受害人叙说的实际材料，如果他不能指出所知悉的来源，就不能将其采纳为证据。若受害人接到传唤没有正当理由而不到场，拒绝或回避提供陈述以及故意作虚伪陈述，将要受到刑事追究。

关于询问受害人的程序。传唤受害人使用传票。询问受害人应依照《苏俄刑事诉讼法典》的有关规定制作笔录。笔录以受害人第一人称记录，并尽可能逐字逐句记录。必要时，应当记录向受害人提出的问题和他的回答。询问结束后，应将笔录交给受害人阅读，或经请求，由侦查员向他宣读。结束后，由受害人在笔录上记明：亲自阅读过或由侦查员向他宣读过；如果受害人承认记录无误，也应在笔录上记明；最后在笔录上签名；如果笔录有页，要逐页签名。侦查员有权对笔录加以补充和修正，对此，应记入笔录。如果受害人请求自行书写，应当同意，并在笔录中记明。受害人书写的材料，签名后交侦查员，侦查员审查后应签名。若询问受害人有翻译人员参加，询问笔录应依照《苏俄刑事诉讼法典》第 151 条的规定制成（《苏俄刑事诉讼法》，第 155 - 160、161 条）。

《罗马尼亚刑事诉讼法》也把被害人陈述列为独立的证据种类，并规定询问被害人、民事当事人和负责赔偿物质损失者，同样可以适用有关讯问被告人或者犯罪嫌疑人的规定（《罗马尼亚刑事诉讼法》，第 75 - 77 条）。

由此可见，与其他国家相比，苏联和东欧国家刑事诉讼法，不仅把被害人陈述从证人证言中划分出来，使其成为一种独立的证据种类，而且对如何收集、固定、运用被害人陈述作出了比较详细、具体的规定。

二、被害人陈述的概念、特点和意义

（一）被害人陈述的概念

1. 被害人的概念。什么叫被害人？我国法学界看法不一。虽然各种法学辞典、教科书或文章对此分歧甚多，但是，概而言之，不外有如下两种观点：一种观点认为，“被害人是指他的合法财产、人身权利、民主权利和其他权利遭受犯罪行为直接侵犯的人。”另一种观点认为，“被害人即刑事犯罪的受害者，包括公民和机关、团体、企业、事业单位等。”前者认为，被害人只能是受犯罪行为直接侵害的自然人；后者认为被害人除了自然人以外，还包括受犯罪行为侵害的“法人”。在法学界，同意前一种观点的学者占绝大多数，主张后一种观点的只占极少数。

把法人列为被害人范围的理由主要是：（1）把法人列为被害人范围有利于

调动社会一切力量同犯罪活动作斗争，同时，也是普及法律教育，增强法制观念的需要。(2) 能体现法人的意志，有利于保护法人的合法权益。(3) 把法人列入被害人范围，符合历史发展的趋势。我们不同意这种观点。因为，第一、由于被害人既享有法定的权利，又必须履行法定的义务，若把法人列为被害人，那么，法人作为一种组织，如何以个人的名义享受法定的权利和履行法定的义务呢？例如，根据刑事诉讼法第43条和45条规定，公民有权协助公安司法机关调查案件，收集罪证；如果把法人列入被害人范围，作为一种组织的法人，如何行使这种权利？第二、不把法人列为被害人，法人中的自然人——公民，也会积极支持公安司法同犯罪行为作斗争。因为，在我国，每个公民都认识到同犯罪行为作斗争是自己的义务。特别是法人中的领导者，一般觉悟高，同犯罪行为作斗争的积极性高。由于犯罪行为侵害法人的利益，实际上侵害了法人中每个成员（公民）的利益。为维护个人利益，他们也会积极地以各种形式（检举、揭发、提供证据等）协助公安司法机关追究犯罪分子的刑事责任。可见不把法人列为被害人范围，公民也会积极支持公安司法机关同犯罪作斗争。第三、不把法人列为被害人，法人的合法权益也会受到公安司法机关的保护。这是因为，一方面，公安司法机关是我国人民民主专政机关，其职责是惩罚犯罪，保护国家、集体和公民的合法财产和权利不受侵犯。当法人的财产遭受犯罪分子侵害时，它们就会履行自己的职责，依法收集证据，证实犯罪，惩罚犯罪分子，追回赃物赃款，尽量减少损失。另一方面，受犯罪行为侵害的机关、团体、企事业单位可以请求人民检察院在提起公诉的同时，提起附带民事诉讼，依法判处被告人赔偿损失，从而使受到的损失得到补偿。第四、我国刑事诉讼法没有把法人规定为被害人，几年的司法实践证明，这种规定是正确的。至于今后是否需要加以规定，要根据形势的发展和实际的需要而定。

我们认为，被害人是指其合法财产、人身权利、民主权利和其他权利遭受犯罪行为侵害的自然人。对此，可从如下几方面理解：

(1) 被害人遭受侵害的内容极为广泛。包括：合法财产，如依法所有的钱、财、物等；人身权利，如生命权、姓名权、肖像权、荣誉权、人身自由权、住宅权、通讯自由权，等；民主权利，如言论自由权、选举权和被选举权；其他权利，即依法应享受的权利，如被告人享有的辩护权、对刑讯行为的控告权，等。

(2) 被害人是犯罪行为的直接受害者。例如，上述权利直接受到侵害。但是，不包括间接受到的侵害，如，甲殴打乙致重伤。除乙的身体受直接侵害外，还有乙住院花费的医药费、营养补助费、误工费、交通运输费、陪护人员

费等。这些，也属于直接受到的侵害。但是，由于乙受重伤，导致乙母心脏病复发，乙母的人身危害及住院费用等，不属于直接受害，所以，乙母不是甲的行为被害人。

(3) 被害人是自然人。自然人，即受法律保护的有生命的公民。自然人既包括本国人，也包括外国人；既包括男人，也包括女人；既包括成年人，也包括未成年人和幼童；既包括身体健康的人，也包括残废人；既包括守法的公民，也包括罪犯（仅保护其合法部分的权利）等。

(4) 被害人的人数是不定的。在有的案件中，被害人只有一人；但在有的案件中，被害人有二人以上数人等。

2. 被害人陈述的概念。什么是被害人陈述？国内外学者有不同的观点。在苏联，有的学者认为，受害人（即被害人）陈述，是公民就给他造成精神、肉体或物质上损失的犯罪情况，向调查机关、侦查员或法院所作的口头叙述。在国内，具有代表性的观点有三种：(1) 陈述只反映犯罪事实的情况。如，有的认为："被害人陈述是指被害人就本身被侵害的经过和情况，向公安机关、人民检察院、人民法院所作的陈述。" (2) 陈述既反映犯罪事实的情况，又反映犯罪分子的情况。例如，有的说："被害人是指陈述直接受到犯罪行为侵害的人，就犯罪事实和有关犯罪分子的情况，向侦查、检察、审判人员所作的陈述。(3) 陈述案件情况。例如，有的认为："被害人就其了解的案件情况，向人民法院、人民检察院或公安机关所作的陈述，叫做刑事被害人的陈述。" 我们认为，第一种观点的表达，指出被害人陈述只反映身受侵害的犯罪事实，其内涵失之过窄；第二种观点的表述，虽然指出了被害人陈述还包括反映犯罪分子的情况，但还不够全面；第三种观点的表述，指出被害人陈述的内容是案件事实，这种提法既笼统、含糊，又与证人证言的内容没有区别。

关于被害人陈述，我们认为，应包括如下几方面内容：

(1) 陈述的主体，只能是直接遭受犯罪行为侵害的人，而不包括间接受犯罪行为侵害的人。

(2) 陈述的内容，既包括受犯罪分子侵害的情况（人身权利、财产所有权等），又包括犯罪分子的个人情况，还包括与处理案件有关的情况。如对公安司法人员违法取证的控告和对决定、判决、裁定不服而提出复议、申诉的情况等。

(3) 陈述的对象。陈述的对象，是指向哪些机关、哪些人员陈述。从这个意义上讲，陈述的对象只能是公安、检察、法院中的办案人员，即侦查人员、检察人员和审判人员。只有向他们陈述，才具有证据意义。

鉴于上述内容，我们认为，被害人陈述，是指直接受到犯罪行为侵害的人，就犯罪事实、犯罪分子的情况以及与处理案件有关的情况，向侦查、检察、审判人员所作的口头或书面陈述。

（二）被害人的特点

由于被害人陈述是由特定的主体、特定的内容、特定的对象组成的，因此，这就决定了被害人陈述具有其特点。具体表现在如下几方面：

1. 被害人陈述容易被收集到。由于被害人是犯罪行为直接侵害的对象，他们身受其害，具有强烈要求公安司法机关尽快查获到犯罪分子并依法给予惩罚的愿望。因此，一般说来，他们会主动地向公安司法机关控告、揭发犯罪事实，协助办案人员收集犯罪证据。这样，公安司法人员就很容易收集到被害人陈述。

2. 能够提供详细、具体的情况。由于被害人直接受犯罪行为侵害，有的被害人同犯罪分子进行过搏斗或有过正面接触（被诈骗等），是犯罪行为的受害者和目睹者，因此，一般说来，他们对犯罪人的面貌、犯罪时间、地点、手段，受害经过，造成的危害后果等都比较清楚，陈述时能够提供详细、具体的情况。有的被害人（如强奸、诈骗、伤害案中的被害人）甚至还可以说出犯罪分子的面貌、体型、动作特征、方言口音、衣着打扮，以及搏斗过程中在人犯身上造成伤痕等。他们在向侦查人员控告犯罪情况时，不仅能讲明被害的经过，而且能描述犯罪人的生理特征。根据其陈述，有时侦查人员能很快破案。

3. 夸大犯罪事实和情节的现象比较普遍。由于被害人亲身遭受犯罪行为造成的痛苦和危害，因此，为严惩犯罪分子，达到消仇解气之目的，容易产生偏激情绪，陈述时夸大受害的程度和情节。例如，伤害案中的被害人把轻伤说成重伤；盗窃案中的被害人容易夸大被盗财物的数量等。

4. 在某些情况下，容易提供不符合客观实际的陈述。这里所说的“某些情况”，是指两种：一种是客观外界的情况。例如，在被害人突然受到犯罪分子侵害的情况下（如杀人、伤害、抢劫等），由于被害人没有思想准备，加之当时心情紧张或精神恍惚，致使对犯罪情况看得不太清楚。因此，其陈述的内容，就不一定完全符合客观实际，有时，甚至将少年犯罪人说成是中年犯罪人；将高个子犯罪人说成是矮个子犯罪人等。另一种是被害人的主观情况。如在强奸案件中，有的被害人出于报复、义愤等动机将强奸未遂说成强奸既遂，甚至将通奸说成强奸；有的被害人出于害怕被告人报复、怕影响自己的前途，家庭关系等，把强奸既遂说成未遂，甚至否认被奸事实等。

（三）被害人陈述的意义

由于被害人陈述有上述特点，因此，它除了具有其他证据所具有意义以外，还有其特殊的意义。主要是：

1. 被害人陈述能够帮助公安司法机关尽快发现犯罪事实。由于被害人的切身利益受到犯罪行为的直接侵害，因此，他们出于对犯罪分子憎恨和为挽回犯罪行为造成的损失，一般说来，都会积极、主动地向公安司法机关控告和揭发犯罪，使公安司法机关能很快地发现犯罪事实。

2. 被害人陈述可以直接协助公安司法机关破案。由于多数被害人受害时同犯罪分子有过面对面的接触，有的还同犯罪分子搏斗过，亲眼看到犯罪分子实施犯罪的许多情况，有的还能描述犯罪分子的体型、相貌，甚至有的被害人能辨认或指认出犯罪分子是谁，所有这些都是协助公安司法机关破案的有利条件。

3. 被害人陈述能有力地制服犯罪分子。由于被害人最了解犯罪情况，在犯罪分子被捕获后拒不认罪时，只要被害人当面揭发和控告犯罪分子的犯罪经过、手段、造成的危害后果等，就能制服犯罪分子，使其在事实面前低头认罪。

三、被害人的权利、义务及诉讼地位

（一）被害人的权利

被害人享有哪些权利？我国法学界认识不一。有的认为有六项权利；有的认为有八项权利；还有的认为有九项权利。我们认为，根据刑事诉讼法规定，被害人有如下十二项权利：

1. 根据刑事诉讼法第 84 条和 85 条规定，被害人有权向公安机关、检察院或法院控告自己受侵害的事实和情况。

2. 根据刑事诉讼法第 43 条和 45 条的规定，被害人有权协助公安司法机关收集犯罪证据。

3. 根据刑事诉讼法第 85 条和最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于审理强奸案件应慎重处理被害人出庭问题的通知》中的有关规定，被害人有权要求公安司法机关保护其人身权利和其他权利不再遭受侵害；被害人不愿公开自己姓名的，在侦查阶段有权要求为他（她）们保密；人民法院开庭审理强奸或奸淫幼女案件时，被害人不愿出庭的，有权要求审判人员只宣读陈述笔录或亲笔写的书面陈述。如果被害人与被告人素不相识，被害人有权要求不公开自己的姓名。

4. 根据刑事诉讼法第 86 条规定，公安司法机关接受被害人控告后，如果决定不予立案，应将不立案的原因通知被害人。如果被害人不服，有权申请复议。

5. 根据刑事诉讼法第 100 条规定，被害人对询问他的笔录，有权要求阅读或者要求询问人员向他宣读；对记录中的错、漏之处有权要求修改或补充；还可以请求自行书写。

6. 根据刑事诉讼法第 143 条的规定，人民检察院决定不起诉的案件，应把不起诉的决定书送达被害人。如果被害人不服，在收到该文书的七日内，有权向人民检察院提出申诉。人民检察院应当将复查结果告知被害人。

7. 根据律师法规定，公诉案件的被害人，有权委托律师担任代理人参加诉讼。

8. 根据刑事诉讼法第 77 条规定，被害人有权提起附带民事诉讼。

9. 根据刑事诉讼法第 155 条和第 160 条的规定，在法庭审理阶段，被害人和附带民事诉讼的原告人，经审判长许可，有权向被告人发问；在公诉人发言后，被害人有权作补充发言；并有权参加法庭辩论。

10. 根据刑事诉讼法第 203 条的规定，被害人对已经发生法律效力的判决和裁定，如果不服，有权向人民法院或者人民检察院提出申诉。

11. 根据刑事诉讼法第 9 条规定，在整个刑事诉讼中，如果被害人不通晓当地通用的语言文字时，有权要求公安司法机关为他聘请翻译人员；被害人有权用本民族语言进行诉讼。

12. 根据刑事诉讼法第 14 条规定，被害人对于审判人员、检察人员和侦查人员的违法行为（如搞刑讯取证、诱证、人身侮辱等），有权控告等。

（二）被害人的义务

根据权利与义务相一致的原则，被害人享有法定的权利，必定要履行法定的义务。被害人应履行哪些义务？我们认为主要应当履行如下义务：

1. 根据刑事诉讼法第 84 条规定，被害人发现有犯罪事实发生，有义务向公安司法机关提出控告或检举。

2. 根据刑事诉讼法第 45 条第 3 款和第 85 条第 2 款的规定，被害人在向公安司法机关进行控告或检举犯罪事实时，应当实事求是，不能捏造事实，伪造证据，或者隐匿证据、毁灭证据。否则，不仅是违背应尽的义务，而且要负法律责任。

3. 根据刑事诉讼法第 45 条、第 105 条和第 158 条的规定，被害人有义务接受侦查、检察、审判人员为收集证据，对其身体的某些特征、伤害情况或生

理状态进行人身检查。

4. 根据刑事诉讼法第161条规定，在法庭审理过程中，被害人应该遵守法庭秩序，听从审判长指挥。

自诉人和附带民事诉讼原告人的权利和义务。

自诉案件中的自诉人和附带民事诉讼中的原告人都是受犯罪行为侵害的人，因此，他们都属于被害人。但是，在诉讼中他们是当事人，他们在自诉或附带民事诉讼中负有举证责任，在人民法院宣告判决以前，有权同被告人自行和解。对于缺乏证据的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，经人民法院调查又未能收集到必要证据的，就要自行撤回自诉，或者由人民法院裁定驳回控诉。

由上可见，我国法律规定被害人的诉讼权利和义务是辩证统一的，相辅相成的，二者不可偏废。公安司法机关既要保障被害人享受法律规定的权利，又要教育被害人履行法定的义务。只有这样，才能依靠被害人尽快查清犯罪事实，对案件作出正确的判处。

（三）被害人的诉讼地位

对被害人的诉讼地位问题，我国法学界的看法大致相同，但也有分歧。比较一致的看法是：在自诉案件中，被害人是诉讼一方的当事人，通常称为原告，他们享有当事人的一切诉讼权利和履行当事人的一切义务。在公诉案件中，如果被害人提起附带民事诉讼，他们又成了民事诉讼部分的原告人，享有民事原告人的一切诉讼权利和履行原告人的义务。分歧的意见是：

有的认为，被害人是遭受犯罪行为直接侵害的人，他们应当有权与公诉人一起追究犯罪，处在当事人的诉讼地位，享有当事人的一切诉讼权利。

有的认为，在公诉案件中，只有国家公诉机关有权追究犯罪，被害人处于证人地位。

还有的认为，在公诉案件中，被害人的诉讼地位与证人相近但又不完全相同，等。对此，我们认为很有探究的必要。现就有关问题阐述如下：

1. 被害人不处在当事人的诉讼地位。

刑事诉讼中的当事人，是指自诉人、被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人。被害人不处在自诉案件和附带民事诉讼被告人的诉讼地位是不言而喻的。因为，自诉人和原告人与被告人是控诉与被控诉的关系，自不在同一诉讼地位之上。但是，被害人的诉讼地位是否与自诉人、附带民事诉讼的原告人相同呢？也不同。虽然他们都是受犯罪行为侵害的人，但是，由于侵害的性质不同，社会危害不同，因此，他们的诉讼地位不同。自诉案件，由于犯罪的性质

不特别严重，国家法律把是否追诉的权利赋予给自诉人、法定代理人及其近亲属，因此，自诉人在刑事诉讼中起主导作用，既有起诉权，又有举证的义务。附带民事诉讼的原告人之所以成为原告人，主要是其合法财产受到犯罪行为的侵害，是否提起附带民事诉讼，由原告人自己决定。因此，原告人在附带民事诉讼中的地位基本上同于自诉人。而被害人则不同，由于被害人受侵害的性质严重，犯罪行为给社会及被害人造成的危害结果严重，因此，国家法律把对被告人的追诉权赋予给公诉机关——人民检察院，代表国家对被告人的犯罪行为提起公诉。被害人只有提出控告的权利，而无决定是否起诉的权利，也不负举证责任，一切由公安司法机关依法处理。

2. 被害人不处在证人的诉讼地位。

在诉讼地位方面，虽然被害人与证人有许多相似之处，如了解案情，其陈述可被采纳为证据等，但是，他们不处在证人的诉讼地位。主要表现在：(1) 从与犯罪及案件的处理关系方面看，被害人是直接受犯罪行为侵害的人，与案件的处理结果有直接的利害关系；而证人则不同，他们既不是直接受害者，也与案件的处理结果无直接利害关系。(2) 从法律赋予的权利看，被害人享有的权利比证人广泛。例如，下列权利只有被害人才享有，而证人不享有：被害人向公安司法机关控告的案件，如果已决定不立案，被害人有申请复议的权利；对人民检察院决定免予起诉和不起诉的案件，被害人不服，有申诉权；被害人有权委托律师代理他参加诉讼；有权提起附带民事诉讼；在法庭审理过程中，经审判长许可，有权向被告人发问，并可参加法庭辩论；对已经发生法律效力的判决和裁定，被害人若不服，有权向人民法院或人民检察院提出申诉等。

综上所述，被害人的诉讼地位，既不同于当事人，也有别于证人，他们与其他诉讼参与人一样，如法定代理人、辩护人、鉴定人和翻译人员等一样，处在独立的诉讼地位，享有法律赋予的诉讼权利和履行法定的义务。所不同的是，被害人“与案件的关系”仅次于当事人，但是优于其他诉讼参与人，因此，比其他诉讼参与人享有更广泛的权利，履行更特殊的义务。那种认为被害人的诉讼地位，是与公诉人站在一起的当事人，或者是处于证人地位，或者认为被害人的诉讼地位“和证人相近而又不相同”的观点，都是不符合我国刑事诉讼法规定的，也是不符合客观实际的。只有把被害人当作独立的诉讼参与人看待、承认他们在刑事诉讼中的独立地位，才符合法律规定。也只有这样，才能正确地对待被害人，调动他们的积极性，认真地收集他们提供的证据、仔细地进行审查判断，使刑事案件得到及时、正确的处理。

四、被害人陈述的收集

被害人陈述的收集，实际上就是询问被害人。它同询问证人一样，要依法进行，并注意询问的方式、方法。但是，由于被害人具有不同于证人的特点及诉讼地位，因此，在收集被害人陈述时，必须注意以下几个问题：

（一）询问的原则

为了使询问被害人取得良好的效果，在询问过程中，必须遵守一定的原则。根据司法实践和有关法律规定来看，这些原则应该是：

1. 及时询问被害人。

被害人中有的是人身权利受到犯罪行为的直接侵害；有的是合法财产受到犯罪行为侵害。他们有的可能主动到公安司法机关进行控告（报案），有的因伤势严重而无法去控告。无论属于那种情况，作为公安司法机关，只要发现有犯罪事实发生，就应该立即派员到发案地点寻找被害人进行询问，特别是对那些伤势严重的被害人，在可能的条件下，可以边抢救边询问。否则，时过境迁，或因时间长被害人记不清犯罪事实或因被害人死亡收集不到犯罪事实。即使是身体无伤或受伤轻微的被害人，如果时间长了，他们知道的犯罪事实在脑子里会部分地遗忘，如果不及时收集，就不能收集到尽可能全面、具体的犯罪事实。由上可见，收集被害人陈述必须及时。

2. 就地询问被害人。

由于有的被害人伤势严重无法到公安司法机关控告和检举犯罪；有的被害人因种种思想顾虑不愿或不敢到公安司法机关控告犯罪；有的被害人因交通不便或路途遥远不愿意主动到公安司法机关控告犯罪等。为了及时地收集到被害人陈述，查明犯罪事实真相，因此，只要公安司法机关了解到某地有犯罪事实发生，就应该立即派员去向被害人了解犯罪事实，收集证据。调查了解应到被害人住所，所在工作单位或工地去进行询问，一般不要采用通知或传唤的方式让被害人到公安司法机关内进行询问。这既是贯彻依靠群众、走群众路线的体现，也是及时收集到被害人陈述的需要，同时也方便被害人。

3. 当面询问被害人。

一般说来，被害人陈述作为刑事证据，也具有不可代替性。特别是在强奸、杀人（未死）、伤害、抢劫、诈骗、拐卖妇女等案件中，被害人身体受犯罪行为的侵害，对伤害经过和程度以及犯罪分子的有关情况很了解，在神智清醒的情况下，能够陈述得比较详细、具体。当面询问被害人，便于掌握其心理状态，解除思想顾虑，容易了解到全面情况，可以让其边回忆边陈述，必要时

可以插话、提问，这样获得的是第一手证据材料。反之，如果找不到被害人，或从此收集不到有关情况，或收集到的不是第一手材料，这对于证实犯罪、查获犯罪人都是不利的。

（二）询问被害人的程序和方法

1. 根据我国刑事诉讼法有关规定，询问被害人基本上同于询问证人，如可以到被害人单位或者住处进行，必须出示侦查机关的证明文件。

2. 询问被害人，应当个别进行，询问时应当告知其承担的法律责任，询问中严禁以刑讯、威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法进行。

3. 询问未成年人及聋哑被害人，要注意他们的特点，讲究适当的方法。

4. 根据刑事诉讼法第95条的规定制作笔录，等等。

上述这一切都与询问证人没什么区别，所不同的是询问被害人要因人因案而宜。所谓因案而宜，是指对不同案件中的被害人采用不同的方式和方法进行询问。例如，诈骗、抢劫案件中的被害人，在陈述被侵犯财产的情况时，不担心他人知道，不怕丢面子，因此，其陈述时不会有什么思想顾虑，只要按正常询问的方法进行就可以了。但是，强奸案件或轮奸案件中的被害人，由于陈述的内容属于阴私范围，若泄露出去，会影响其声誉、人格等，因此，她们一般不愿陈述或陈述很简单，或不陈述关键性问题。对这些被害人，首先要做好思想工作，使其放下思想包袱；其次，要选择好询问的地点（比较隐蔽、别人不出入的地方）；最后，还应注意询问方法。所谓因人而宜，是指对同类案件中的不同被害人采用不同的方法进行询问。例如，同是强奸案件中的被害人，有的性格属于内向性，有的属于外向性；有的是已婚的中年妇女，有的是未婚女青年等等。她们的年龄、性格、心理状态不同，因此，询问时应采用的方式、方法，也应不同。只有这样，才能获得内容比较完整、情况比较真实的陈述。

五、对被害人陈述的审查判断

对被害人陈述的审查判断，也基本上同于对证人证言的审查判断。除此之外，根据被害人的特点和其所处的诉讼地位，在审查被害人陈述时，还要注意如下两个问题：

1. 由于被害人受犯罪行为侵害过，特别是强奸、杀人、伤害、抢劫等案件，被害人亲身受到犯罪分子的侵害，有的还进行了坚决反抗、搏斗，出于对犯罪分子的愤恨和要求严惩犯罪分子的强烈愿望，因此，在陈述过程中很有可能夸大甚至编造犯罪事实或情节。对此，必须注意到。

2. 由于犯罪分子的侵害，是在突如其来、思想毫无防备的情况下发生的，

因此，被害人可能因精神高度紧张或激动，对犯罪行为的感知产生错误，以致产生幻觉。对此，也要予以高度注意。

针对上述问题，在对被害人陈述进行审查判断时，必须从如下两个方面进行：

1. 检查。对于强奸、杀人（未死）、伤害等案件中的被害人的伤害情况和程度，可以请医师或其他专门人员进行检查，以确定其被害伤的情况。然后，再对照被害人陈述的内容进行审查判断。

2. 侦查实验。对被害人陈述的某些受害情况，可以采用在相当于当时的时间、地方、气候、条件、环境等的情况下，按照模拟侦查的方法再次进行，用以审查判断被害人陈述是否符合客观实际情况，以辨别其真伪。

第六节　被告人供述和辩解

一、外国有关被告人供述和辩解的理论和法律规定

什么样的人被称为刑事被告人？这在世界各国刑事诉讼法中都有不同的规定。无论是英美法系国家，还是大陆法系国家，法律都把被控告，并由司法机关追究刑事责任的人，称为刑事被告人。但是，有些国家法律规定不完全如此。例如，《日本刑事诉讼法》规定，检察机关提起诉讼以前，由警察机关侦查的人，称为被疑人（第196、199条）。正在实施犯罪或刚实施犯罪的人，称为现行犯（第212条）。起诉到法院以后的犯罪人，称为刑事被告人（第272、274条）。《苏俄刑事诉讼法典》第46条规定："依照本法典所规定的程序作出确定为刑事被告人的人，认为是刑事被告人"，"已被送交法院审判的刑事被告人，称为受审人；已被作出宣告有罪刑事判决的刑事被告人称为被判刑人。"由上可见，刑事被告人包括依照法定程序作出的受审人和被判刑人。

第一，英美法系国家，资产阶级从维护"人权"的观点出发，在证据理论界和法律规定中，都强调被告人享有广泛的权利。其主要内容有：

1. 被告人在任何诉讼阶段都有辩护权；

2. 有权选定辩护人帮助自己辩护；

3. 有参加法庭辨认的权利；

4. 有申请调取证据的权利；

5. 有保持沉默或拒绝陈述的权利；

6. 不服法院判决有提出上诉和申诉的权利等。

虽然法律规定被告人有权获得辩护，但是，由于自己不懂浩如瀚海的法律，请律师又需要花费很多钱，因花不起钱请律师或花少量的钱只能请到水平低的律师，就无法辩护或者是辩护很不得力。有时法院也为被告人指定律师进行辩护，但是，指定的都是经验少、水平低的律师。

在英美法系国家法律还规定，被告人必须履行法定义务。主要有：被告人应服从传唤、拘留、逮捕；必须服从判决等。因此，即使参加辩护，也维护不了被告人的合法权益。

英美法系国家把被告人承认犯罪的陈述称为自白。法律规定，自白必定是被告人出于自愿（任自己的自由意志）供述，只有出自自愿供述的内容，才能被采纳为证据。但是，被告人是否出于自愿很难断定，为了保证被告人自愿供述，美国法律又作了一系列规定。例如，禁止对被告人身体施加强暴或胁迫；不容许对被告人实行感到精神上痛苦的行为，等等。虽然法律堂而皇之地规定，询问被告人不能搞刑讯逼供，但是，实际上刑讯逼供到处盛行。例如，某些国家的警察机关在延长审讯时间的同时对犯罪嫌疑人进行威胁拷打，强迫他们招供和提供揭发他人的证据，甚至还使用新型的工具，如麻醉、催眠、电击生殖器等对被告人进行刑讯逼供。

"自白"采用答复问题方式进行，但因问题冗长或持久不息致扰乱被告人之意志的，该自白不能被采纳为证据。自白经提出对抗被告人时，不论提出的方式如何，应提出全部自白，至少也应提出证人所听到部分。在这种情况下，被告人或其他证人对于自白得加以否认、解释、修正或诘责。若被告人不承认自白是出于自愿时，必须通知法院。法庭依诘询程序以决定自白是否出于自由意旨，双方仍应依照上述程序互相举证。对于自白的真伪，由法官依照自由心证原则进行确定。

第二，大陆法系国家的刑事诉讼法对被告人权利的规定，与上述英美法系国家基本相同。只是规定得更加详细，内容更具体。对于被告人的辩护权问题，《联邦德国刑事诉讼法》用了一章（第一编第十一章，共13条）的篇幅作了详细规定。例如，被告人在刑事诉讼任何阶段（包括侦查阶段）有权选定辩护人，辩护人的资格，哪些案件必须有辩护人，在什么条件下可以指定辩护人，在被告人缺席的情况下由谁代理辩护等，都作了明确规定（第137至148条）。在询问被告人方面，《联邦德国刑事诉讼法》也以专章（第一编第十章共6条）的篇幅规定，在侦查阶段讯问被告人的时间、地点、方法和讯问中被告人应享有的权利以及应当注意的问题等等（第133至136条）。例如，第136条

规定，对于被告人决定和表达意志的自白，不能用非法折磨、疲劳战术、妨害身体、服用药品、拷问、诈欺或催眠等方法予以侵犯。对于被告人，只能在法律许可的范围内施加强制力。按照刑事诉讼法规定，即不允许用威胁的方法，也严禁用损害记忆力和理解力的方法取得被告人的陈述。与此同时，《联邦德国刑事诉讼法》还规定，被告人有服从传唤、拘留、逮捕等强制措施的义务(第133条)。由此可见，《联邦德国刑事诉讼法》对非法取供和保护被告人合法权益规定得比较明确、具体。当然，法律规定是一回事，是不是依法去做则又是另外一回事。

在大陆法系各国，对证据的审查判断也是由法官依照自由心证原则进行。

第三，《日本刑事诉讼法》规定了被告人享有某些权利。例如，在侦查、起诉、审判阶段，有请辩护人为自己辩护的权利（该法第203、204、280、290条)。被告人有沉默权，有拒绝陈述和自由供述的权利；（第311条）有上诉权等（第351－358条)。与此同时，《日本刑事诉讼法》还规定了被告人必须履行如下义务：在公审日必须到庭；非经审判长许可不得退出法庭和遵守法庭秩序等（第285、288条)。对被告人陈述的审查判断，由审判官依照自由心证原则判定（第318条)。

第四，《苏俄刑事诉讼法典》规定被告人享有的权利，比英美法系和大陆法系国家以及日本刑事诉讼法都全面、具体。现归纳如下：

在整个刑事诉讼过程中，被告人享有：

1. 用本民族或本地区语言进行诉讼的权利（第17条)。

2. 有辩护的权利（第19条)。

3. 有拒绝辩护人辩护的权利（第50条)。

4. 有不受非法取供的权利（第20条)。

5. 有申请回避的权利（第46条)。

6. 对调查人员、侦查员、检察长和法院审判员的行为和裁判提出申诉的权利（第46条)。

在侦查阶段，被告人享有：

1. 有权知道受控罪名，有权对提起的控诉提出答辩、提出证据、提出申请（第6条)。

2. 有权请辩护人参加辩护（第46条)。

3. 对侦查笔录有拒绝签名的权利（第142条)。

4. 对鉴定，有权请求从他所指出的鉴定人中指定鉴定人，有权提出补充的问题，在鉴定时，取得侦查人的许可后，有权到场参加，并向鉴定人提出说

明和了解鉴定的意见等（第 158 条）。

5. 对鉴定意见，有权提出自己的说明和声明异议，有权请求向鉴定人提出补充的问题和补充鉴定或重新鉴定（第 193 条）。

6. 侦查终结后，有权了解案件的一切材料和提出补充侦查的申请（第 204 条）。

在审判阶段享有：

1. 有了解案件材料的权利（第 236 条）。

2. 有收到起诉书副本的权利（第 237 条）。

3. 在法庭调查阶段，有权陈述自己无罪、罪轻的理由（第 278 条）。

4. 有权参加法庭辩论和反驳（第 295、296 条）。

5. 有最后发言的权利（第 297 条）。

6. 有权了解审判笔录（第 264 条）。

7. 有权对审判笔录提出意见（第 265 条）。

8. 对刑事判决有提出上诉的权利（第 325 条）。

尽管《苏俄刑事诉讼法典》规定被告人享有的权利比英美法系和大陆法系国家以及日本刑事诉讼法规定被告人享有的权利既详细、又具体，但是，没有规定被告人享有沉默权和拒绝回答权，更没有规定被告人享有撒谎权。

《苏俄刑事诉讼法典》对被告人应履行的义务，虽然没有像对证人那样用专门条文的形式明确规定，但从某些法条规定的实质内容看，被告人应履行如下主要义务：

1. 已作出不远出具结的，不能远出（第 93 条）。

2. 被告人必须依照侦查员的传唤，在指定的时间到场，但特殊情况除外（第 146 条）。

3. 有义务接受侦查员进行的人身搜查（第 177 条）。

4. 有义务接受侦查人员依法进行的检验（第 181 条）。

5. 被告人接到审判庭发给的传唤，必须及时到庭受审（第 238 条）。

6. 受审人必须遵守法庭秩序，服从审判长的命令和指挥（第 263 条）。但是，《苏俄刑事诉讼法典》没有规定被告人如实陈述的义务；也没有规定被告人拒绝陈述或作虚伪陈述应负何种法律责任。

为了收集和固定被告人的供述，《苏俄刑事诉讼法典》规定了讯问被告人的程序，如何制作讯问笔录等。

关于讯问被告人的程序，该法典规定，侦查员应当在指出控告后立即讯问被告人。除迫不及待的情况以外，讯问不得在夜间进行。讯问应当在侦查的地

点进行。侦查员认为必要时，有权在被告人所在地进行。对一案有几个被告人的，应分别讯问，同时，应设法使他们不能互相接触。开始讯问时，应首先问被告人是否承认被控的罪行，然后再让他按照控诉的内容供述。侦查员应先听取其陈述，然后在必要时再向他提出问题。侦查员的每一次讯问，都依照有关法条规定制作笔录。在询问结束后，应将笔录交给被告人自读，或者经其请求，由侦查员宣读。被告人有权申请对笔录加以补充或修正。对此，都应记入笔录（《苏俄刑事诉讼法典》，第 150，151 条）。

对怎样收集被告人供述，《苏俄刑事诉讼法典》规定，法院、检察长、侦查员和调查人员，必须采取法律规定的一切办法，对案情进行全面、充分和客观的调查研究，查清证明被告人有罪和无罪、加重或减轻罪责的情况，并不得把证明义务转移给被告人。禁止用暴力、威吓、和其他非法手段逼取被告人供述（第 20 条）。由此可见，在收集被告人供述时，法律规定既要依法收集有罪和罪重方面的证据，又要收集无罪和罪轻方面的证据。这些都是英美法系国家、大陆法系国家和日本刑事诉讼法没有规定的内容。

关于如何审查判断被告人供述，《苏俄刑事诉讼法典》第 71 条规定，法院、检察长、侦查员和调查人员评定证据，应遵循法律和社会主义法律意识，依靠以全面、完满和客观审核案件全部情况为根据的自己的内心确信。英美法系、大陆法系国家和日本法律规定审查判断被告人供述是依靠法官的自由心证；而《苏俄刑事诉讼法典》规定审查判断被告人供述是靠办案人员的内心确信。从表面上看，二者好像没有什么区别，但从本质上看，却有根本的不同。因为，资产阶级法官审查判断被告人供述，只凭个人的理智、良心进行，而苏联的办案人员审查判断被告人供述，既要遵循法律和社会主义法律意识，又要依靠全面、完满和客观审核案件全部情况为根据。按照这些规定审查被告人供述，就能做到符合客观实际。

二、被告人供述和辩解的概念和意义

为了深入研究这种证据，就必须研究被告人的概念及其有关问题。

（一）被告人的概念、条件和特点

1. 被告人的概念。

我国刑事诉讼中的被告人，就是公安机关、人民检察院根据控告、检举和自首的材料经侦查或调查破案后，确定其实施了犯罪行为的人，或由原告人告发和人民法院直接受理的案件中够上立案条件并告知其被控告犯了某种罪行的人。简言之，刑事被告人，就是处在公、检、法机关破了案到法院判决生效以

前这个阶段被追究刑事责任的人。那种认为刑事被告人只在人民检察院审查起诉阶段；或者认为只有在人民法院审判阶段（判决生效之前）才存在的观点，都是不符合我国刑事诉讼法的规定和司法实际情况的。

2. 被告人的条件。

刑事诉讼中的被告人，是刑法所规定的主体，但是，并不一定是犯罪主体，即犯罪主体与刑事被告人不能划等号。因为，在一些特殊情况下，某人虽是犯罪的主体，但不是被追诉的对象，即不是被告人。例如，具有刑事诉讼法第 11 条所规定的六种情况之一的犯罪主体，就不是被告人。由此可见，被告人除了应具备犯罪主体的条件以外，还有其特殊的条件。

（1）被告人必须是犯罪的主体。

我国刑法规定，构成犯罪主体必须构成两个要件：刑事责任年龄和刑事责任能力。前者是指行为人的年龄必须已满十四周岁；后者是指行为人在实施犯罪时能辨别是非和能控制自己的行为。如果行为人不同时具备这两个条件，就不能构成犯罪主体，因而，也就不能成为刑事被告人。我国刑法对刑事责任年龄的规定有相对与绝对之分。相对责任年龄是指十四岁至十六岁之间的年龄。这些人实施了杀人、重伤害、抢劫、放火、惯窃罪或其他严重破坏社会秩序罪的，应追究其刑事责任，在刑事诉讼中，应将其确定为被告人。除上述行为之外，尽管他们也实施了危害社会的行为，但因不追究其刑事责任，不构成犯罪主体，不能将其确定为刑事被告人。绝对刑事责任年龄，是指已满十六岁和十六岁以上的年龄。对于这些人实施了犯罪行为，无论属于罪重或罪轻，都要追究其刑事责任，构成犯罪主体，因此，应将其确定为刑事被告人。刑事责任能力有完全和不完全之分。完全责任能力，是指具有正常思维能力和正确支配自己行动的能力。这就是人们常说的正常人的责任能力。若他们实施了犯罪行为，应戳穿其刑事责任，因构成犯罪主体，应将其确定被告人。不完全责任能力，是指精神病人。依照刑法第 18 条规定，精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果的，不负刑事责任（但是，当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗），因此，他们不是犯罪的主体，不应将其确定为刑事被告人。但是，如果是间歇性精神病人在精神正常的时候犯罪，应依法追究其刑事责任，他是犯罪主体，应将其确定为被告人。

刑法学界，有些同志认为，法人能成为犯罪主体。照此推论下去，在刑事诉讼中，能将法人确定为被告人。我们认为，这种观点是正确的。因为法人能成为犯罪的主体。这是因为，法人是一个具有民事权利义务主体资格的组织，在现实生活中，确实存在法人犯罪的问题。但是，这种犯罪是在法人的法定代

表人的指挥或授意下进行的，确实给社会造成了严重的后果。在法人犯罪的情况下，既应当追究法定代表人的刑事责任，还应当给法人组织处以罚金和没收非法所得。对直接实施犯罪的人也应追究其刑事责任。虽然法人犯罪有其特殊性的方面，但不能否认法人能成为刑事被告人。

(2) 刑事被告人必须是依法被追究刑事责任的人。

如前所述，凡是具有刑事诉讼法第15条规定的六种情况之一的人，虽然其行为构成犯罪，但不追究其刑事责任，不成为犯罪的主体，故不能确定其为刑事被告人。又如，依照刑法第16条、刑事诉讼法第16条规定，享有外交特权和豁免权的外国人在我国境内犯罪，对其中不需要追究刑事责任的人，都不能将其确定为刑事被告人。

综上所述，被告人的条件有两个，构成犯罪主体和依法被追究刑事责任。二者缺一不可。

明确被告人的条件，对于增强公安司法人员的法制观念，加强严格执法的自觉性，保障无罪和不需要追究刑事责任的公民不受刑事追究具有重要意义。

3. 被告人的特点。

我国刑事诉讼法规定，被告人是诉讼当事人，也是诉讼参与人之一。那么，被告人与其相比，有哪些特点呢？我们认为，主要有如下三点：

(1) 被告人是最了解案件情况的人。谓之被告人是最了解案件情况的人，是相对其他诉讼参与人而言的。因为，被告人是犯罪行为的实施者，他对为什么要犯罪（故意或过失）、如何犯罪（方法、手段、过程）、犯罪的时间、地点、犯罪造成的危害结果、犯罪后的表现等等，知道得比任何当事人或诉讼参与人清楚。而其他诉讼参与人，如被害人，自诉人和附带民事诉讼的原告人，他们只知道犯罪行为侵害他们合法权益那一阶段的情况，而不知道犯罪分子为什么要侵害他们和犯罪前做了哪些准备等。证人只知道他耳闻目见的某些犯罪事实，而不知道其他未所闻或未看到的其他犯罪情况。

(2) 被告人是被公安司法机关依法追究刑事责任的人。从这个角度观之，其他当事人和诉讼参与人则不是被追究刑事责任的人。他们当中，有的是控诉犯罪的，如自诉人、附带民事诉讼的原告人、被害人；有的是证实犯罪的人，如证人、鉴定人等。

(3) 被告人是与案件处理结果有最大、最密切关系的人。在刑事诉讼中，虽然被害人和其他诉讼参与人与案件处理结果也有利害关系，但只是部分的。例如，司法机关将被告人判处刑罚后，人身权利受到侵害的人可以得到精神上的抚慰；附带民事诉讼的原告人可以得到一定的经济补偿等。但是，对被告人

就不一样。如果被告人被判处管制或拘役，人身自由就要受到一定程度的限制；如果被判处有期徒刑或无期徒刑，人身就要受到监禁，并强迫劳动改造；如果被判处死刑，就被剥夺生命。二者相比，被告人与案件处理结果的关系最大、最密切。

我国法学界有的学者认为，被告人的特点还包括有“被告人是特定的，具有不可代替性”我们认为，这不是被告人独有的特点。因为，被害人、证人也都具有“不可代替”这种情况。还有的同志认为，被告人的特点还包括“被告人是诉讼案件一方的当事人。”我们认为，这也不是被告人独有的特点。因为，当事人除被告人以外，还有自诉人，附带民事诉讼的原告人。可见，上述观点是不可取的。

（二）被告人供述和辩解的概念。

什么是被告人供述和辩解？它们包括哪些具体内容？我们认为被告人供述和辩解，是指被告人向公安司法人员所作的有罪、罪重的供认和陈述，以及对无罪、罪轻所作的辩驳和解释。其内容包括“供”、“述”、“辩”、“解”四个方面。

1. 供。供是指被告人对有罪、罪重的供认。供认的方式有三种：（1）自首。所谓自首，是指被告人主动就自己的罪行向公、检、法机关或其他机关、组织交待并愿意承担刑事责任的行为。在哪些情况下被告人供认自己的罪行才算自首？我们认为，根据司法实践情况归纳，在如下九种情况下承认自己罪行的行为，均应被视为自首。①犯罪分子实施犯罪行为以后，在无任何人发觉的情况下，主动向公安司法机关或其他机关、组织交待自己的罪行。②犯罪分子实施犯罪以后，在其家人或亲戚的劝说或带领下立即主动向公安司法机关或其他机关、组织承认该罪是他实施的。③犯罪分子实施犯罪以后，群众知道了案情在尚未向公安司法机关报告之前，他主动向公安司法机关或其他机关、组织交待犯罪的全过程。④公安司法机关已经知道案件发生，但尚未破案，在这种情况下，犯罪分子主动向公安司法机关或其他机关、组织投案。⑤案发后，公安司法机关已经知道犯罪人是谁，在未来得及查处时，犯罪分子主动向公安司法机关或其他机关、组织认罪。⑥犯罪分子作案后逃跑，当公安机关正对其进行通缉、捉拿尚未缉获到时，主动向公安司法机关或其他机关、组织承认自己的罪行。⑦破案后，犯罪分子在交待此罪的同时又主动交待出公安司法机关尚未掌握的新罪。⑧被告人在坦白和承认的过程中，主动向公安司法机关交待从未被怀疑到的新罪。⑨残疾人犯罪后，由于生理条件限制不能亲自到公安司法机关或其他机关、组织投案，而委托家属或其他人向上述机关、组织交待自己

全部罪行。(2) 坦白。它是指行为人的犯罪事实已被公安司法机关发觉，并将其列为重大嫌疑对象，在被传讯时主动交待犯罪事实，以及在破案后主动交待出公安司法机关尚未掌握的罪证的行为。(3) 承认。它是指被告人在确凿的证据面前对自己的犯罪事实肯定全部或部分的行为。

2. 述。述是指被告人就与案件有关的事实所作的陈述。它主要包括：叙述、申述、诉述和控述等。(1) 叙述，即对与案件有关的事实的述说。如被告人交待自己的履历、与被害人有仇怨关系等。(2) 申述，是指被告人为申请享受某种权利的口头陈述。如申请用本民族语言文字进行诉讼，申请阅读讯问笔录并补充或更正笔录内容等。(3) 诉述，即要求上诉的陈述。如被告人不服一审判决，在法定期间内向上级人民法院提出上诉的口头或书面陈述。(4) 控述，即带有控告性质的陈述。如被告人就公安司法人员对其进行刑讯逼供或侮辱人格等向有关机关提出控告。

3. 辩。辩是指被告人对犯罪事实进行申辩、辩驳、拒认翻供和反诉等行为。其主要内容有：(1) 申辩。它是指被告人对某种犯罪事实进行申明和辩解。例如，被告人承认犯了罪，但又申明从犯罪到被控告已超过追诉时效等。(2) 辩驳。辩驳是指被告人对公安司法人员摆出的某种事实，运用自己掌握的证据进行反驳和辩解。例如公安司法人员认定被告人于某日某时在某地作案，被告人运用某日某时不在发案现场而在其姐夫家的事实进行反驳等。(3) 拒认。拒认就是抗拒承认，即被告人对被指控的犯罪事实在确实的证据面前拒不承认自己犯有罪行的行为。(4) 翻供。翻供是指被告人全部或部分地推翻曾经承认过的犯罪事实。例如，被告人第一次被讯问时承认盗窃了张某家的高级收录机一台，后来又否认，改称这台收录机是他从市场上买来的。(5) 辩论。辩论是指被告人在法庭辩论中就公诉人、被害人等提出的问题，以事实为根据同对方进行争辩和论证。

4. 解。解是指被告人对公安司法人员摆出的事实和证据所进行的解释。其内容主要包括：(1) 关于其行为不构成犯罪的解释。例如，被告人虽然承认其行为给社会造成了危害，但是，他又用大量事实说明其行为属于意外事件，正当防卫或紧急避险，不应负刑事责任等。(2) 关于罪轻的解释。例如，被告人以其自首、坦白和他在共犯中处于从犯地位的事实，说明应受到从轻、减轻处罚。(3) 关于应免予刑事处罚的解释。例如，被告人虽然承认犯了盗窃罪，但又以其自首和立功的事实，说明司法机关应对其判处免予刑事处罚。

上述四个方面的内容既有区别又有联系。其区别在于，各自包括的内容不同；其联系在于被告人在供述中有辩解，在辩解中又有供述。对此，我们必须

有清醒的认识。

在我国法学界，对于被告人供述和辩解包括哪些内容，存在着不同的看法。有的认为，被告人供述和辩解包括供述和辩解两部分。至于它们的具体内容是什么，未作具体阐述。有的认为，除了上述两部分内容以外，还包括检举他人犯罪的陈述。我们认为，这种观点值得商榷。要搞清楚这个问题，必须明确“检举”的含义。所谓“检举”是指与犯罪事实无牵连的公民向公安司法机关揭发犯罪分子及其犯罪事实的行为。这里所说的与犯罪事实无牵连，就是说检举者与被检举者之间不存在共犯关系，也无侵害与被侵害的关系，该人是与被检举者毫无利害关系的第三人。因此，他们检举时所作的口头或书面陈述不属于供述和辩解，而属于证人证言。这是因为，检举人了解案情，而自己未参与被检举者所实施的犯罪活动，与案件处理结果无利害关系，处在证人地位，因此，他们所陈述的情况就属于证人证言。

有些学者认为，被告人供述和辩解还包括攀供。我们认为这种观点是不正确的。这是因为，攀供所言之事实，与被告人毫无关系，它既不是被告人供述的内容，也不是辩解的内容。对此，可以从攀供的概念中看出何谓“攀供”。攀供是指犯罪分子招供的时候凭空牵扯别人。据笔者理解，这里所说的“凭空牵扯别人”，是指无根据控告与其犯罪行为无关的第三人同他一起犯了罪。这是一种乱咬乱控的行为。其动机，可能是为了诬陷与己有宿怨的无罪公民，也可能意在使被牵扯的人为自己分担刑事责任，还可能是为了制造混乱，扰乱公安司法人员办案的视线和使其分散精力等等。从攀供属于平白无故地牵扯别人同其一起实施了犯罪行为的性质看，实属一种诬告陷害行为。对情节和后果严重的，应依照刑法第138条第1款之规定追究其刑事责任。在量刑时，按照数罪并罚原则判处。可见，攀供不是被告人供述和辩解之一。换言之，被告人供述和辩解根本不包括“攀供”的内容。

有的同志认为，被告人供述和辩解就是口供，即口供包括了被告人供述和辩解的全部内容。我们认为，这种观点也是不正确的。要搞清楚这个问题，首先必须明确什么是“口供”，它包括哪些内容。对此，可从以下几个方面进行考究：1. 从口供的字义方面考究。“口”有两种意思：一指人及动物饮食、发音的器官；二指人用口说话，故又以口为语言的代词。什么叫“口供”？口供是指受审者所作的交待。据笔者理解，交待，即承认之意。口头交待，即口头承认。可见，“供”即承认。2. 从古代和近代有关法律的规定方面考究。在我国古代的诉讼中，被告人的口供是最重要的证据，没有被告的供认，一般不能定罪。唐律规定，拷讯被告人，“拷满不承，取保之”。这就是说，拷讯被告人

拷满承认了犯罪就定罪，不承认犯罪就取保。从拷讯被告人只有在承认（口供）有罪的情况下才能对其进行定罪的规定看“口供”即口头承认；“供”即承认。《清史稿·刑法志》上说：“断罪必取输服供词”。其意是指断定受审人有罪必须取得他服输认罪的言词。这里所言之“供”，也是“承认”的意思。3. 从我国古代的司法实践方面考究。在古代诉讼实践中，官吏办案实行“无供不录案”，“罪从供定”的原则。这里所言“无供”，即无被告人承认有罪的供词；“供定”即根据承认有罪的供词定罪。可见，上述所言之“供”，均为“承认”之意。4. 从 1957 年的《中华人民共和国刑事诉讼法草案》（草稿）的有关规定方面考究。该草稿在第六章《证据》的第 47 条中规定：“被告人的供述”是四种证据之一。可是，该条还没有把被告“辩解”规定为证据中的一个内容。从该规定看，这时刑诉法（草案）只考虑到了被告人的供认（承认）和陈述是证据的种类的内容，未考虑到将被告人的“辩解”也应列为证据种类的内容。如果把“口供”视为“被告人供述和辩解”观点来看，那么，该《草案》规定的“被告人供述”又称其为什么呢？5. 从我国现行的刑事诉讼法有关规定方面考究。刑事诉讼法第 46 条规定：“对一切案件的判处都要重证据重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚”。该条中所提出的不轻信“口供”，即指不轻信“口头承认”；只有被告人“供述”，即指只有被告人的“承认”有罪的陈述。可见，法条中规定的“口供”和“供述”中的“供”字，均指“承认”之意。综上所述，“口供”仅指口头承认，根本不包括有辩解的内容。“口供”充其量而言，只包括供述的内容。既然如此，怎么能把只具有被告人供述和辩解一部分内容的“口供”与“被告人供述和辩解”等量齐观呢？很显然，持这种观点的同志在概念上犯了“以偏概全”的逻辑错误。把“口供”当成被告人供述和辩解是法学界长期以来存在的传统观点，在各行各业推行改革的时代，我们必须冲破传统观念的束缚，根据研究所得，对其作出一个合乎客观实际的正确结论，以廓清概念的外延，澄清各种不正确认识，推动对其研究的深入开展。

（三）被告人供述和辩解的意义

被告人供述和辩解在刑事诉讼中是一种使用非常广泛的证据，绝大部分案件都有。被告人供述和辩解对查明案情，了解被告人的态度；对确定被告人的罪责和处以刑罚；对保护无罪的公民不受刑事追究等，都有重要意义。主要体现在如下几个方面：

1. 被告人的供认有助于公安司法机关尽快查明案情。这主要包括：被告人的自首，主动承认和交待自己的罪行，这对于及时立案，尽快查明全部案

情，具有重要作用；被告人的坦白，对于查明其已交待的情况和收集尚未发现的证据，正确认定案件的性质，有重要作用；被告人承认，有助于公安司法机关审核证据，查明全部案情；被告人交待他如何趁机关、单位防范或制度不严之机实施犯罪，这有助于促使各机关、单位改进防范措施，健全管理制度，教育公民积极同犯罪行为作斗争有推动作用。

2. 被告人陈述，对扩大破案效果和促使公安司法人员依法办案有重要作用。被告人在陈述中、交待同案犯或检举、揭发其他人犯罪，能帮助公安司法机关发现新的犯罪分子，捕获公安司法机关尚未发现和掌握的人犯；被告人在陈述中控告个别公安司法人员违法收集证据，并造成侵犯人犯的人身或侮辱人格等事实，对于纠正违法或惩办犯罪行为，教育公安司法人员提高职业道德，严格依法办案，加强社会主义法制都有重要作用。

3. 被告人的申辩和辩驳，有助于公安司法人员查明案情。被告人申诉其理由，可以使公安司法人员开阔思维，全面考虑问题，保证案件处理的真实可靠性。被告人对某些事实进行辩驳，有利于促使公安司法人员"兼听则明"，防止偏听偏信。如果被告人辩驳的理由充足，还有利于做到查明案情事实，防止错案发生；如果辩驳无理，或进行狡辩，表明被告人态度不好，虽不单独构成犯罪，但它是在量刑时考虑的情节。

4. 被告的解释，有助于提高办案质量，防止冤假错案的发生。被告人对自己有罪、无罪、罪轻、罪重的情况最清楚。被告人关于自己的行为不构成犯罪的解释，可以保障无罪的公民不受刑事追究。被告人解释自己在共犯中是从犯、帮助犯，经查属实，在量刑时可比照主犯予以从轻、减轻或免除处罚，从而做到量刑恰当。

5. 被告人所作的真实供述和辩解，可以被公安司法人员用来印证、鉴别案内其他证据，有利于对其他证据作出正确的判断。例如，被告人供述，某日深夜盗窃了某甲人民币一千二百元和熊猫牌录音机一台，并当场交出赃款、赃物，完全证实了某甲的报失情况是真实的。

6. 被告人供述和辩解经查证属实后，是认定犯罪正确给予刑事惩罚的重要根据。司法实践证明，绝大多数案件都是在查实了被告人供述和辩解后，并据此结案的。

三、被告人的诉讼地位及其权利和义务

（一）被告人的诉讼地位

被告人处于什么诉讼地位，对此，国内外法学界早有研究。在苏联，有的

学者认为，被告人是诉讼的中心人物，他既是诉讼主体，又是诉讼客体，同时还是证据的来源之一。但是，有的学者认为，上述观点是不对的。因为，被告人不可能既是主体，又是诉讼客体，二者不可兼得。因此，把被告人看成是诉讼客体是不妥当的。他认为，被告人是诉讼主体，很可能是被科刑的对象，同时还是提供证据的来源。我国法学界从五十年代起，就存在着上述两种观点。目前，也有些学者认为，被告人的诉讼地位，他既是享有法定诉讼权利的主体，又可能是被判处刑罚的对象，同时，被告人的供述和辩解又是一种证据。

我们认为，上述被告人是诉讼主体和诉讼客体的提法都是不妥的。先讲诉讼主体，诉讼的本质活动是司法活动，是行使刑罚权的活动，其实质是国家活动，或者说是人民民主专政活动的组成部分。进行这项活动的主体，只能是国家专门机关，即公、检、法机关，而不能是某几个人，更不能是某一个人。因此，被告人不可能是诉讼主体。那么，被告人是不是诉讼客体呢？也不是。因为：其一，司法实践中虽然绝大多数被告人被处以刑罚，但是，也有少数或极少数被告人被宣告无罪，因此，被告人是诉讼客体的说法与司法实际情况不符；其二，称被告人是诉讼客体，即被告人只是被追究、被处罚的对象，没有任何诉讼权利，这与我国的法律规定不符。我国法律规定，被告人享有广泛的诉讼权利。如辩护权、上诉权、申诉权等。至于说被告人供述和辩解可作为一种证据种类，以此表明他的诉讼地位。我们认为，这不具有独特的意义。因为，作为证据种类，它与被害人陈述、证人证言、原告人陈述等一样，都是诉讼参与人所能提供的，不是被告人所独有的，因而不能以此表明被告人的诉讼地位。那么，被告人究竟处在什么诉讼地位呢？我们认为，被告人只能是处于正在被追究的诉讼地位。因为，在刑事诉讼中，自立案以后，公安司法机关都是围绕着查明犯罪分子是谁，犯了什么罪，应追究什么样的刑事责任等而进行工作的。在侦查阶段，被告人是被讯问的对象，必要时又是被采用强制措施的对象；在起诉阶段，被告人是被控诉的对象，是被提交法院审判的对象；在审判阶段，被告人是被审判的对象，很可能是被判处刑罚的对象，因此，被告人只能是处于正在被公安司法机关追究的诉讼地位。为了正确地处理好案件，法律规定了被告人，享有广泛的诉讼权利和应承担的诉讼义务。

（二）被告人的诉讼权利和义务

由于被告人是刑事诉讼中心人物，又是被追究刑事责任的人。因此，在刑事诉讼活动中享有广泛的诉讼权利（简称权利）和必须履行诉讼义务（简称义务）。现分别阐述如下：

1. 被告人的权利。

英美法系国家、大陆法系国家、日本、苏联和东欧国家法律规定被告人享有哪些权利，如前所述。我国刑事诉讼法规定被告人享有的权利，比起上述国家法律规定的要广泛得多。其主要内容是：

首先，在侦查、起诉和审判的整个过程中主要有：(1) 用本民族语言文字进行诉讼的权利；(2) 对侦查、检察、审判人员侵犯其诉讼权利和进行人身侮辱提出控告的权利；(3) 依照法律规定申请回避的权利；(4) 了解自己犯了什么罪和进行辩护的权利。

其次，在侦查阶段：(1) 被拘留时，执行拘留的人员不出示拘留证，被逮捕时，执行逮捕的人员不出示逮捕证，被告人有权拒绝。(2) 被拘留或被逮捕后，被告人有权要求公安机关将拘留或逮捕的原因和羁押的处所在二十四小时内通知其家属或所在单位。(3) 如果被告人在被拘留后的十天之内不见有逮捕他的决定、在第十一天就有权要求释放和发给释放证明。(4) 罪该逮捕的被告人中，患有严重疾病的，正在怀孕和哺乳自己婴儿的妇女，有权申请采用取保候审或监视居住的措施。(5) 侦查人员讯问时，有权进行辩解；对侦查人员的提问，若与本案无关，有权拒绝回答。(6) 有权核对讯问笔录，没有阅读能力的被告人，可以要求公安司法人员向他宣读；识字的，可以亲自阅读；对于笔录中的遗漏或差错，被告人有权提出补充或改正的意见；被告人可以书写供述。(7) 有权知道用作证据的鉴定结论；对鉴定结论是否需要补充鉴定或者重新鉴定，被告人可以提出申请。

再次，在审查起诉阶段：(1) 在庭审七天前，被告人有权收到人民检察院的起诉书副本，以便有足够的时间准备辩护。但是，对于犯有杀人、强奸、抢劫、爆炸和其他严重危害社会秩序应当判处死刑的犯罪分子，主要犯罪事实清楚，民愤极大的除外。(2) 对于免予起诉的决定，被告人有权要求公开宣布；如果被告人在押，自宣布之日起，有权要求立即释放。(3) 对于免予起诉的决定，被告人如果不服，可以在七天内向人民检察院提出申诉。

最后，在审判阶段：(1) 对法定应公开审判的第一审案件，被告人有权要求公开审判。(2) 被告人除自己辩护外，还有权根据法律规定委托律师、近亲属等人进行辩护。(3) 被告人有权申请审判长对证人、鉴定人发问，或经审判长许可直接发问。(4) 被告人有权申请出示物证，以便辨认；有权要求对未到庭的证人证言，鉴定结论，勘验、检查笔录和其他作为证据的文书当庭宣读，并对此发表意见。(5) 被告人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。(6) 法庭调查后，当公诉人和被害人发言完毕、被告人有权陈述和辩解，并且可同公诉人、其他被告人进行辨认。(7) 在庭审过程

中，如果被告人认为辩护人不能维护其合法权益，有权拒绝辩护人继续为他辩护；也可以另外委托辩护人辩护。(8) 当审判长宣布辩论终结后，被告人有权作最后的陈述。(9) 被告人有权要求阅读庭审笔录，或者要求审判人员向他宣读；对笔录中遗漏或有差错的内容，有权请求补充或改正。(10) 被告人或者他的法定代理人不服地方各级人民法院第一审判决、裁定，有权用书状或口头形式向上一级人民法院上诉。(11) 被告人享有上诉不加刑的权利。(12) 在自诉案件中，被告人有权向原告人提出反诉。

我国刑事诉讼法为什么要规定被告人享有这样广泛的诉讼权利呢？主要是因为：(1) 被告人是正在被追究刑事责任的人，司法实践证明，当中经过人民法院审判，绝大多数被判处刑罚，成为罪犯，但是，也有极少数被告人被宣告无罪释放。为了有力地惩罚犯罪，有效地保护无罪的公民不受刑事追究，因此，必须允许被告人享有申请回避权、辩护权、上诉权等权利。(2) 是由我国人民民主专政的性质所决定的。在封建专制的国家，被告人只是受审查和拷问的客体，是不享受任何诉讼权利的主体，只有招供的义务，毫无辩护的权利。我国是人民民主专政的社会主义国家，废除了封建专制制度。被告人中虽然绝大部分将被判处刑罚，但允许他们享受应该享受的权利，这样就能准确地惩罚罪犯，不冤枉好人。因此，在刑事诉讼法中规定被告人享有广泛的诉讼权利。(3) 为了防止"文化大革命"时期那种悲剧重演。十年浩劫期间，林、江反革命集团为了篡权复辟，他们在大搞诬陷、栽赃的同时，还对革命干部和广大群众搞刑讯逼供，剥夺他们做人的起码权利和辩护权，肆无忌惮地搞什么"没有材料从犯人嘴里掏"，"棍子下面出证据"等。结果，致使无辜者受惩罚，冤假错案遍于国中。根据对林、江反革命集团的起诉书列出的数字统计，受到残酷迫害的干部和群众有七十多万人，被迫害致死的三万四千多人，而不同程度受到株连的人竟达一亿……这是多么沉痛的教训！刑事诉讼法规定被告人享受法定的诉讼权利，上述教训是其中的根据之一。(4) 为了保证诉讼活动的顺利进行和加强社会主义法制。公安司法人员、被告人、法定代理人、辩护人、律师等都要依法办事。刑事诉讼法规定被告人享有法定的权利，就可以使被告人懂得应该享受哪些权利，使法定代理人、辩护人、律师了解和掌握应该从哪些方面维护被告人的合法权益，防止违反法律规定为被告人开脱罪责的情况发生。同时，还可以使公安司法人员懂得被告人享有哪些诉讼权利、防止剥夺被告人应该享受的法定权利的现象发生，从而做到有法必依、执法必严，保障刑事诉讼活动的顺利进行，进而加强社会主义法制。

2. 被告人的义务。

英美法系、大陆法系、日本、苏联和东欧国家刑事诉讼法规定被告人必须履行的义务，如前所述。与它们相比，我国刑事诉讼法规定被告人必须履行的义务更详细、具体。

我国是工人阶级领导的人民民主专政国家，刑事诉讼法规定被告人应履行的义务，对任何被告人都具有约束力。根据我国刑事诉讼法的规定，被告人应履行如下义务：(1) 被告人受公安司法机关传唤时，应该到指定地点受讯或受审。(2) 被监视居住的被告人应该遵守不能离开指定地区的规定。(3) 对公安司法机关送达的传唤、通知书或其他诉讼文件，被告人应当接受和签名或盖章。(4) 对于侦查、检察、审判人员的提问，被告人应如实回答。(5) 对于讯问笔录，被告人核对后认为没有错误，应当签名或盖章。(6) 侦查人员要求被告人亲笔书写供词时，有能力的被告人应当书写。(7) 公开审判时，被告人应当参加诉讼。(8) 在庭审过程中，被告人应当遵守法庭秩序和听从审判长的指挥。(9) 对于法庭审判笔录，当被告人阅读或听了宣读之后，如果没有遗漏或错误时，应当签名或盖章；即使发现有遗漏或错误，经审判人员补充或更正后，也应在笔录上签名或盖章。(10) 自诉案件中的被告人，有举证的义务等。

为什么被告人既享有诉讼权利，又要履行诉讼义务呢？我们认为，这主要是因为：

(1) 马克思主义认为，权利与义务同其他许多处于对立统一状态的事物一样，既是互相矛盾的，又是相互统一的。二者互相依存，不可分割。无义务便无权利可言，无权利也无义务可说。享受权利必须履行义务，履行了义务当然要享受权利。我国宪法规定了我国公民可以享受辩护权和用本民族语言文字进行诉讼等方面的权利，同时也规定了公民应履行拥护中国共产党的领导，拥护社会主义制度，遵守宪法和法律等义务。任何公民在享受宪法规定的权利的同时，必须履行宪法规定的义务。刑事诉讼法根据宪法的精神规定了他们可以享受的诉讼权利，也规定了应该履行的义务。因此，被告人在享受刑事诉讼法所赋予的权利的同时，当然应该履行法定的义务。

(2) 只有履行法定的义务，才能享受到法定的权利，才能保障刑事诉讼活动的顺利进行。例如，被告人只有履行按时到庭参加诉讼的义务，才能享受到申请合议庭人员的回避权、参加法庭调查和法庭辩论以及最后陈述等权利；只有履行如实回答侦查、检察、审判人员讯问的义务，才能有利于查明案情，及时地使案件得到正确的处理。根据刑事诉讼法的规定，对拒不供述的被告人，只要证据充分确实，也可以认定他们有罪和处以刑罚。

(3) 在充分确实的证据面前，被告人不履行如实供述或彻底交代自己罪行

的义务，将会受到从严处罚。党和国家的刑事政策之一是“坦白从宽，抗拒从严”。在罪证确凿的情况下，被告人不如实供述或拒不交待，这表明他们不思改悔，态度不好。为了体现党和国家的刑事政策，有利于惩罚和改造他们，同时警告和教育其他被告人，司法机关就要依法从严惩处。

四、被告人供述和辩解的收集

收集被告人供述和辩解的方法有三：一是责令被告人自行书写；二是接受被告人自首时的主动陈述；三是对被告人进行讯问或审问。

（一）责令被告人自行书写。

责令被告人自行书写犯罪事实，首先应对其进行政策教育和前途教育，使其认识到自行书写犯罪事实是争取从宽处理的机会，从而提高全面、如实交待其犯罪事实的自觉性。其次，教育被告人要坚持实事求是的原则，犯罪事实有多少就交待多少，危害结果有多严重就写多严重，整个犯罪过程事实真相是怎么样就写怎么样，既不把没有的事实写成有，也不把已有的事实写成无，既不夸大，也不缩小。总之，要如实、全面。只有这样，才能够收集到比较客观、全面的证据事实。

（二）接受被告人自首时的主动陈述。

接受被告人自首时主动陈述，首先应对自首行为予以充分肯定，并从思想上给予鼓励。其次，要教育他全面、具体地陈述犯罪事实。再次，要按照先后顺序作好记录。在记录过程中，若发现被告人陈述前后有矛盾，或互不衔接，应及时让其解释清楚或加以补充。最后，应把记录读给被告人听，或者交给他看，若被告人提出补充，应补记；若提出修改意见，应加以更正。然后，让被告人签名。讯问人也应在笔录上签名。

（三）讯问被告人。

讯问被告人是收集被告人供述和辩解的主要方法。它贯穿于侦查、审查起诉等阶段。由于讯问被告人是为了收集被告人有罪、罪重，无罪、罪轻的证据，与被告人有切身的利害关系，因此，这就决定了讯问被告人是一件十分艰巨、复杂和细致的工作，同时，也是一场尖锐的斗争。为了做好这项工作，我们认为，应该注意如下几点：

1. 讯问被告人应遵守的原则。

(1) 全面。由于被告人既是诉讼当事人，又是被追究刑事责任的人，因此，收集时，既要注意被告人承认有罪、罪重方面的事实，又要注意被告人辩

解无罪、罪轻方面的事实。决不能先入为主，只注意前者，而不讯问后者，或者相反，只讯问后者，不讯问前者。只有这样，才能做到全面、客观，不犯主观片面性错误。

（2）告知被告人如实回答。

根据刑事诉讼法的规定，公安司法人员讯问被告人，首先要告知他应如实回答。所谓如实回答，就是按照客观实际情况进行回答。回答时，既不编造事实，又不隐瞒事实；既不扩大事实，又不缩小事实。只有这样，才能在收集被告人供述和辩解问题上做到客观、公正。

2. 讯问被告人应注意采用正确方法。

讯问被告人的正确方法很多，主要应该采用如下几种：

（1）严禁用非法的方法讯问被告人。所谓非法的方法，就是指刑事诉讼法第43条规定的刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法。刑讯，是在讯问被告人时，使用刑具逼迫被告人供认。历史上刑讯逼供的形式很多，主要的是采用脚镣、手铐、夹棍、绞架等刑具给被告人造成肉体上的痛苦，逼迫被告人承认犯罪。现在，泛指使用肉刑或变相肉刑，例如，鞭打、棍击、拳打、脚踢、罚饿、搞车轮战等。威胁，是指如果被告人不承认犯罪，就给被告人讲，如不承认犯罪，将要给其及其家属的生命、身体、人身自由、名誉、贞操（女被告人）等造成损害或侵害，或者在被告人面前，用对其他被告人使用刑讯的情况相恫吓。引诱，是指利用给被告人以某种利益或好处进行诱惑。欺骗，是指用虚假的言语或行动对被告人进行蒙骗，如对犯杀人罪的被告人讲，只要你把杀人的全部经过和事实都坦白交待清楚，明天就放你回家，就没你的事了等。其他非法方法，是指除上述方法以外的其他非法方法，如对被告人进行罚跪、罚站、罚跑、罚渴、罚晒等。司法实践证明，用上述非法方法收集到的被告人的供认，绝大部分是假的不能作为证据；凡是作为证据采用的，无不造成错误。因此，必须严禁用非法方法收集报告人供述和辩解。

（2）运用法律和政策对被告人进行教育。由于被告人是被追究刑事责任的人，与案件的处理结果有切身的利害关系，有的甚至是生死攸关的关系。因此，他们必然顾虑重重，思想斗争激烈。处在承认或不承认，少承认或多承认，承认严重的或承认轻微的矛盾斗争之中。公安司法人员，要认真研究每一被告人的思想状况，掌握他们的情绪变化，有的放矢地进行思想教育，向他们宣传法律规定，阐明“坦白从宽，抗拒从严”的政策，晓以利害，解除其思想顾虑，打消其蒙混过关的侥幸心理，指明前途和出路，促使其真诚坦白、如实交待自己的罪行，实事求是地进行辩解。

(3) 依照法律规定做好讯问笔录。

讯问笔录，是固定被告人供述和辩解的真实记载。它是证据的一种。笔录记得详细、准确，对于了解被告人的认罪态度，分析供述和辩解前后是否一致，找出并解决矛盾，以此印证其他证据等都有重要作用。更重要的，完整、准备的笔录，还是一种有力的证据。正因为如此，在每一次讯问被告人时，公安司法人员都应该依照刑事诉讼法第66条的规定制作笔录。在司法实践中，有的公安人员开始讯问被告人时，不作讯问笔录，只凭脑子记，回到机关以后，凭回忆追记；有的在讯问时，把讯问的情况记在零星纸上或笔记本上，回到机关后再整理等。这些做法都是不正确的，应当制止。

3. 在侦查、审查起诉阶段讯问被告人应注意的问题。

(1) 在侦查阶段，讯问被告人必须由侦查人员进行。讯问时，侦查人员不得少于二人。对于不需要逮捕、拘留的被告人，可以传唤到指定的地点，也可以到他的住处、所在单位进行讯问，但是应当出具公安机关或人民检察院的证明文件。对于被拘留、逮捕的人犯，必须在拘留、逮捕后的二十四小时内进行讯问。当发现不应当拘留、逮捕的时候，必须立即释放，并发给释放证明。侦明人员在讯问被告人时，应当首先讯问他是否有罪，让他陈述有罪的情节和无罪、罪轻的辩解。然后，向他提出问题。如果一起案件有几个被告人，讯问应该分别进行，防止他们串供。根据需要，对被告人可以反复讯问。讯问中，若发现有同案犯或新的情况，应及时进行调查研究，取得证据以后再进行讯问。讯问不满十八岁的未成年人，为了减轻其思想上的恐惧感，可以通知其父母或其他法定代理人到场。在讯问中，要特别注意有无教唆他们实施犯罪的教唆犯。讯问聋、哑被告人，应专有通晓聋、哑手势的人参加，并将这种情况在笔录上证明。讯问正常的被告人，在其不承认某些犯罪事实或避重就轻的时候，可以在掌握一定证据的基础上，采用引而不发，声东击西，就实避虚，出其不意、攻其不备，适时提出证据，迂回包抄等策略，促使被告人交待有关犯罪事实和情节。

(2) 在审查起诉阶段，由于被告人经过侦查人员的讯问笔录，具有了卷宗材料，因此，在这个阶段讯问被告人有其不同的特点和方法。主要是：第一，做好讯问前的准备工作。其中包括，要全面阅卷，吃透案情；拟好讯问提纲，以便根据需要查明的有关情况和取得有关证据。第二，采用正确的讯问方法。其中包括：做到重点突出，条理清楚；掌握主动，讲究策略等。在讯问过程中要注意：对与本案无关的问题不要讯问；对隐私案件中一些淫秽、下流的细节不要过细讯问；被告人要求书写有关情况，应当允许，并通知关押他的看守

所；对讯问中提出的新证据和线索应及时查证；对于辩解有理有据的，应予采纳；讯问重大案件的被告人应请法警参加，以防行凶等意外情况发生。

五、被告人供述和辩解的审查和判断

要把被告人供述和辩解用作定案的根据，就必须查明它们是否符合案件实际情况。对符合案件真实情况的，可以作为定案的根据，否则，就不能将其用作定案的根据。要做到这些，必须对被告人供述和辩解进行审查判断。

对被告人供述和辩解的审查和判断是一个十分艰巨和复杂的工作，因此，世界各国诉讼法学者和有关法律对此十分重视。有的国家的刑事诉讼法对审查判断证据（包括审查被告人供述和辩解还作出了明文规定，如法国、日本等国。在资本主义国家，对被告人的自白或自认（被告人供述和辩解）的审查判断靠法官自由心证，即靠法官的“良心”、“理智”等对其进行审查判断。这种方法实不可取。在苏联，对被告人的供述进行评定，是由法院、检察长、侦查员和调查人员，在遵循法律和社会主义法律意识的前提下，依靠以全面、完满和客观审核案件全部情况为根据的自己的内心确信。这种审查判断被告人供述的原则和方法可资借鉴。在我国，自五十年代以来数十位诉讼法学者在撰写的论文和编著的教科书中对如何审查判断被告人供述和辩解，阐发了自己的观点，均有可取之处。但纵观阐述的内容，一则众说纷纭，二则广度和深度不够，大有进一步探讨之必要。

何谓对被告人供述和辩解的审查判断？我们认为，对被告供述和辩解的审查判断，就是指侦查、检察、审判人员对被告人供述和辩解的内容，在进行调查、核实之后，对其是否符合客观实际情况作出的分辨和断定。它由两部分组成：一是调查和核对，即审查；二是分辨和断定，即判断。前者是后者的前提；后者是前者的结果；二者相辅相成，缺一不可。

如何对被告人供述和辩解进行审查判断？我们认为，应“坚持一个原则”，“本着一个精神”，“采用正确的方法”。

第一，坚持一个原则。所谓坚持一个原则，就是指坚持“重证据，不轻信口供”的原则。重证据，是指重视被告人供述和辩解以外的其他六种证据。在其他几种证据能证明被告人有罪、罪重的情况下、就可以肯定被告人有罪或罪重。而不要一听到被告人承认有罪或罪重，就判定被告人有罪或罪重。不轻信口供，是指不轻易相信被告人承认自己有罪、罪重的供认是真实的。不轻易相信是指既相信，又不完全相信，等到用其他证据证明其承认是符合客观实际情况之后，才完全相信。

第二，本着一个精神。所谓本着一个精神，是指“实事求是”的精神，即对客观事物进行一番调查研究之后，承认其本来面貌的精神。侦查、检察、审判人员以这种精神为指导，对被告人供述和内容经过调查和核对后，实际情况证明是真的，就不能主观断定它是假的；反之亦然。对被告人辩解的内容经过调查和核对后，实际情况证明是真的，也不能主观断定它是假的；反之，也亦然。

第三，采用正确的方法。所谓采用正确的方法，是指对被告人供述和辩解所采用的正确的具体做法。对此，试述如下：

1. 基本方法。基本方法是指运用其他证据审查验证被告人供述和辩解是否符合实际情况的一种方法。由于犯罪分子的犯罪活动是在一定的空间和时间内进行的，其行为必然在犯罪现场留下物质痕迹或在人们头脑中留下映象，因此，就形成了物证、书证、证人证言、被害人陈述等。这些证据与被告人供述和辩解之间存在着客观的内在联系。并与其共同证明案件真实情况。这是采用其他证据审查判断被告人供述和辩解是否真实的前提条件。

若想审查判断被告人供述和辩解的真伪，首先要调查核实其他证据本身所反映的客观情况是否是真实的。如果是真实的，就可以以它或它们为标准（尺度）去检查判断被告人供述和辩解的真伪。如果它与其他证据证明的情况一样，那就是真实的，否则就是虚假的。

2. 辅助方法。所谓辅助方法，是指除了以某种方法为主之外的次要方法。就审查判断被告人供述和辩解而言，是指除了基本方法以外的其他四种次要方法。它们是：

(1) 从被告人同一次的供述和辩解前后是否一致，各次供述和辩解前后是否一致方面进行审查判断。从被告人同一次供述和辩解前后是否一致方面进行审查判断，是指看被告人在同一次供述的内容是否一致，辩解的内容前后是否有矛盾。一般说来，同一次供述的内容前后一致，其真实性较大；否则，真实性较小。被告人的辩解亦同。但是，决不能全为，被告人的同一次供述或辩解的内容前后一致，就是完全真实的。因为，被告人出于某种不正确的动机、目的，有时能编造出前后内容基本一致的供述或辩解。尽管如此，我们完全可以肯定，那种前后内容互相矛盾、漏洞百出的供述或辩解必定有真有假，或真假参半，不可相信。在这种情况下，怎么办？那就要再采用其他方法对其进行审查判断。倘若被告人各次就某种事实供述或辩解的内容不一致，也属于上述情况，对此，必须采用上述方法解决。

(2) 从被告人供述和辩解的动机、目的方面进行审查判断。司法实践表明

被告人供认自己有罪的情况，其动机、目的是十分复杂的。例如，有的被告人在正确的动机、目的支配下，如实地承认了自己的全部犯罪事实；有的被告人在党的政策的感召下，如实承认了自己的全部或大部分犯罪事实等；有的被告人在确凿的证据面前承认自己的全部或部分罪行；有的被告人在公安司法人员采用引而不发，适当出示证据等正确策略之后承认全部或部分罪行等。一般说来，在上述情况下，被告人承认自己的犯罪事实是比较真实可靠的。还有的被告人为了给亲人或朋友顶罪，自己没有犯罪而承认亲人或朋友所犯的那种罪；有的被告人因受外界威胁、恐吓、欺骗等承认自己并未实施过的犯罪；有的被告人为了掩盖重罪而承认犯了某个轻罪；有的被告人只承认罪行中的从轻、减轻的情节，而隐瞒从重、加重的情节，等等。由于在复杂的动机、目的支配下所作的供述是真真假假，真假混杂的，因此，要分辨出真伪，就必须从动机、目的方面对它们进行分析判断。从辩解方面看，其动机也是复杂的。例如，有的被告人行使辩护权，将过去已经承认但实际上并不存在的犯罪事实全部否定，有的则如实地否认某些情节；有的为了避重就轻，把从重情节说成从轻情节；有的为逃避刑罚处罚进行狡辩，等等。对此怎么办？要分清这些辩解的真伪，也必须从被告人的动机、目的是否正确方面进行审查判断。一般说来，被告人供述和辩解的动机、目的正确，其内容就真实；否则，就掺有虚伪成份。由上可见，要判断出被告人供述和辩解的真伪，就必须对被告人供述和辩解的动机、目的进行分析和研究。只有判明被告人的供述和辩解是出于正确的动机、目的，才能断定其供述和辩解的内容是真实可靠的。否则，是虚伪的或真伪混杂的。

(3) 从被告人思想品质方面进行审查判断。一般说来，被告人供述和辩解的真伪与被告人的思想品质好坏有直接的关系。司法实践表明：偶尔犯罪的被告人因未受过刑事处罚，缺乏顽抗、狡辩的经验，因此，其供述和辩解的真实性就大；相反，惯犯、累犯因屡受讯问和惩罚，有对付讯问的经验，因此，其供述和辩解的虚伪性就比较大。犯罪前思想品质一贯比较好的被告人，犯罪后在党政策的感召和国家法律的威慑下，比较容易悔悟，供述和辩解的真实性比较大；反之，那些恶习甚深，思想品质一贯很坏的被告人，为了逃避刑事追究，他们不会轻易供认出自己的罪行，或进行狡猾抵赖、或避重就轻等，其供述和辩解的虚伪性比较大。非但如此，他们为了推卸罪责，还乱咬乱攀，嫁祸于人。我们必须注意到，虚伪性比较大不等于全是假的；比较真实不等于全部真实，而是说虚伪与真实的不同而已。至于供述和辩解中到底哪些是真实的，哪些是虚伪的，还应该运用其他方法对其进行审查判断。但有一点是应该肯定

的，即被告人有无前科或思想品质好坏，是影响其能不能作如实供述和辩解的主观因素之一，在审查判断被告人供述和辩解时必须十分注意。

(4) 从收集的方法是否合法方面进行审查判断。我国刑事诉讼法第32条规定："审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪或者无罪，犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。法律其所以要作这样的规定，据我们理解，这是为了保证收集到符合客观实际情况的证据。换言之，采用违反法律规定的方法收集证据，就很难或者说根本不可能收集到符合客观实际情况的。虽然，收集被告人供认的方法正确与否不限于被告人供认真实不真实的本身问题，但是，它是审查判断供认真实与否的一个不容忽视的问题。虽然不能说用合法的方法收集到的被告人供认都是真实的，用非法方法收集到的供认都是虚伪的，但是可以说，用合法方法收集到的供认比较真实，用非法方法收集到的供认很不真实。收集供认的非法方法，是指违反法律规定的收集证据应遵守的方法。主要内容包括：一是不允许被告人享受法定的诉讼权利。例如，讯问被告人的笔录不向其宣读或交其阅读；被告人对错、漏之处提出意见时不按其意见更正；笔录不让被告人逐页和在最后签字等。二是采用刑讯、指供、诱供、骗供等方法取供。例如，当被告人不按办案人员的主观需要回答时，就打骂被告人，直至令其按办案人员划定的框框回答才算达到目的等。由于用非法方法收集被告人的供认很不真实可靠，因此，必须注意从收集方法方面审查是否合法，进而判明收集到的被告人供认是否真实可靠。

(5) 从被告人供述和辩解是否合情合理方面进行审查判断。所谓合情合理，是指符合事物发展的规律和道理。一般说来，无论是供述的内容或辩解的理由，只要合情合理，就正确。否则，就不正确或不完全正确。如何从被告人供述和辩解是否合情合理方面进行审查判断？我们认为，对于被告人供述的犯罪事实和实施犯罪的过程要结合犯罪时间、地点、动机、目的、手段和后果等具体情况客观地分析是否有实施犯罪的可能；看用被告人承认的那种犯罪手段是否能造成已造成的那种后果等。发现其供述有不合情理之处，就要进一步查证核实。对被告人辩解的理由，也要研究是否合情合理，如果有悖于情理，亦应该再进行查证核实。

第七节　鉴定结论

一、外国有关鉴定结论的理论和法律规定

第一，英美法系国家有的没有把鉴定人与证人、鉴定结论与证人证言区别开来，鉴定人被称为专家证人，鉴定结论被称为“专家证言”。

鉴定人与证人，鉴定结论与证人证言，就其内容和实质而言，是有区别的。在美国，由于习惯法把鉴定人当作证人，把鉴定结论当作证人证言对待，因此，在司法实践中给人们造成许多混乱现象。为了纠正这些混乱现象，法官、评论家、美国法学会和律师公会都纷纷要求用立法的形式对如何选定鉴定人、鉴定人的权利和义务、鉴定结论的要求等作出明文规定。在此形势下，美国法学会模范法典第 403 条至 410 条规定了“专家证言法”。其内容主要有：(1) 无论何时遇有争议发生，法院认为需要专家证言时，可依职权或公诉人、被告人、律师的请求，指定一人或数人证述。(2) 法院应把指定的专家的姓名、住址通知当事人，然后进行鉴定。(3) 当事人一方经法院许可并通知对方当事人，不能自己传唤专家为证人。(4) 法院在指定专家鉴定之前，应征求双方当事人的意见。(5) 法院所指定的专家证人，经法院和当事人的要求，可查验、询问有关的人、地点和事物，并通知当事人派代表到场。(6) 法院应要求被指定的专家对查验、询问的事物作成书面报告，并宣誓。此项报告附人卷宗，任由当事人阅览。报告在审判中由专家证人宣读。(7) 专家数人时，可以开会讨论并联合提出报告。(8) 在审判中，法院或任何一方当事人有权传唤被法院指定的专家证人。法院指定专家证人的事实，应告知陪审团。专家证人在法庭上应接受双方当事人的反询问。当事人也可以提出邀请其他专家证人的申请。(9) 专家证人经要求应陈述其推论，在直接询问和反询问中，应详细说明其推论所根据的材料。

第二，与英美法系国家不同，大陆法系国家的法律把鉴定人与证人区别开来。把鉴定结论规定为一种独立的证据种类。对于鉴定人的指派或选定，法律规定只能由警察官、检察官或法官依照其职权，根据任何一方当事人或其律师的请求决定，而不能像英美法系国家法律规定的那样，当事人也可以选定。

1. 关于鉴定人的权利。对此，各国法律都有规定，但联邦德国和法国刑事诉讼法规定得比较具体。主要有：(1) 根据鉴定的需要，鉴定人有权在法官

的出席下讯问被告人。(2) 对其专业以外的问题，鉴定人有权要求他人指导，预审法官可允许其同特别指定的有专长能力的人员磋商。(3) 鉴定人可以听取被告人以外的陈述。(4) 鉴定人有拒绝提供鉴定意见的权利。(5) 根据鉴定的需要，鉴定人有权依法对被告人、证人进行身体检查和验血；对被告人还可以进行照相和让其按指印；对尸体可以进行检验和解剖；对毒物进行检查；对货币进行鉴定；对笔迹进行对比。(6) 鉴定人有权获得“依照证人和鉴定人补偿法给予的补偿”。

2. 关于鉴定人的义务。其主要义务有：(1) 有提供鉴定意见的义务。例如，《联邦德国刑事诉讼法》第 75 条规定，①任命为鉴定人的，如果他是官方指派提供某种需要的鉴定意见的……就应当按照命令，提供鉴定意见。②在法庭上声明愿意提供鉴定意见的人，也有提供鉴定意见的义务。(2) 鉴定人必须在委托规定的时间内完成鉴定。如不完成，就要取消其鉴定人的资格，或给予纪律处分。(3) 有义务提供鉴定意见的人，必须服从命令，如果不到案或者拒绝提供鉴定意见，就要负担费用，并处以罚款。如再不服从，除担负费用外，还要再一次被判处罚款。

3. 鉴定程序。(1) 委托或指定鉴定人进行鉴定的程序，各国法律不尽相同。《联邦德国刑事诉讼法》第 73 条规定，鉴定人由审判官选定或指派。《法国刑事诉讼法》第 157 条规定，鉴定人应从最高上诉法院办公室制定的全国性名册中，或从上诉法院制定的任一名单中挑选，并须预先同检察长磋商。(2) 鉴定人在实行鉴定前要宣誓。《法国刑事诉讼法》规定，鉴定人要在实行鉴定前宣誓。例如，该法第 160 条规定，鉴定人在实行鉴定前应向预审法官或法院指定的法官宣誓，保证凭自己的荣誉和良心，制作报告并提出意见。已宣誓的报告，应由主管法官、鉴定人及法院书记官签字。宣誓书应附入诉讼案卷。《联邦德国刑事诉讼法》则规定鉴定人在提出鉴定意见之后进行宣誓。该法第 79 条规定，法院命令被告人宣誓。也可以根据检察官、被告人或者他的辩护人申请，命令鉴定人宣誓。宣誓应在提出鉴定意见前进行。誓词大意是：鉴定人是本着良心，尽其所知，毫无成见地提供鉴定意见的。(3) 鉴定结束后，应制作鉴定结论（报告）。例如，《法国刑事诉讼法》第 166 条规定，当鉴定工作结束时，鉴定人应制作包括工作情况及结论的报告。鉴定人须证明是亲自完成受委托任务的，并在报告上签字。如有不同看法，或作出共同鉴定时各有保留意见，每人应表明自己的看法，记明保留的意见及理由。(4) 在审判时，鉴定人必须出席法庭。在法庭审判时，法院院长可以主动或根据公设律师、当事人或当事人律师的要求，询问鉴定人有关鉴定的任何问题。鉴定人陈述后应留在

法庭，除非庭长允许，方可离去。在法院审判时，如果发现鉴定结论与应传作证的证人证言和提供一般情况的人所述内容相矛盾，或从技术观点方面提出了新的问题，庭长应询问鉴定人、公设律师、被告人及民事当事人，请他们提出意见。法庭应作出附有理由的裁决，宣布继续审理或延期审理。如果延期审理，法庭认为对判决有益，可以指定任何鉴定（《法国刑事诉讼法》，第168、169条）。

第三，《日本刑事诉讼法》第十二章专门规定了鉴定。在日本，由法院任命有学识经验的人进行鉴定。鉴定人要宣誓（第165、166条）。出于鉴定的需要，经法院许可，鉴定人可以进入有人居住或看守的宅邸、建筑物或船舶，检查身体、解剖死尸、发掘坟墓或毁坏物件；还可以对有关人员进行人身检查。（第168条）鉴定人在鉴定时，检察官及辩护人可以在场。（第170条）对鉴定人可以传唤；经传唤不到场的，则可以对鉴定人处千元以下的罚金或拘留（第150、152、171条）。鉴定人除请求补助旅费、日费、宿费以外，还可以请求鉴定费及支付或偿还因鉴定需要而支出的费用；鉴定人已经预先接受因鉴定需要而支出的费用时，如果没有正当理由而不到场或拒绝宣誓和鉴定的，应当退还所接受的费用（第173条）。

第四，《苏俄刑事诉讼法典》对鉴定人、鉴定人的意见书的内容比上述国家的法律都规定得详细、具体。现就主要方面介绍如下：

1. 关于在哪些情况下必须鉴定和由哪些机关或人员指定什么样的人进行鉴定的问题。该法典第78条规定，在进行调查、侦查和法庭审理必须具有科学、技术、艺术或工艺上的专门知识的时候，应即指定鉴定。鉴定应当由调查人员、侦查员、检察长或法院所指定的相应机关的鉴定人或其他专家进行。可以传唤具有提供鉴定意见所必需的知识的任何人作鉴定人。向鉴定人提出的问题和鉴定意见，都不许超出鉴定人专门知识的范围。

2. 关于必须进行鉴定的四种情况，比其他任何国家的法律都规定的明确、具体。例如，该法典第79条规定，必须进行鉴定的四种情况是：(1) 为了判明死亡的原因和身体伤害的性质；(2) 对刑事被告人或犯罪嫌疑人在进行诉讼时期是否具有责任能力或者是否具有辨认自己行为和加以控制能力而发生疑问时，为判明他们的精神状态；(3) 对证人或受害人是否具有正确理解对案件有意义的情况和对这种情况作正确陈述的能力发生疑问时，为了判明他们的精神状态或生理状态；(4) 在年龄对于案件具有意义而缺乏关于年龄的文件时，为了判明刑事被害人、犯罪嫌疑人和受害人的年龄。

3. 关于鉴定人的权利与义务问题，该法典规定的内容有的与其他国家法

律规定的相同，有的则不同。如《苏俄刑事诉讼法典》第 82 条规定，鉴定人的权利有：了解有关鉴定对象的案件材料；请求提供鉴定意见所必需的补充材料；取得调查人员、侦查员、检察长或法院许可，在进行讯问和其他侦查行为与审判行为的时候出席，并向受讯问人提出有关鉴定对象的问题。其义务是：必须依照调查人员、侦查员、检察长和法院的传唤到场，并对所提出的问题提供客观意见。如果所提出的问题超出鉴定人知识范围，或者提供给他的材料对于提出鉴定意见不够充分，鉴定人应当用书面方式通知指定鉴定的机关，说明不能提供鉴定意见。鉴定人没有正当理由而拒绝或规避履行自己的义务，或者故意提供虚假鉴定意见，或者没有正当理由而不依照调查人员、侦查员、检察长和法院的传唤到场，应当依法负法律责任。

4. 关于鉴定的程序。该法典第 184 条规定了指定鉴定的程序，即侦查人员在认为必须实行鉴定时，要作出决定，指明鉴定的理由、鉴定人的姓名或应在其中实行鉴定的机关名称、向鉴定人提出的问题和提供鉴定人掌握的材料。在指定鉴定人之前，侦查员应查明关于他的专长和权限的必要材料。侦查员必须使刑事被告人了解指定鉴定的决定，并说明刑事被告人有申请鉴定人回避，从他所指出的人员中指定鉴定人、了解鉴定意见等权利。关于这一点，要作成笔录，由侦查员和刑事被告人签名。

5. 关于鉴定意见的形式和鉴定意见书的内容。该法典第 80 条规定，鉴定人根据他的专业知识所进行的调查研究用自己的名义提出意见，并对他所提出的意见负责。如果同一专门知识的各鉴定人取得一致意见，即由各鉴定人共同签名。如果各鉴定人间有分歧意见，就由每个鉴定人各自提出意见。第 191 条规定，鉴定意见书应当指明：何时、何地、何人（姓名和父名、教育程度、专长、学位等级和称号、所任职务），根据什么理由实行鉴定，在实行鉴定时有何人在场、鉴定人利用过什么材料，进行过什么考察与研究，向鉴定人提出什么问题和对说明理由的解答。如果在实行鉴定的时候，鉴定人判明对于案件具有意义但是并没有就此向他提出问题的情况，他有权在自己的意见书中加以指明。意见书应当用书面方式作成，并由鉴定人签名。

6. 该法典还规定了侦查员有权询问鉴定人，必要时有权指定鉴定人实行补充鉴定和重新鉴定，等等。

二、鉴定结论的概念和意义

我国刑事诉讼法第 119 条规定："为了查明案情，需要解决案件中某些专门性问题的时候，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。"第 120 条又规

定："鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并签名。"由此可见，要研究鉴定结论的概念，就必须先研究鉴定的概念。

（一）鉴定的概念、特点和种类

1. 鉴定的概念。

对于什么叫鉴定，我国法学界的观点不尽相同，具有代表性的表述方法有三种：第一种，所谓鉴定，是指运用专门知识对案件中某些专门性问题所进行的鉴定和判断。第二种观点认为，鉴定，是鉴定人运用科学技术专门知识和技能，对案件中某些专门问题所进行的鉴别或判断，是一种诉讼活动。第三种观点认为，鉴定，是指鉴定人用自己的专门知识，对案件中某些专门性事物，进行鉴别和判断的活动。我们认为，上述前两种观点所说内容欠全面，第三种观点有些说法不妥。例如，他把鉴定的对象说成是"事物"，而事物是指客观外界存在的一切物质和现象，它们无所谓专门性与非专门性之分；再者，鉴定的目的是为了解决案件中公安司法人员判明不了的专门性问题，而不是解决案件中事物存在与否或发展变化的问题。那么，到底什么叫鉴定？我们认为，所谓鉴定，是指鉴定人受公安司法机关的指派或聘请，用自己掌握的专门知识和技能，凭借相应的设备和条件，对案件中某些专门性问题进行鉴别和判断的一种诉讼活动。这个定义，由如下几个部分组成：鉴定的主体，是鉴定人；鉴定人，要依法被指定或聘请；鉴定的性质，是鉴定人利用自己的专门知识和技能，在运用相应的设备和可能的条件下所进行的一种诉讼活动；鉴定的对象，是案件中的专门性问题；鉴定结果，是鉴定人进行鉴别和判断的结论。

2. 鉴定的特点。

鉴定有如下两个特点：

（1）鉴定活动具有双重性。所谓双重性，它既是纳入诉讼轨道的一种诉讼活动，又是鉴定人进行的一种科学研究活动。这是因为，鉴定人是由公安司法人员指派或聘请的，鉴定所需要的鉴定材料是公安司法机关提供的；鉴定人所进行的活动，是利用自己专门知识和技能进行的科学研究活动。它们是诉讼主体（公安司法人员）和诉讼参与人共同实施的两种不同形式的活动。二者相互依存，互相配合，成为运用专门知识和技能同犯罪作斗争的手段。由此可见，这些活动中，公安司法机关居主导地位，鉴定人处于从属地位。因为，某人只有在被公安司法机关指定或聘请，并给他提供必要的材料和案情时，才能成为鉴定人。否则，由当事人委托或聘请的具有专门知识的和技能的人，都不能成为鉴定人；他们作出的鉴别和判断，不属于鉴定结论。

（2）鉴定活动具有科学性。这是由于鉴定本身就是一种科学研究活动，而

不是一般的调查研究活动。鉴定人实施鉴定时，使用的是精密仪器和现代化设备，因此，一般说来，其结论比较真实、可靠。

3. 鉴定的种类。

由于实施犯罪的人员复杂，工农兵学商各行各业的人都有；犯罪分子作案的手段狡猾多样，涉及到许多学科和领域；造成的结果多种多样等。而公安司法人员因人数和知识结构的限制，不可能对案件中涉及到的各种各样的专门性问题都能作出科学的鉴别和判断，因此，就需要指派或聘请有关方面的专家、具有专门知识的人员对案件中的专门性问题进行鉴定。这样，就形成了鉴定种类繁多的情况。常见的鉴定种类有：

(1) 法医鉴定。法医鉴定，是指鉴定人运用内科学、外科学、解剖学和法医学等方面知识和技能，对人身、尸体和法医物质（汗液、唾液、血液、粪便、精液、毛发等）进行检验，作出死亡原因、伤害程度、凶器种类、血型类型等鉴别和判断的过程。它有助于公安司法人员对凶杀、伤害、强奸等案件的侦破和审理。

(2) 精神病鉴定。精神病鉴定，是指鉴定人运用精神病学、心理学、以及内科学、外科学等方面的专门知识，对犯罪嫌疑人、被害人或证人等进行检查和观察（结合以往病史、生活史、工作史、作案前后和作案时的表现），作出有无精神病，有无间歇性精神病、作案时处于何种精神状态等结论的过程。

(3) 毒物鉴定。毒物鉴定，是指鉴定人运用化学、医学、光谱物理学和物理学等方面的专门知识和技能，对可疑物质、药品、毒物等进行分析、化验，作出送检物是否含有毒性、属何种毒性以及含量等结论的过程。它有助于公安司法人员对投毒、贩毒、诈骗等案件的侦破和处理。

(4) 物品鉴定。物品鉴定，是指鉴定人运用光谱物理学、分析化学、植物纤维学和物品鉴定学等方面的专门知识和技能，对各种送检材料（墨水、胶水、涂料、绳索、炸药、塑料等）进行分析、化验、光谱测定或对比鉴定，作出送检材料属何种、何类以及与从嫌疑人住处提取的材料是否相同等判定的过程。它有助于公安司法人员明确侦查方向、缩小侦破范围、查明犯罪人和犯罪工具等。

(5) 书法鉴定。书法鉴定，是指鉴定人运用书法、笔迹方面的专门知识和技能，对有关证据材料（反革命标语、匿名信、单据等）笔迹与犯罪嫌疑人书写的笔录进行对比，作出笔迹是否涂改、伪造或同一结论的过程。它可以使公安司法人员直接确定是否有犯罪事实存在和谁是犯罪人。

(6) 痕迹鉴定。痕迹鉴定，是指鉴定人运用指纹学、弹道学和痕迹学等方

面的专门知识和技能，对从现场上提取的各种痕迹（指纹、脚印、破坏痕迹、车胎印、子弹头与枪支膛线等）与嫌疑人或嫌疑物的相应部位进行对比，作出指纹、脚印、痕迹、膛线是否同一等结论的过程。它有助于公安司法人员查明犯罪分子是谁和使用何种作案工具等。

(7) 会计鉴定。会计鉴定，是指鉴定人运用会计学方面的专门知识和技能，对有关账目、经济来往进行核对、检查，作出账目与实际经济活动是否相符，经济活动是否符合财务制度、现金是否缺少、缺少数额等方面结论的过程。它有助于公安司法人员查明某人是否犯有贪污、挪用等行为及其数额和手段。

(8) 交通肇事鉴定。交通肇事鉴定，是指鉴定人运用交通行车规则、车辆机械性能等方面的专门知识和技能，对出事现场进行勘验，对现场遗留的痕迹和肇事车辆进行检查，作出事故原因、车辆性能及责任分析的鉴别和判断的活动。它有助于公安司法人员查明案件性质、发生事故原因和确定肇事者应负的责任。

(9) 一般技术鉴定。一般技术鉴定，是指鉴定人运用有关方面的专门知识和技能，对于发生事故（工、农业生产事故）的现场、机器、设备进行勘验、分析、检查，结合有关事故的情况，作出事故发生原因和程度等结论的活动。它有助于公安司法人员查明事故发生的根本原因、造成的经济损失和应负何种责任。

(二) 鉴定结论的概念

1. 什么叫鉴定结论?

对于什么叫鉴定结论，法学界的表述不一。具有代表性的表述有如下几种：(1)“鉴定结论，是鉴定人根据公安机关、人民检察院或人民法院的要求，对案件中某一专门问题进行鉴定后所提出的书面报告”。(2)“鉴定结论，是指公安机关、人民检察院和人民法院指定或者聘请具有专门知识的人，对案件中某些专门性问题，进行科学鉴定后所做出的书面结论”。(3)“所谓鉴定结论，就是具有专门知识的人受公、检、法三机关的委托，就刑事案件中的专门性问题进行研究之后所作出的书面判断意见”。(4)“鉴定是鉴定人运用自己的专门知识，对鉴定客体进行研究的一种活动。鉴定结论就是对鉴定的客体进行研究活动后，作出的书面结论”。我们认为，第一种和第二种表述比较准确，第三种和第四种表述不够准确。因为，第三种表述用“委托”一词不准确。按照我国刑事诉讼法第129条规定，应该是“指派和聘请”（鉴定人）。指派的对象，是公安司法机关内具有专门知识的人员，聘请的对象，是公安司法机关以外其

他部门中具有专门知识的人员。第四种表述，只讲“对鉴定的客体进行研究”，把指派和聘请的机关省略了，因此，进行鉴定可能是应其他机关或个人的要求进行的，即使作出了鉴定结论，但不具有合法性，因此，不能将其当作证据采信。那么，对鉴定结论下一个什么样的定义比较科学呢？我们认为，是否可以作这样的表述：“鉴定结论，是指由公安机关、人民检察院和人民法院指派或者聘请具有专门知识的人，根据侦查、检察、审判人员的要求，对案件中某些专门性问题进行科学研究之后所做出的书面结论”。这种表述，吸收了上述第一种和第二种表述的长处，补充了新的内容，克服了第三种和第四种表述的不足，因此，我们认为，它比较科学、全面、准确。

2. 鉴定结论的内容。

鉴定结论作为一种证据形式，必须具有统一的规格和一定的内容。但是，法律未作明确规定，司法实践中的做法不一。有的地方鉴定人作出的鉴定结论，其内容是：检验所见，分析说明和结论三个部分。有的地方鉴定人作出的鉴定结论，其内容是：绪论，检验，论证和结论四个部分。我们认为，后一种鉴定结论包含的内容比较全面。具体情况如下：

(1) 绪论部分。检验或送检单位名称、发案时间、地点，检验对象（被检者年龄、性别、籍贯、职业、住址等；被检物中的物品名称、数量等)，检验目的，在何时、何地、由何人进行检验，等。

(2) 检验部分。对被送检的材料和样本的形态、色质、大小、检验方法和检验所见的全部事实，有顺序地、简明扼要地如实进行描述。

(3) 论证部分。根据发现的特征、数据进行综合评断，对所需要解决的问题，运用有关专门知识，逐条进行分析说明。

(4) 结论部分。根据检验结果，全面分析，抓住主要问题，作出明确结论。例如，对一具尸体进行检验之后作出鉴定结论，除了要证明上述第一部分“绪论”的内容外，还要证明：①在进行尸体检验时鉴定人见到什么（衣着、身长、颜面、尸斑、尸僵、体表损伤状况等)；在进行尸体解剖时鉴定人见到什么（脑、心、肺、胃、肠等是否受到损伤或出现异常变化)；在化验时鉴定人见到什么（对体液、血液、精液、胃内容物的化验情况等)。②对这些检验所见到的事实，进行综合评断，对公安司法机关要求解决的问题，用专门知识进行分析说明。③根据检验结果，全面分析，作出因何种原因致死的结论（如因钝器伤致死，锐器伤致死，毒物致死，枪弹致死，用绳索勒死，用手掐死，因其他原因致死等)。

3. 鉴定结论的特点。

对于鉴定结论的特点，我国法学界公认有两点：(1) 鉴定结论既证明了鉴定人根据送检材料进行检验时所观察到的客观事实，又是在运用专门知识进行研究之后作的结论。(2) 鉴定结论，只就应查明的案件事实中某些专门性问题作出鉴别和判断，不对法律问题作出结论，如，罪与非罪，此罪与彼罪，故意与过失，正当防卫与意外事件等结论。除此之外，我们认为，还有一个特点，即鉴定结论比较科学、公正。因为，其一、不仅鉴定人是由公安司法机关指派或聘请的具有专门知识的人，而且是利用专门知识进行研究之后得出的结论；其二、鉴定人是与案件无利害关系的诉讼参与人，因此，一般不会故意做出假的鉴定结论。

(三) 鉴定结论的意义

由于刑事案件的情况纷繁复杂，犯罪分子的手段狡猾，越来越多地利用现代科学技术进行犯罪活动。因此，公安司法人员仅凭自己的业务能力及某些知识办理好所有刑事案件是不可能的。因此，必须借助专门人员通过科学研究作出的鉴定结论查明案情，正确处理案件。随着科学技术的发展，鉴定结论将越来越显示出其重要作用。

鉴定结论对于及时查明案情具有重要作用，在法学界是公认无疑的。但是，主要表现在哪几个方面，却说法不一。有的只笼统地说，鉴定结论对鉴别物证、书证的真伪性质，确定被告人、被害人、证人的生理与精神状态，审查被告人口供、被害人陈述的可靠性，都起重要作用。有的认为，鉴定结论有两方面的重要作用，即在刑事案件中，从有无犯罪事实发生，行为是否构成犯罪，直至揭露犯罪分子，查明犯罪的性质、时间、地点、方法、手段等方面，鉴定结论有着重要作用；它往往也成为审查或鉴别其他证据的手段。我们认为，鉴定结论的重要意义，除了上述内容以外，还表现在：(1) 鉴定结论是确定痕迹和书面材料与案件事实是否有客观联系的依据。例如，鉴定结论可以断定送检的指纹与在现场上提取的指纹是否同一；鉴定结论可以断定送检的书面材料（反革命标语、反革命匿名信等）与某人笔迹是否同一，从而确定这些指纹和书面材料与案件有无联系，甚至可以直接借助它们查获犯罪人。(2) 有的鉴定结论是认定被告人应否负刑事责任的依据。我国刑法第 18 条规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果的，不负刑事责任；……间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应负刑事责任。”如果某人犯了杀人罪、（重）伤害罪等，经过司法精神病鉴定，若鉴定结论认定其不能辨认或者不能控制自己行为的时候实施了危害社会的行为，或间歇性精神病人在精神不正常的时候实施了危害社会的行为，这些鉴定结果就成了认定行为

人不负刑事责任的根据；反之，就是行为人应负刑事责任的根据。

三、鉴定人的条件及其权利和义务

根据我国刑事诉讼法第 119 条规定，鉴定人有两种：一种是在公安机关、人民检察院、人民法院工作的专职鉴定人员（如法医、化验员等），应本机关的指派，担任某案的鉴定人；另一种是具有专门知识的人，当他们被公安司法机关聘请以后，充当鉴定人。

（一）鉴定人的条件

什么样的人才能充当鉴定人，我国法学界有不同的看法。有的认为，鉴定人必须具备两个条件：(1) 他必须具有解决案件中某个专门问题的专门知识；(2) 他必须能够公正无私地作出鉴定结论。

我们认为，鉴定人必须具备四个条件：(1) 鉴定人应具有足以解决案件中某种专门性问题的专门知识。这是因为，凡是需要鉴定人解决的问题，都是公安司法人员凭借自己的知识和经验解决不了的专门性问题；指派或聘请鉴定人，是为了帮助他们解决这些问题。如果某人不具备解决案件中某个专门性问题的知识，就完成不了鉴定任务，因而，也就不能充任鉴定人。(2) 鉴定人与案件当事人和案件处理结果无利害关系。我国刑事诉讼法第 23 条和第 25 条规定了鉴定人回避制度。根据上述法律规定，凡是具有下列情形之一的人，不能充当鉴定人：是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；担任过本案证人、辩护人或者附带民事诉讼当事人的代理人的；与本案当事人有其他关系、可能影响公正处理案件的。法律其所以这样规定，完全是为了使案件得到客观公正的处理。因为，虽然鉴定人具有专门知识，可以作出正确的、科学的结论，但是，如果由于上述因素的影响或干扰，就可能不能客观、公正地进行鉴定，作出的鉴定结论必然不能反映实际情况；公安司法人员以此定案，就会造成错捕错判。(3) 鉴定人必须是公民（自然人），而不是机关、团体、企事业单位。这是因为，我国刑事诉讼法第 88 条规定："鉴定人鉴定以后，应当写出鉴定结论，并签名。"这里所规定的签名，是签写鉴定人个人（自然人）的姓名，而不是签写机关、团体、企事业单位的名称。从司法实践看，只有以公民个人（包括几个人各自以个人）的名义进行鉴定并各自签名，才能明确责任。几年、十几年以后，若鉴定结论丢失或缺损，再找鉴定人回忆并证明当时作出的鉴定结论的内容，他还可以作证。若让机关、团体、企事业单位进行鉴定，并盖公章，以后需要了解鉴定情况，就找不到具体人作证。(4) 鉴定人必须是经过公安司法机关指派或聘请的人。这既

是对鉴定人要求的法定条件，又是司法实践所决定的。因为，我国刑讼法第119条明确规定，鉴定人只能由公安司法机关指派或聘请；司法实践中，也只有公安司法机关才知道哪些案件中的哪些问题需要指派或聘请鉴定人进行鉴定。

（二）鉴定人的权利

鉴定人是诉讼参与人之一，在刑事诉讼中享有很多诉讼权利。那么，他们到底享有哪些权利呢？有的认为，鉴定人享有五项权利。有的认为，鉴定人享有七项权利。我们认为，鉴定人享有九项权利。它们是：

1. 鉴定人同其他诉讼参与人一样，有用本民族语言文字进行诉讼的权利。

2. 接受指派或聘请后，有权查验送检材料的来源和收集方法，核对名称、数量；根据查验情况，有权决定是否接受指派或聘请，或修改鉴定要求，或要求补送材料。

3. 有权了解为顺利进行鉴定所必需的案卷材料，如查阅勘验、检查笔录等。

4. 根据鉴定的需要，经公安司法人员许可，鉴定人可以询问当事人或证人。

5. 在必要的时候，鉴定人有权要求参加现场勘验、检查或侦查实验。

6. 几个鉴定人鉴定时，有权进行讨论，意见一致时，可以共同写出鉴定结论，然后各自签名；意见不一致时，每个鉴定人有权写出自己的鉴定结论，并签名。

7. 因受专门知识的限制，或因提供的鉴定材料不足不能作出鉴定结论时，鉴定人有权拒绝鉴定。

8. 若人民法院要求鉴定人出庭，鉴定人有权在开庭前三日内收到出庭通知书。

9. 鉴定人对公安司法人员侵犯其诉讼权利和人身权利的行为，有权提出控告。

（三）鉴定人的义务

既然鉴定人享有许多诉讼权利，那么，也就要履行必要的义务。对于鉴定人应履行的义务，我国法学界一致认为有三项。我们认为，应有四项，它们是：

1. 必须坚持实事求是的原则，忠实于事实真相，运用科学方法，客观公正地进行鉴定。

2. 在接受指派或聘请后，对要求鉴定的问题，应当写出鉴定结论，并签名。

3. 鉴定人必须遵守鉴定纪律，妥善保管提交的鉴定物品和材料，不得徇情、受贿或弄虚作假；若故意陷害他人或包庇犯罪分子而作虚假鉴定的，应负法律责任。

4. 鉴定人接到人民法院的通知应当按时出庭，实事求是地回答审判人员和当事人、辩护人或代理人针对鉴定结论提出的问题，并阐明鉴定结论的科学依据。

目前，在鉴定人出庭问题上存在某些问题，主要是个别鉴定人保守技术秘密，工作任务重，或以怕打击报复为借口不愿或拒绝出庭参加诉讼。上述行为是违背其法定义务的。我国刑事诉讼法和公安部颁发的《刑事技术鉴定规则》明确规定，鉴定人接到人民法院的出庭通知书后，应当出庭作证；本案的当事人、辩护人，依照法律规定对鉴定人提出的有关问题，鉴定人应予以回答，并阐明作出鉴定结论的科学依据。作为鉴定人，对此必须遵照执行。有的鉴定人为了拒绝出庭而以"保守技术秘密"为理由，这是站不住脚的。因为，司法工作需要在开庭前，鉴定人不能把鉴定结论的内容向他人、特别是当事人泄露，应严格保守这种"秘密"，而法律没有规定在法庭上要保守技术秘密；再说，鉴定人在法庭上主要是从检验所见和科学原理方面论证鉴定结论的科学性，一般不涉及到具体的鉴定技术，谈不到失密问题。有的鉴定人以工作任务重为由，不愿或拒绝出庭，其理由是不充分的。因为，工作任务的轻重是相对的，再重也能抽出时间出庭。既然有时间进行鉴定，就有时间出庭参加诉讼。即使是实在没有时间、还可以同人民法院商量改变开庭时间。有的鉴定人因怕报复而不出庭，这是不必要的。因为，有公安司法机关的保护，有人民群众的支持，倘若被告人亲属及其他人实行报复，鉴定人除可以进行正当防卫外，还可以向公安司法机关控告。因此，应该打消思想顾虑，大胆出庭参加诉讼，帮助法院作出公正合法的判决。

为了保证鉴定人顺利地进行鉴定，确实保障鉴定人的诉讼权利和应履行义务的实现，我们建议法律应增补一些内容。例如，在鉴定人权利中增加鉴定人有权根据鉴定开支及其他费用，请求给付费用等；在鉴定人义务中增补有关如果鉴定人无故拒绝鉴定，情节严重者应负法律责任等。为保证鉴定人权利和义务的实现，法律还应补充规定对打击报复鉴定人的违法和犯罪行为，依法严惩。

四、鉴定结论的审查判断

在西方资产阶级国家，有的学者认为，鉴定人是“科学的法官”，鉴定结论是“科学的判决，”因此，对鉴定人作出的鉴定结论，用不着进行审查判断。在我国，有的办案人员也认为，鉴定结论是专门人员运用专门知识进行鉴别和判断。再说，自己一不具备这方面的知识，二没有这方面的能力和水平，因此，对鉴定结论用不着审查，甚至依其为惟一正确的证据定案。实践证明这种想法和做法是不对的，对案件的正确处理是有害的。这是因为：1. 刑事诉讼法规定，一切证据必须经过查证属实，方能作为定案的根据。鉴定结论是七种证据之一，因此，对其也必须查证属实，即审查判断。2. 鉴定结论可能有错误。虽然鉴定结论是鉴定人运用专门知识对专门性问题进行鉴别和判断之后得出的结论，但是，这种结论也要受鉴定人主、客观条件的制约。如鉴定人的认识不全面、思想上的片面性、技术水平不很高，操作技术不强，鉴定方法不太正确等，因此，往往使鉴定结论产生错误。可见，对鉴定结论，也要进行审查判断。

如何对鉴定结论进行审查判断？我国法学界不少学者发表了自己的看法，司法实践中也取得了许多有益的经验。有的认为，对鉴定结论应从四个方面进行审查判断。有的认为，主要应从六个方面进行审查判断。我们认为，上述学者所主张的方法，有的没有特点，即它对审查判断其他证据也可适用的。例如，与其他证据对比，要鉴定结论与其他证据证明的情况是否相符合等；有的审查判断方法尚未具体论及。为了对鉴定结论进行全面审查判断，我们认为，审查判断鉴定结论有两种主要方法：一种是一般方法，另一种是个别方法。现试述如下：

（一）一般方法

一般方法，就是对每种鉴定结论都普遍适用的方法。它们是：

1. 从鉴定人方面进行审查。

(1) 首先，要审查鉴定人是不是应公安司法机关指定或聘请。若不是，就不能将其作出的结论采纳为鉴定结论。因为，不符合法定的要求，所作出的结论不一定可靠。(2) 鉴定人是否具有解决案件中某个或某些专门性问题的能力和知识。若不具备所必需的能力和知识，就不可能作出正确的鉴定结论。如聘请不具有文检专门知识的一般教师作笔迹鉴证，其鉴定结论就不一定准确。(3) 审查鉴定人是否与案件中的当事人或案件处理结果有利害关系，如果有，其结论的可靠性就值得怀疑。(4) 审查鉴定人作出的鉴定结论，是否受案件当

事人的威胁、利诱、收买，或受外界压力干扰。若具有这些因素的影响，作出的鉴定结论就不一定可靠。

2. 从提供鉴定的材料和鉴定时使用的设备方面进行审查。

(1) 审查提供鉴定的材料是否充分和可靠。由于鉴定结论是在分析研究了提供的鉴定材料的基础上，经过推断之后得出结论。如果提供的材料不充分或不可靠，就等于前提不正确，由此推断出的结论就必然不正确。因此，审查鉴定结论，必须对送检材料进行审查。(2) 审查鉴定时所使用的设备是否先进和完善。由于现代化科学技术发展很快，犯罪分子用先进的技术作案的情况日益增多。如果对送检的毒物、痕迹等，不是采用先进、精密、良好的技术设备进行鉴定，作出的鉴定结论就可能是不正确或不准确的。

3. 从鉴定人的工作态度和方法方面进行审查。

(1) 审查鉴定人进行鉴定时的态度是否严肃认真。鉴定人进行鉴定时，态度严肃、工作一丝不苟，这是作出正确鉴定结论的必备条件。相反，鉴定时马马虎虎，敷衍塞责，作出的鉴定结论就不正确。(2) 审查鉴定人进行鉴定时的方法是否科学。所谓鉴定方法是否科学，主要是指鉴定对是否依照操作规程进行和思维方法是否正确。如果鉴定方法不科学，那么，得出的鉴定结论就必然不正确。

4. 从得出鉴定结论的依据方面进行审查。

(1) 审查得出鉴定结论所依据的科学原理是否正确。如果得出的鉴定结论所依据的科学原理不正确，那么，鉴定结论就随之不正确。(2) 审查鉴定结论是否合乎逻辑，证据与结论之间是否自相矛盾。如果鉴定结论不合乎逻辑，论据与结论之间有矛盾，那么，其结论肯定是错误的。如在一份血迹鉴定结论中，前面说："此血迹不是人的血迹。"后面又说："此血迹与死者的血型相同。"这就是不合乎逻辑的例证。

(二) 个别方法

所谓个别方法，就是针对不同类型的鉴定结论的特点进行审查判断的方法。前面已述，鉴定有很多种类，如法医鉴定，精神病鉴定，毒物鉴定，物品鉴定，痕迹鉴定，书法鉴定，会计鉴定等。这些鉴定作出的结论，就成了相应的鉴定结论。对不同类型的鉴定结论进行审查判断，首先，要注意审查送检的材料（如毒物、血迹等是否被污染、变质）；然后，审查检验是否按照规定的程序进行。一般的程序是：预备检验、分别检验、对比检验等。违反这些程序，作出的鉴定结论往往不可靠。又如，对脚印鉴定结论的审查判断，首先，要审查鉴定人是否先对现场脚印与嫌疑人脚印的一般特征进行检验，如二者的

种类、长短、宽窄等是否一致；然后，再审查鉴定人是否对脚印的特定特征进行检验，如两者在相同部位的形状、大小、位置、距离、角度以及相互关系等是否符合。如果鉴定人根据一般特征相同，特定特征的总和又相符合而作出肯定性的结论，这种鉴定结论就是正确的。反之，如果鉴定人根据一般特征有本质上的不同，或者一般性特征虽符合，但特定特征有较大的差异，由此作出肯定性的结论，这种鉴定结论或者是根本错误的，或者是不确切的。

第八节　勘验、检查笔录

一、外国有关勘验、检查笔录的理论和法律规定

在外国，法律对勘验、检查作了分别规定。

（一）**勘验**。

勘验，包括勘查和验尸。对此，英国、联邦德国、日本和苏俄刑事诉讼法均作了较具体的规定。

1. 勘查。勘查的目的是为了发现犯罪痕迹和其他物证，查明肇事环境以及对于案件有意义的其他情况。勘查一般由警察机关的官员或有侦查权的人员进行。在日本，检察官、检察事务官或司法警察职员，在认为侦查犯罪有必要时，根据审判官签发的文件，实行勘查（《日本刑事诉讼法》，第128、129、218、219、220条）。《苏俄刑事诉讼法典》对勘查的规定比日本刑事诉讼法详细、具体。例如第178条规定，勘查由侦查人员进行。勘查的范围是肇事地点、周围的地点、周围环境、房舍、物品和文件。第179条规定，进行各种形式的勘查都要有见证人在场。实行勘查时，侦查员要注意请见证人提请应将哪些情况记入笔录。必要时，可以吸收刑事被告人、犯罪嫌疑人、受害人，证人参加勘查。他们有权提请侦查员注意必须将某些对案件有意义的情况记入笔录。必要时，侦查员可以邀请与诉讼结果没有利害关系的相应专家协助验查，帮助侦查员发现和固定证据，并请他们对发现和固定证据有关的情况作出说明。在勘验过程中，可以进行测量照相、摄制电影、制作图表和罪迹的模印。在必要的情况下，对勘验时收取的物品应当包装和加封。第182条规定，为了固定勘查得到的情况，要制作笔录。笔录中要记载侦查的一切行为，记载按照勘查顺序或检验所观察到的实际情况，记载在勘查和检验过程中所发现的一切东西，并开列清单。进行勘查的人、法医、医生、见证人应在笔录上签字。

2. 验尸。验尸就是对怀疑与案件有关的尸体进行检查和验证。

在英美法系的英国，验尸由验尸官实施。全英格兰和威尔士共有三百五十名验尸官，都有一定的辖区；充任验尸官的是高级律师、初级律师或医师，他们由郡议会任命。

验尸的程序是，当验尸官接到公民报告有尸体以后，为了查明死因，验尸官就要进行验尸。对于可能是因谋杀、非预谋杀或溺婴而死亡；死亡在监狱或某些规定地点的尸体；由于疾病、毒药或某些需要报告政府有关部门的事故而死亡的尸体，在汽车肇事事故中死亡等尸体，验尸官在勘验时应召集七至十一名陪审官参加。勘验时，还要通知死者家属的代理律师、警察或者可能受刑、民事追诉者到场；传唤证人到场，并可对他们进行询问。对询问时作成的笔录应由证人和验尸官签字。

大陆法系的联邦德国，尸体的司法检验由一名医师进行，解剖尸体由一名医师在旁协助一名法医进行，审判官陪同解剖尸体。当审判官认为检验尸体无须医生协助他，可以不请医生协助。为了对尸体进行检查或解剖，对已经被埋葬的尸体，可以掘出（《联邦德国刑事诉讼法》，第 87 条）。进行司法检验时，应当把发现的事实记入笔录。对正在消失的痕迹，从案件的特征来看，若它们的原状是可以推测出来的，在笔录中都应当记载清楚（同上，第 86 条）。

《苏俄刑事诉讼法典》第 180 条规定，验尸的人员和程序与联邦德国基本相同，但对笔录记录的内容要求更具体。例如，法典规定，侦查员对尸体在其发现地点作外部的勘验，要有见证人在场，并有法医鉴定人参加；在不可能有法医鉴定人参加的时候，要有其他医师参加。必须将尸体从埋葬处取出的时候，侦查员应作出决定。取出尸体应当有侦查员、法医鉴定人和见证人在场。验尸要有见证人在场，有法医参加。如果法医不可能在场，必应有其他专家在场。依照《苏俄刑事诉讼法典》第 182 条规定，验尸应当制作笔录，记载验尸过程中所发现的全部情况，参加验尸的人和见证人必须在笔录上签名。

（二）检查

检查，是指对被告人、被害人、证人的人身进行检查。对此，某些大陆法系国家、日本的法律和苏俄刑诉法典有专门规定。

《联邦德国刑事诉讼法》第 181 条规定，为了确定诉讼中的重要事实，可以依照命令对被告人的身体进行检查。为此，允许由医生依照医学上的检查规则，进行抽血和透视身体的检查。虽然对被告人人身进行这类检查不需要征得被告人的同意，但是，必须以对被告人的身体健康无损害为限。检查被告人以外其他人的身体，包括证人在内，只能在必须确定其身体上留有犯罪痕迹或结

果的时候，才能不经他同意而加以检查。对于被告人以外的其他人，为了确定其血统关系，可以进行人身检查和抽血检查，无须征得被检查人的同意，但必须以对其身体健康无损害，且这种措施以对于探索真实情况是不可分割的为限。这种人身检查和抽血检查，只能由医生进行。对于上述两种检查，证人有拒绝作证的理由时，可以拒绝检查。作出上述各种检查命令的权力属于审判官，在拖延时间对侦查结果有危害时，检察官及其助理人员也有这种权力。拒绝检查，必须有正当的理由，并宣誓。强迫检查，只能依照审判官的特别裁定。这种裁定，只能在预料到关系人会不顾判处罚金，继续顽抗检查，或者拖延检查会有害时，才能做出。检查妇女人身，如果她同意或同意后感到羞耻时，可以指定一名妇女或者一名医生进行检查。根据被检查妇女的要求，允许一名妇女或者她的亲属进行检查。

《日本刑事诉讼法》规定对人身检查尽管不如《联邦德国刑事诉讼法》详细，但是对检查人身应注意哪些主要问题和拒绝检查会受到何种处罚都作了比较具体的规定。所有这些，是其他许多国家刑事诉讼法没有规定的。例如，《日本刑事诉讼法》规定，检查人身时，应当考虑受到检查人的性别、健康状况或其他情况，并要特别注意检查方法，注意不要损害受检查人的名誉。检查妇女身体时，应当有医生或成年妇女在场。被告人或被告人以外的人，没有正当理由而拒绝检查时，可以裁定处以五千元以下罚款，并可命令其赔偿由于拒绝所花耗的费用。没有正当理由而拒绝检查时，应当处五千元以下罚款或拘留。法院认为对拒绝检查身体的人处以罚款或科刑仍无效果时，可以直接对其人身实行检查（《日本刑事诉讼法》，第 131、137、138、139 条）。

与上述两国不同，在苏联，检查被称为检验。检验的目的是为了发现身体上的犯罪痕迹或特征。如果不需要法医鉴定，侦查员有权对刑事被告人、犯罪嫌疑人、证人或受害人实行检验。检验应由侦查员作出决定。对于实行检验的决定，被检验人必须遵行。检验应当有见证人在场，必要时还应当有医生参加。当检验需要使受检验人裸体时，实施检验应当有同一性别的见证人在场。在对异性人进行检验时，如果需要此人裸体，侦查员可以不在场，检验由医生在见证人在场时实行。检验中，不许有侮辱人格或者危害受检验人健康的行为发生。对检验时的情况应制作笔录、记载侦查员的一切行为、检验时所见到的实际情况和所发现的一切东西（《苏联刑事诉讼法典》，第 181、182 条）。

二、勘验、检查笔录的概念和意义

（一）勘验、检查笔录的概念

要了解勘验、检查笔录的概念，首先必须弄清勘验、检查的概念。

所谓勘验，就是指公安司法人员对犯罪现场、物品或尸体等进行勘查和检验。任何犯罪活动，必然在客观外界留下物质痕迹、物品或尸体等。为了查明案情，必须对这些痕迹、物品、尸体等进行勘查和检验。对于勘验的主体是哪些人，我国法学界认识不一。有的学者认为，只能是公安人员和法医。有的学者认为，是公安人员、法医和审判人员。我们认为，勘验的主体应当是侦查人员、法医和审判人员。侦查人员既包括公安机关的侦查员、国家安全机关的侦查员，又包括人民检察院的负有侦查权的检察人员。这是因为，检察机关依照法律规定有权侦查的案件，是由检察人员进行的。既然他们有侦查权，那么，负有侦查权的检察人员也就是当然的勘验主体。这是顺理成章的道理。

何谓勘验笔录？有的学者认为，勘验笔录，是司法人员对与犯罪有关的现场、物品等进行调查研究的一种客观记载。有的学者认为，勘验笔录，是指侦查人员、审判人员对与犯罪有关的场所、尸体进行勘验后所作的文字记录、绘图、照片、录音、录像、模型等材料的总称。我们认为，上述两种观点相比，后者比前者全面。从实质上看，所谓勘验笔录，是指侦查（包括行使侦查权的检察人员）、审判人员对犯罪场所、物品、尸体等进行勘查、检验所作的记录，其中，包括绘图、照片、录音、录像、模型等。

勘验笔录，以其内容不同，可分为：现场勘验笔录、物证勘验笔录、尸体检验笔录、侦查实验笔录等。

检查，是为了确定被告人、被害人、证人的某些特征、伤害情况或者生理状态而对其进行的检验和察看。刑事诉讼法第 75 条规定：“为了确定被害人、被告人的某些特征、伤害情况或者生理状态，可以对人身进行检查。”由此可知，检查的对象是被害人、被告人；检查的目的，是为了确定他们的某些物征、伤害情况或者生理状况。那么，检查的对象，包括不包括证人呢？我们认为，还应当包括证人。关于这一点，可以从刑事诉讼法第 48 条的规定中看得出来。该条规定：“生理上、精神上有缺陷或者年幼、不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证。”怎样才能确定某人是否缺乏作证的条件呢？这就必须由侦查人员，或者由侦查人员指派、聘请具有专门知识的人员对该人进行检查，甚至进行精神病鉴定。可见，在必要时，为了确定证人生理上、精神上是否有缺陷、能否辨别是非和正确表达时，完全可以对证人进行人身检查。

检查笔录，是检查人员对被害人、被告人和证人的人身进行检验和查看时所见真实情况的记录。

勘验、检查笔录其所以成为一种独立的证据种类，这是因为它既有自己的特点，又与其他证据种类不同：从内容上看，勘验、检查笔录是一种具有综合

性证明作用的证据。它既有通过勘验、检查时所发现的各种情况，又包括有与犯罪有关的痕迹、物品、尸体以及它们存在或形成的具体环境、条件等情况。从形式上看，它是公安司法人员把勘验、检查中所见到的客观情况和提取的物证、书证等用记录的形式固定的，这与物证、书证，证人证言等形式不同。

（二）勘验、检查笔录的意义

1. 勘验笔录的意义。勘验笔录有很多方面的重要意义，择其要者，主要有：(1) 对揭露犯罪和缩小侦破范围有重要作用。这是因为，勘验笔录记载有犯罪现场的环境、犯罪分子遗留在现场上的痕迹、物品和尸体等。例如，勘验笔录中记载着在一起盗窃银行保险柜里人民币的现场情况中，窗口出入处有两个人的鞋印，该鞋印就证明是二人合伙作案；笔录中记载地上留有用电钻钻开保险柜的金属沫，这就证明作案分子是拥有电钻或会使用电钻的人，从而缩小了侦破范围。(2) 勘验笔录是用以恢复现场，分析案情的根据。由于勘验笔录记载的内容，是按照勘验顺序原原本本地记录侦查人员勘验时所看见的客观情况和提取物品的情况。在诉讼过程中，为了分析研究案情，可以按照勘验笔录记载的情况恢复现场原状。在这种情况下，勘验笔录就是恢复原状的重要依据。(3) 勘验笔录对核实被告人供述和辩解的真伪起重要作用。

2. 检查笔录的意义。其意义具体表现在：(1) 检查笔录记载被告人、被害人身上的固定特征。如独眼、面部有伤疤等，这对辨认或确定被告人、被害人是谁有重要作用。(2) 检查笔录记载被害人的受伤状况、程度，这对确定侵害被害人的行为构不构成犯罪、危害程度大小均有重要意义。(3) 检查笔录记载被告人的生理状况（是精神病患者或不是精神病患者），是确定被告人应否负刑事责任的重要依据；检查笔录记载某人生理上、精神上有缺陷或年幼，不能辨别是非、不能正确表达等情况，是确定该人不能充当证人的重要依据。

三、勘验、检查笔录的制作

勘验、检查笔录一般只能由侦查、审判人员进行。其方法，除了用文字记录以外，还可以用绘图、照相、录音、录像等固定现场上的情况。

（一）现场勘验笔录的制作

凡是有犯罪现场的刑事案件、侦查人员应立即赶到犯罪现场，首先对犯罪现场进行拍照和绘图，然后将勘验的情况写成笔录。笔录的主要内容是：

1. 绪论部分。报案时间，案件发生和发现的时间、地点，报案人与当事人的姓名、性别、职业、成份、住址及他们所叙述关于案件发生、发现的经过情况。现场勘验人员的姓名、职务；现场保护人、见证人的姓名、职业。勘验

工作开始和结束的时间，勘验的程序和当时的条件（气候、光线）。

2. 叙述事实部分。现场所在地的位置及周围环境。现场中心处和有关场所（包括损失物和受害情况）及所见的情况，特别要记明一切变动、变化的情况。犯罪分子遗留下的物品和痕迹的详细情况（位置、名称、数量、形状、大小），现场的反常情况。

3. 结尾部分。记明提取的痕迹、物品的名称、数量。记明现场拍照的内容、数量，现场绘图的种类和数量。现场勘验的领导人、侦查员、见证人的签字。最后，还要由绘图人、记录人写明图的名称、图例及说明，并由他们签名。

（二）物证检验笔录的制作

侦查人员收集到物品或痕迹，应当及时进行检验，查明它们的性质特征，必要时，还应采用科学技术方法进行鉴定。物证检验后，应当制作笔录，详细记明物证的形状和特征，检验过程，检验的结果等。最后，由检验人员签名或盖章。

（三）尸体检验笔录的制作

尸体检验笔录应记明两部分情况。1. 对尸体外表检验情况：尸体的位置、姿态、衣着情况；尸体的变化、冷却和僵硬程度，有无尸斑及尸斑的部位等；尸体上附着物的情况，如发内、腋下、阴部及口、鼻、耳内有无异物（泥土、精液、药物等）；尸体外部伤痕（形状、深浅、长短、宽窄、数量）情况等。2. 解剖检验的情况。若是系统地解剖尸体，要记明对全身各内部器官进行解剖及所见到的情况；若是局部解剖，要记明对某一内脏器官进行解剖（如心、脏、肺、胰、脑等）所见到的情况。根据解剖的结果，要对案件的性质、死亡时间、原因、损伤特征及形成，死者曾患过何种疾病等，作出明确的结论。

（四）侦查实验笔录的制作

侦查实验一般由侦查人员进行，也可以在侦查人员主持下进行。侦查实验笔录，应记明实验的时间、地点、参加人员，进行实验的目的和过程，包括侦查实验在什么条件、环境下进行，用何种材料或方法进行，实验的种类、方式和结果等。在可能的条件下，对侦查实验的进行过程可用录像方法录制下来。在进行侦查实验过程中，该进行拍照的要进行拍照，该绘图的要绘图。侦查实验笔录由参加实验的主持人、参加人、见证人签名或盖章。

（五）人身检查笔录的制作

人身检查笔录应记明非致命伤的种类，受伤部位和程序，致伤的凶器种

类，受伤的时间以及对性犯罪行为的检查等。笔录尾部应由参加检查的人员和在场见证人签名或盖章。

四、勘验、检查笔录的审查判断

勘验、检查笔录是侦查、审判人员依法定程序进行勘验、检查活动的如实记载，一般说来，比较可靠。但是，由于勘验、检查笔录也会受主、客观条件的影响（如犯罪现场被破坏或伪造，因自然条件的影响发生了变化，勘验、检查人员态度马虎等），它的客观真实性会出现差误。因此，对勘验、检查笔录要进行审查判断。

审查判断勘验、检查笔录应注意哪些问题？有的认为，应注意三个问题；有的认为，应注意五个问题。经过对比和研究，我们认为，他们的观点都是值得肯定的，但是，为了进一步进行探讨，我们认为，还有待于补充和完善。审查判断勘验、检查笔录，应注意以下几个问题：

1. 了解勘验、检查笔录制作的过程。在司法实践中，绝大部分勘验、检查笔录是在勘验、检查时制作的，但是，也有个别的不是这样，而是侦查或审判人员事后凭自己的回忆情况追忆的，甚至有的是根据被告人供述和辩解或被害人陈述的内容补记的。由于这些笔录不能如实客观地反映当时的情况，因此，不能将它们视为勘验、检查笔录，并当作定案根据。

2. 审查勘验、检查笔录是否符合法律的要求。主要审查：(1) 进行勘验、检查的主体是不是法律规定的侦查或审判人员，或笔录是不是在侦查、审判人员主持下由有关人员制作的。如果不是，这种笔录的内容不足信，不能将其当作证据采用。(2) 涉及到专门性问题是否由指派或聘请具有专门知识的人在侦查或审判人员主持下进行勘验、检查的。(3) 对死因不明的尸体是否进行了解剖并通知死者家属到场。(4) 对被告人进行检查或强制检查是否合乎法律规定，对妇女身体的检查是否由女工作人员或医生进行。(5) 勘验、检查人员是否在笔录上签名或盖章；见证人与案件有无利害关系等。

3. 审查笔录是否记明现场变动或遭到破坏的情况。由于犯罪现场可能被被害人家属及群众有意或无意改变原来的情况，又由于气候条件（风吹、雨淋、日晒等）引起原始现场情况的变化或破坏，因此，应审查这些变动或破坏的情况是否记入笔录。搞清这些问题，对判断笔录内容的真实可靠性有很重要的作用。

4. 审查笔录中有无反映现场被伪造的情况。有的犯罪分子为了逃避惩罚或嫁祸于人，往往伪造现场，以迷惑侦查人员或转移视线。例如，把他杀伪装

成自杀；把外盗伪造成内盗；把内盗伪装成外盗；转移尸体；销赃灭迹等。如果笔录中记载有伪造的情况，要结合该案其他证据进行分析判断。如果其他证据证明有伪造情况，而笔录中没有记载，这时，对笔录要作分析、研究，不能轻易相信笔录的内容。

5. 审查笔录勘验、检查人员的业务水平和工作责任心。勘验、检查是业务性强、技术水平要求很高的工作，如果勘验、检查人员业务能力差、技术水平低，则勘验、检查得到的情况或不准确、不全面。要判断笔录的内容是否真实可靠，仅就笔录本身进行审查是办不到的，因此，就必须从勘验、检查人员的业务能力、技术水平这方面进行审查才能达到目的。

6. 应分析、研究勘验、检查笔录的内容是否全面、准确，重要情况有无漏记、错记，前后内容是否一致。笔录中记载的物证、书证痕迹等，与从现场上收集到的名称、数量是否相符合。

7. 将勘验、检查笔录在法庭上宣读，听取当事人、辩护人等各方的意见。若他们中有人提出重新勘验或检查，同时，审判人员也认为言之有理，这就证明该笔录的真实可靠性值得怀疑，由此，再结合其他证据反映的情况进行审查判断。

8. 运用案内其他证据，如证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解等审查判断勘验、检查笔录。

第九节　视听资料

一、视听资料的概念、种类及特点

视听资料（Audiovisuals），也称音像资料，是指以录音、录像等形式反映的声音和形象，电子计算机储存的有关资料以及其他现代科技手段获取的信息资料等以证明案件真实情况的证据。通常包括录音带、录像带、电影胶片、微型胶卷、唱片、传真资料、雷达扫描资料、电子计算机储存的数据和资料等。

以获取视听资料的手段为标准，视听资料可以分为下列三种：①录音、录像资料。是指通过录音机和录音磁带、录像机和录像磁带记录和储存的与案件有关的声音、形象，然后使音、像重现的一种证据资料。②电子计算机储存的资料。是指用储存在电子计算机内的数据和信息资料来证明案件事实的证据资料。③其他科技手段获取的资料。比如通过电视监视器来观察和监视需要控制

的场所、区域或者特定对象所获取的能证明案件事实的信息证据资料。以获取视听资料的行为主体为标准，又可分为以下三种：①侦查、司法人员亲手制作的视听资料。如采用技术侦察手段，用录音机收录犯罪分子的反动宣传、演说；用录像机录制的犯罪分子的犯罪过程等。②一般群众在工作、生活和学习中制作的视听资料。如摄影、摄像爱好者在拍摄外景时，偶然拍到的犯罪分子的作案过程等。③犯罪分子自己制作的视听资料。如间谍人员偷拍的有关我军事基地、国家秘密文件的照片、录像带等等。

视听资料的基本特征是以图像或者音响反映或者通过电脑储存的材料和数据来证明一定的法律行为和法律事实。它除具有可保存、可鉴别和不易变损的特性外，与其他证据，特别是物证和书证相比，具有以下特点：

①证据力的内在性。物证通常以其外部形状、质量、特征来证明案件的事实，而视听资料则是以音响、图像和贮存的资料或数据所反映的内容来证明案件事实是否存在。

②附着物的特殊性。视听资料内容的附着物通常为录音带、录像带、计算机磁盘等，而书证的内容的附着物多为纸、木、石、金属等。

③直观性。视听资料不仅能够静态地反映一定的法律事实，而且能够动态地表现该法律事实的现实情景。如录音既能以连续音响所表示的内容证明案件事实，又能以音调、声音等证实说话人。录像既能以连续图像反映人的行为过程，又能再现行为人与周围的人、物的联系以及现实情景，使人如临其境。而物证等其他证据只能以静态的方式来证明案件事实。

④内容展示的依赖性。视听资料多需要借助科学仪器才能显示其内容，为人所知。如录音机、录像机、计算机、微缩胶卷阅读机等，而其他证据材料多数不需要借助其他工具，靠人的直观即可知晓其内容。

⑤连续性。视听资料能够连续地反映案件情况，是一个动态过程。比如，录音资料能够连续地反映在一定时间范畴持续的音响；录像资料能够直观、形象地反映案件的某个动态过程。

由此可以得出，作为刑事诉讼证据的视听资料须具备两个条件：第一、所收录的内容或记载的数据与犯罪行为有关；第二，收录的声音清楚、图像清晰、数据准确，能证明案情。

二、视听资料的法律地位

所谓某类证据的法律地位，实质上也就是该类证据在诉讼活动中能否单独作为证据及其证明力的问题。

第一，关于第一个问题。视听资料在前苏联、匈牙利、罗马尼亚、日本等国均未被视为独立的证据，英美法系国家的证据法也不过是规定在书证中。理由之一是认为"录音材料等不具有文字符号特征和可续性，此外，迅速说出的话语与经过考虑写出的文字也有质的不同。特别是录音易于伪造，它应该属于物证，因为认定书证是否是涂改、伪造的，也属于物证工作的范围"。对此，我国也有人持赞同观点，其主要理由是认为视听资料、物证、书证等"往往得与鉴定结论配合才能成为有证明作用的证据，因此，严格地讲，这种证据不能作为一种证据独立存在"。但笔者认为，视听资料在诉讼中是一种独立的证据种类，享有独立的法律地位，因它完全符合证据的基本特征。从证据学理论看，一切刑事证据都必须具有客观性、关联性、合法性和闭合性。视听资料同样具有这四个特征。①客观性。应当认为，凡专门机关依法制作的视听资料均具有客观性原因在于，从视听资料反映的内容来看，不论何种阶段及过程均是有关犯罪情节的再现。如果我们用现代手段获取的有关犯罪的情节和过程方面的材料都不是证据，那么其他再逼真的反映案件情况的材料，都不再是证据，不具有客观性，这是由刑事证据的本质性决定的。②关联性。由于科学技术普及程度的不同，侦查人员侦查意识上的差异，主观与客观条件相互作用的协调性等诸因素，视听资料的采集可分为如下三种情况：其一，全面采集某一个已发生的犯罪活动的视听资料证据。其二，采集的视听资料证据是犯罪活动中比较关键的过程和情节。其三，采集的视听资料证据只反映案件犯罪嫌疑人与犯罪行为及结果之间存在着一定的、不可分割的刑法意义上的联系。但是，不论属于哪种情形，视听资料均与案件真实情况间存在着直接或间接、原因与结果、条件与非条件或者时间与地点的联系，具有关联性。③合法性。视听资料证据的合法性在于司法机关、国家安全机关的侦查人员依据刑事诉讼程序，根据案件的需要，经过严格的审批手续，对犯罪嫌疑人或者已确定的犯罪对象实施监控，并形成视听资料。因此，视听资料的合法性，具体包括侦查主体合法性、侦查程序的合法性、侦查中技术手段的合法性、视听资料证据同一认定的合法性。除此以外，还应对特殊的视听资料进行个案处理，如在共同犯罪中共犯提供的视听资料、与案件有关或无关的当事人向专门机关提供的视听资料等。由于采集主体、手段、审批、程序的问题，带来了视听资料证据内容是否合法的疑问。对于此类视听资料不能轻信，又不能不信，而应当采取较为慎重的态度，主要考证其证据内容是否真实，若排除了虚构、伪造事实这种可能后，就应依法确认其证据的合法性。④闭合性。强调刑事视听资料证据除要求有一定质的成分外，还要注意收集一定量的证据，使挖掘出的证据达到高度穷

尽，形成封闭式的证据环节，能够说明、反映某一问题或情况。综上所述，刑事视听资料完全符合我国刑事诉讼证据的基本特征。它既是一个独立的刑事证据种类，同时又与其他刑事证据不可分割，存在着内在必然的联系。

第二，关于视听资料的证明力问题。刑事诉讼法第42条规定："证明案件真实情况的一切事实都是证据。证据有下列七种：①物证、书证；②证人证言；③被害人陈述；④被告人供述和辩解；⑤鉴定结论；⑥勘验、检查笔录；⑦视听资料。以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。"民事诉讼法第63条、行政诉讼法第13条也作了类似规定。英美法系国家普遍认为视听资料不具有单独的证明力，或者说证明力低下，要求有佐证。比如若被告方对录音带提出疑义，则起诉方必须以不容怀疑的证据来证明录音带未被篡改。日本也主张视听资料只有在符合以下条件时才有证明力："①原始资料有证据能力；②正确反映原始资料；③提出原始资料有困难。"对此，笔者认为，视听资料作为一类独立的证据，是否具有证明式要求，准确反映客观事实是其内容要求。任何音、像资料，只要属于视听资料并能证明案件真实情况，就具有证明力，证明力就与其他物证、书证、证人证言等相同，具有可采性。否则，就不具有证明力，而不能采取英美法系国家的证据观念，认为证人证言等证据的证明力大于视听资料。至于佐证问题，不仅是视听资料，其他证据种类在诉讼过程中也需要相互间的的印证，这并不剥夺其独立的证据种类地位和影响其证明力。

三、视听资料的制作原则及要求

为了使视听资料成为同犯罪作斗争的有力武器，侦查人员在制作视听资料时，应当遵循下列原则：

1. 合法。其含义具体包括：第一，此种视听资料只能由公安机关或者国家安全机关侦查人员制作，特殊情况下，经批准，也可以依法指派或者委托其他人员制作；第二，制作此种视听资料的目的只能是为了侦查有关人员的违法犯罪活动；第三，制作此种视听资料的具体手段，如侦听、密拍等，必须经过严格的批准手续。

2. 真实。是指制作的视听资料应当是对有关过程、事件的如实记录，不能掺杂任何虚假的东西，否则，所制作的视听资料就没有法律效力，不能作为证据使用。

3. 细致。就是要仔细制作视听资料，不能粗制滥造。因为粗制滥造的音像磁带等视听资料虽然一定程度地记录下了犯罪分子的声音或图像，但是播放

出的音像往往听不清楚、看不清晰，对过程、事件的记录模糊不清、似是而非，起不到听其音、辨其人或者如见其人、如临其境的作用，不能作为定案的根据，同样不能作为证据。

制作视听资料时，应履行有关手续，做好细节性工作。提取视听资料时，应当由二名以上办案人员办理有关手续；提取的视听资料应当有监听、监视笔录，记明监听、监视的时间、地点、简要经过等事项，并签字或者盖章。对有关当事人提供的视听资料，要注意询问是母带还是复制带，必要时可要求当事人将母带与复制带一并提交对比；对当事人提交的视听资料，要做好提取笔录，记明视听资料的数量、外观、带长（可用时间的长短表示）、型号等，同时对其进行拍照，连同照片一并存卷。

办案人员在随案移交视听资料时，有条件的应当由二名办案人员在场对视听资料复录存档，以便日后对比所移交的视听资料的内容有无变化。对于较易损坏的视听资料，如录音、录像磁带，要特别做好防潮、防热的保护措施，以防磁粉脱落或变质，造成失真。为防止视听资料内容被更改或无意混录其他内容以及音像被误消，对作为证据的视听资料，要在技侦部门的指导下，将该资料的重录装置拆掉，使之成为只能播放不能变更内容的磁带。

四、视听资料的审查运用

（一）视听资料审查

视听资料同其他证据材料一样，必须经过查证属实才能作为定案的根据。我们讲视听资料携带的证据信息量大，科技性强，比其他传统证据具有更强的物质客观性，证明力强是指它经查证不属实，作为定案根据使用而言的，任何证据材料经查证属实，都不具有任何证明力。事实上，有很多因素都可能造成视听资料失实，如不进行严格的审查和准确的判断，我们就无法分辨收集到的视听资料有无经过剪辑、复制、替代、篡改，无法区别所记录的内容是真实的还是伪造的，无法确定其与案件事实有无联系、与客观实际是否相符，从而也就无法确定其对案情能否起证明作用以及能起什么样的证明作用，是直接的抑或是间接的。所有这些问题的解决都首先依赖于对视听资料的审查判断，必要时还要对视听资料本身作出鉴定结论。

视听资料既是一种证据资料，同时也是一种崭新的具有高科技特点的证据资料，科学的发展为我们获取视听资料提供了必要的技术和技术手段，同样也为我们审查判断视听资料准备了科学的技术和方法。因此，我们既要遵循证据审查判断的一般规律，重视一般方法的运用，同时也应注意到其特殊性，采用

更先进、更科学的方法对其进行审查判断。

对视听资料的审查判断，我们可以从以下几个方面进行。

1. 审查视听资料的来源和收集情况。

视听资料的来源主要有三种情况，一种是由司法机关在调查、侦察活动中取得的；一种是机关、团体、企事业单位或个人为保护自己的利益而专门收集的；还有一种是公民个人或专门职业者（如记者）无意中收集到的。审查其来源的意义主要在于不同的来源，其真实可靠性和能证程度不同。一般来说，司法机关在调查、侦察活动中收集到的视听资料，其客观真实性要高些，能证性比较强；公民个人或其他专门职业者（如记者、摄影师等）无意中收集到的资料，虽有成为证据的可能，但往往带有很大的偶然性和片面性，能证程度较差；机关、单位安装的专门设备取得的资料虽然真实性比较强，但其与案件的相关性则较差。如一些大工厂安装的中心监控设备，摄录的资料大部分都是反映车间职工的生产活动情况，而记录刑事犯罪的内容则很少。因此，我们要特别注意对其内容与案件内容相关性的审查，做到去粗取精，与案件无关的内容没有证明价值，应该排除它的证明作用。

2. 审查判断视听资料所记录的内容是不是有关案件的客观真实情况。

视听资料是技术设备电子、机械运动的客观产物，录制的磁带等如果没有经过加工、复制，电子计算机软件程序如果没有受到“电脑病毒”的侵袭，其所记录和反映的资料一般都是真实客观的，但这种客观真实也仅仅是指录制或储存的过程是客观真实的，它不能保证被录制或被储存的事实本身没有经过伪装或故意编造，从而也就不能保证它所反映的内容是有关案件的客观真实情况。例如有的犯罪人在作案时采取了反侦查措施，通过化装打扮成另一个完全不相同的人，并故意显露自己的假身份，用来迷惑我们，转移我们的视线；再如计算机储存资料，如果输入的资料或信息本身是虚假的或错误，那么，其所提供的资料也就失去了其证明价值。我们如果不对视听资料的内容进行认真细致、客观全面的审查判断，运用这些资料作证据，就有可能张冠李戴，并失去收集其他证据的机会，忽视对其他证据的审查判断，造成冤案、错案，放纵真正的犯罪分子。

由于视听资料多为多方位的全息资料，能够反映出案件发生的全部动态过程和环境背景特征，犯罪分子作案手段再狡猾，伪装的手段再高明，也不可能面面俱到，对每一个细节都进行伪装。我们可以利用视听资料的特点，通过反复听看，仔细甄别，发现被告人伪装作案的蛛丝马迹。听看过程中，可以采用重播、慢放、定格、放大等技术手段，必要时还可以借助于技术鉴定。例如声

纹鉴定就是一种准确率很高的作声音同一认定的科学鉴定方法，它类似于指纹鉴定。所谓声纹是指将一个人的讲话声音输入声音分析仪进行分析所描画出的在不同的频率范围内，声音强度的分布曲线，也叫声谱。一个人从十几岁发音变声后直到五、六十岁，其声纹特征基本保持不变。目前尚未发现声纹特征完全相同的两个人。这是因为每个人的发音器官总有差异，后天环境所造成的语言习惯也不尽相同。人的声纹有 80 多个特征可以用来进行比对，即使是同一环境中长大的双胞胎，连父母都无法区别的声音，在声纹图上，仍可看出微小的差别来。

在对视听资料的真伪进行审查和甄别的时候，还应针对其特点，进行多方位的全息考察，尤其是录音、录像资料。我们既要仔细观察和分析其所记录的犯罪行为人的语言、行为特征，也要善于结合其所记录的有关环境背景特征，作出正确的分析和判断。例如某人提供了一份被告人在某闹市区作反革命宣传煽动演讲的现场录音，并声称是自己在人群中听演讲时录下的，在审查时却发现录音带上只有被告人的声音，而没有其他人任何声响，这与在闹市区演讲的环境特征是相矛盾的，既在闹市区演讲，就不可能没有喧闹嘈杂之声。这一矛盾如果得不到合理排除，就不能认定其真实性，它只能是伪造出来的虚假资料。

3. 审查获取、储存视听资料的技术设备的性能及其可靠程度。

视听资料是技术性很强的证据资料，其真实程度和能证作用与技术设备的质量和性能有关，我们只有借助于高灵敏度、高性能、高质量的技术设备，才能获得高度真实和能证性强的视听资料。如果视听资料是用质量低劣、性能极差的设备记录下来的，就不能原声、原貌地反映事件发生的过程；即使是高质量的设备，如果使用时超过了其本身的性能限度或者受到客观条件的影响（如距离、角度、光照情况），也会出现差误和失真。这些视听资料往往因为声音失真或噪声混杂，图像模糊不清或画面闪动、数据、信息资料的差误率高而不能作为证据使用。即使有少量勉强可以作证的情况，也会因其真实程度和准确性差而影响其证明力，给我们最后审查判定案情带来较大困难。

审查技术设备的性能及其可靠程度，可以使我们首先从技术上对视听资料的客观真实性和能证程度作出初步的判断。

4. 审查视听资料本身的客观真实程度。

即使视听资料的来源可靠，记录的内容未经过刻意伪装，使用的技术设备没问题，也仍然不能保证其客观真实性。因为视听资料本身经过剪辑、复制、编辑、人为消磁或自然失效也可能变得面目全非，而失去其证明价值。因此，

我们有必要对其本身的客观真实程度进行审查和判断。

(1) 关于剪辑。录音带、录像带、电影胶片都可以通过剪辑的方法，把不利于己的部分删去，把有利于己的部分保留，或者把几种不同情况下的讲话录音或行为录像资料剪删拼接起来，组合成具有其所需内容的证明材料，以混淆视听。经过剪辑的视听资料一般不能作为证据使用。

(2) 关于复制。复制有两种类型，一种是提供视听资料的人出于不良动机，将原始视听资料进行翻拍翻录。在复制过程中又有目的地进行剪删、篡改，并将原件销毁。这种经过复制的视听资料属于伪证的范畴，不能作为证据使用。另一种情况是司法人员出于整理和保全证据的需要，将内容凌乱庞杂的原始视听资料中的重要部分进行翻拍、翻录，取以为证或者将需要入档保存，避免因多次使用而失真的原始视听资料进行复制，作副本使用。这种复制材料在复制过程中也可能受复制人的主观意志影响被删剪，产生主观片面性。在使用时，必须详细审查复制的情况，由复制人员对复制的原因、过程作具体说明，必要时需提取原件进行审查，以确保其客观真实性。

(3) 关于编辑。这里的编辑指对原始视听资料的内容用编辑机进行逻辑调整，重新进行顺序排列的整理活动。利用录像编辑机或录音编辑机可以任意删除或移入一幅画或一个字音。因此，经过编辑的视听资料，其真实性无法保证，不能作为证据使用。因此，我们必须审查视听资料有无经过编辑的情况存在。这种审查单凭我们的视觉和听觉器官是很难分辨的，必须结合案情和其他有关证据，找出矛盾，然后借助于专业技术鉴定，作出判断。

5. 关于人的消磁和自然失效。

视听资料（尤其是录音、录像资料）大都是运用电磁原理及其他物理化学原理形成的，很可能因人为的原因或外界自然条件的变化而导致其消磁、变质，使资料失真或根本显现不出。因为人为消磁或自然失效而严重失真的视听资料不能作为证据使用。

6. 结合案情内容和其他有关证据进行综合审查判断。

在一个案件中，能证明案件事实的证据往往不是单一的，即使只有视听资料一个证据，它所反映的事实也不可能不与案件发生的前因后果以及时间地点等相关情况发生联系。证据的这种横向和纵向联系的特点，为我们对视听资料作系统的分析、审查和判断提供了可能，我们可以将视听资料放进整个案件的证明体系中去，看其与本案的其他证据之间、多个视听资料之间是否一致，与案件发生的原因、结果以及时间、地点等有无矛盾。如果发现矛盾，必须通过合理的方法加以排除。我们知道，当两个证据之间出现其本身不能合理排除的

矛盾时，就必然有一个材料是虚假的，但我们不能因为视听资料的高科技性和较强的物质直观性而一般地断言同其发生矛盾的其他证据是虚假的或不准确的，而必须结合案情，分析矛盾的双方，解决矛盾。解决矛盾的过程，实际也就是对证据审查判断的过程，通过这种辩证的、系统的审查，证据的真伪也必然昭然若现。

总之，审查判断视听资料证据是一项综合复杂的工作，在审查过程中必须运用辩证的、系统的、逻辑的和法律的方法，同时要善于运用现代化的科学技术，力求准确，为进一步运用它来证明案情、揭露犯罪、打击犯罪，保护无辜者打好基础。

（二）视听资料的运用

视听资料在审判中的作用主要有两点，一是利用视听资料提供的信息发现和收集新证据；二是利用视听资料证据分析和认定案情。视听资料的运用主要是指后一个作用而言的。运用证据的过程实际就是利用掌握的证据，对案件事实作出分析和判断，从而认定罪与非罪，此罪与彼罪以及罪轻与罪重的过程。证据与案件事实的关系在我们对某个证据进行审查，作出肯定判断的时候就已经确定了，即该证据可以作为定案的依据。但这种关系只是肯定了该证据是定案的必要依据，而不能肯定它是定案的充分依据。对证据充分与否的判断，是我们运用证据认定案情时尤其要突出注意的问题。就某一个具体证据来讲，通常其能证程度和证明的范围都有一定限度，我们在运用时应根据各类证据的特点及其所携带的信息量作出准确的分析和判断，既不能夸大也不能缩小这一限度，否则就不能准确地认定案情，最后必然导致疑案或错案，对视听资料的运用也不例外。

经查证属实的视听资料具有高度的科学技术性和信息传递的物质客观性，同时又比其他传统证据提供的信息量丰富。因此，其证明力往往比其他传统证据强，我们在运用它来定案时，应特别重视这一特点，明确其在某个具体案件证明体系中的地位和作用，充分利用其所提供的证据信息。但是不同的视听资料与案件事实之间的联系面和联系方式是不一样的，因此其对定案的作用也不一样。从联系面来看，有的视听资料能够反映决定犯罪基本构成和情节的主要事实，有的则只能反映决定犯罪构成某一方面或某几个方面的部分事实。前者如侦查机关对犯罪人进行跟踪录音、录像所取得的关于犯罪分子作案全过程的录音、录像资料，因其所反映的事实比较全面，运用它能够证明犯罪人是谁，实施了哪些犯罪行为，侵害的客体是什么，造成了何种危害后果等，因此，只要视听资料本身经查证属实，即使没有其他证据也照样可据以定案，作出正确

的判决。对于只能证明案件部分事实的视听资料，要注意它所证明的这部分犯罪事实与其他证据证明的部分犯罪事实之间的联系，只有当案件中决定犯罪构成的所有基本事实都有相应证据证明，并互相直接、互不矛盾时，视听资料才能与其他证据一起形成一个完整的证明体系，成为最后定案的充分依据。例如某犯罪分子潜入某设有录像监控设备的财务室行窃后，逃出室外不久即遇值班人的阻截，情急之下，用随身携带的水果刀对值班人猛刺一刀，不巧刺中心脏，致值班人急性大出血而死亡。在这一起抢劫案件中，室内监控设备取得的录像资料只能证明犯罪分子在财务室盗窃的事实，而不能证明其在室外用刀捅人，转化为抢劫的事实，它必须与其他证据结合在一起才能形成定案的充分依据。从联系方式看，有的视听资料能与案件事实发生直接联系，起直接证明作用；有的视听资料则只能通过证明其他证据的真实性而与案件事实发生间接联系，起间接证明作用。前者对案情有独立的证明作用，不依赖于其他证据，因此其对案件事实的证明力是由视听资料本身的特点决定的，相对较强；后者必须通过其他证据才能对案情起证明作用，其对案件事实的证明力要受其他证据的限制，相对较小。

总之，我们在运用视听资料证明案情时，应根据其不同的证明范围和不同的证明程度，作出恰如其分的判断。

当然，我们在运用视听资料的时候，也不能忽视其另外一个作用，即利用其所提供的信息，发现和收集新证据。尤其是在仅有视听资料，而又不足以定案的时候，这一作用尤为突出。因此，我们在运用视听资料要善于捕捉信息，除了善于捕捉其本身的证据信息之外，还要善于捕捉其所提供的与其他证据有关的信息，视听资料所反映的背景情况往往是它的信息源。例如，反映人物运动的录像材料，活动着的人在变换着的环境内进行，会出现许多的固定设施、运动着的背景物或人，我们通过对这些动态环境的分析，可以确定运动主体所处的方位，和什么人接触，环境对其有何影响，其对环境留下哪些痕迹，根据背景提供的这些信息，可以发现和收集新的物证、书证以及证人证言等。

第三章　刑事证据的分类

第一节　理论上的证据分类

一、分类的目的及意义

理论上的证据分类，是指从学理上按照一定的标准，用两分方法，从不同的角度，对证据所作的不同划分。

理论上的证据分类是以法律规定的证据种类为基础，联系各类证据的不同特点进行的分类。因此，理论上的证据分类和法律规定的证据种类有着密切的联系。但是，二者的区别也是十分明显的。法律规定的证据种类，是根据证据的存在和表现形式，对证据进行的比较细致的区分，其种类划分具有法律约束力。但是，这种划分方法对证据的其他重要特点，如证据的来源和作用等，则无法反映。而学理上的证据分类，恰恰就是从各个不同的角度，基于不同的标准，对证据进行比较和区分，虽然其分类不具有法律的约束力，但它通过分析诉讼证据的不同特征，揭示各类证据的运用规则，从而指导办案人员在诉讼实践中正确地认识、收集和审查判断证据，实事求是地查证和认定案情，正确处理案件，却具有重要意义。从理论上看，将证据不同的标准进行分类研究，有利于揭示不同证据的特点，提出正确运用各类证据的一般规则。从实践上看，通过对证据进行科学的分类，能使各种各样复杂、具体的证据材料系统化、条理化，便于司法人员根据各种证据的特点和运用规律，客观、全面地收集和审查判断证据，正确地运用证据认定案情，定罪量刑，防止片面性和主观随意性，保证办案质量。

二、法学界关于分类的探讨

对诉讼证据在理论上进行系统的分类研究已有二百多年的历史。分类研究

作为科学研究的基本方法，被引进诉讼证据理论研究的领域，始于英国资产阶级法学家边沁，(1748—1832)。他把证据分为：实物证据和人的证据，宣誓证据，言词证据和书证，直接证据和情况证据，原始证据和传来证据等。自从边沁开创了证据分类的先河之后，各国的法学家们在理论上对证据的分类研究方兴未艾，众说纷纭。由于各国的国情和司法制度、证据制度不同，对证据的分类标准和方法也很不一致。英美法学家把证据一般分为：直接证据与情况证据，原始证据与传闻证据，最佳证据与次要证据，不足的证据、表面上确凿的证据与确定性的证据，口头证据、书面证据与实物证据。也有的证据分类多达15种：口述的、文件的、确实的、直接的、情况的、实物的、外部的、传闻的、间接的、原本的、传来的、口头的、表面的、主要的、次要的。而大陆法系的学者则把证据分为：通常的、补强的、情况的、供述的、不充分的、推定的、决定性的等。原苏联的学者把证据分为四种：人证和物证，原始证据和传来证据，有罪证据和无罪证据，直接证据和间接证据。资产阶级法学家对证据的分类，有些是有意义的，有些则流于繁琐和形式主义。也有的资产阶级法学家对证据分类持根本否定的态度，认为是封建时代形式证据制度的残余，这种划分在实行自由心证的证据制度下没有实际意义。

我国台湾地区法学家对证据的理论分类也作过很多探讨。有的把证据分为五类：人证、物证及书证，本证与反证，直接证据与间接证据，原始证据与传闻证据，主证据与补强证据。有的把证据分为八种：本证与反证，物证与人证，直接证据与间接证据，积极证据与消极证据，独立证据与补助证据，原始证据与传闻证据，一般证据与补强证据，事前证据、事后证据与当时证据。

证据分类的研究是我国证据理论的重要课题之一。建国后，从50年代到现在，我国法学界提出过多种分类方法，但基本上是沿用原苏联学者的分类方法，即把证据分为人证与物证，控诉证据与辩护证据，原始证据与传来证据，直接证据与间接证据。司法实践表明，这种划分方法简明、科学、实用，便于司法人员在实践中掌握和运用。近年来，法学界对证据分类的研究较少提出新的分类方法，而集中于研究间接证据的特点、作用、运用原则，审查判断证据等问题。

第二节　人证与物证

一、分类的标准

人证与物证，亦称为言词证据和实物证据。它是以证据事实的表现形式为标准所进行的一种分类。

根据人证与物证的划分，其中证人证言，被害人陈述，被告人供述与辩解，是明显依赖于人的陈述表现出来的，显然属于人证。虽然它们也可以用书面形式表达陈述内容，但书面证词不能代替诉讼过程中侦查、检察、审判人员的口头询问（讯问），也不能代替法庭审理中当事人、辩护人、被害人、代理人的询问和相互质证。鉴定结论虽然必须以书面形式表达出来，但鉴定结论的实质是鉴定人对案件中某些专门性问题进行分析、鉴别和判断后的意见，但起证据作用的并不是鉴定的对象，而是鉴定人的鉴定意见。而且，在法庭审理中，鉴定人在必要时还应依法出庭宣读鉴定结论，回答审判人员、公诉人、当事人、辩护人、被害人的诉讼代理人对鉴定结论所提出的各种问题，鉴定人对鉴定结论作进一步的解释等，均必须以口头形式表达出来。因此，鉴定结论也应属于人证。

与人证相对称的物证是一种广义的物证，泛指所有实物形态的证据。它与证据种类中的物证在内涵和外延上都不相同。法定证据种类中的物证、书证，显然属于这里所讲的物证范围。勘验、检查笔录虽然也以书面的形式表达，但它是侦查、审判人员对与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体等进行勘验、检查后所作的客观记载，是对被勘验、检查对象的客观反映，而不是对被勘验、检查对象的分析和判断意见，也不是人口头陈述的记录。所以，勘验、检查笔录也应归入物证的范围。视听资料亦属于物证。至于询问证人、被害人、被告人时的录音和录像，前述已说明它们只是对证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解的一种固定和保全的方法，不属于证据种类中的视听资料，因而不属于物证，而是人证。物证并不仅限于无生命的实物，被害人的身体因犯罪行为而受到创伤或损毁的外形，也属于物证范畴。

二、人证的概念及特点

人证是以人的陈述为其表现形式的证据。人的陈述既可以采用口头形式也可以采用书面形式。其主要特点是：

1. 由于人证所反映的案件事实是人们对其所感知案件情况和材料通过人的回忆或判断而表现出来，这样，人的大脑就可以能动地感受、记忆、分辨、判断，再现有关案情，只要司法人员善于正确地调动人的主观能动性，人们就能提供案件发生的原因、过程、后果等具体情节的事实材料，而且能在司法人员询问的引导下，澄清疑问，补充、修正他所了解的事实，从而全面地、最大限度地揭示出案件的事实真相。

2. 人证所反映的案件事实存在于人的大脑之中，依赖于人的陈述表现出来，它虽不如物证具有可见性，但他亦不像物证那样处于静止和被发掘的地位，人们可以主动地提供他所了解和认识的案件事实。因此，人证相对于物证来说，易于为司法人员所接触和掌握，能够比较及时地发现犯罪，收集证据，证实犯罪。

3. 由于人证是受人支配的，人的大脑对案件事实的反映，通过人的陈述再现出来，要受到人的感知力、记忆力、判断力、表达力和利害关系、思想感情、对犯罪的认识等自然因素和社会因素的影响，鉴定结论的正确程度还会受到人的知识程度、技术水平等因素的制约。因此，人证常常不能确切地反映客观事实，人的虚假陈述甚至会根本歪曲事实真相。如果丧失记忆或拒绝陈述，则人证就毫无证明意义。

三、物证的概念及特点

物证是指通过实物形态，.即以物品性质、特征、存在状况和其记载的内容表现案件事实的证据。其主要特点是：

1. 客观性较强。物证所反映的案件事实固定于实物形态之中，它不依赖于人的意识而独立存在，其原始材料形成于发案之前或犯罪过程之中，在被发现之前即已定型，因而在诉讼中不易受人的主观因素的影响，客观性要强于人证。

2. 具有被动性和转瞬即逝的特点。物证在诉讼中处于被动的待发现的地位，其证明价值常常要依赖于专门人员运用一定的技术手段来发掘，但在外界环境的影响下，物证可能受到破坏或毁损，从而丧失证据价值。

3. 物证的证明内容具有特定性，通常只证明案件事实中的片断情节，而对案件的主要事实，一般不能直接证明，而是通过间接的方式加以印证。

四、分类的意义

把证据资料划分为人证与物证的意义，在于指导侦查、检察、审判人员从证据事实的表现形式的角度，正确认识各种证据的特点，并进一步加深对各种

法定证据特点的认识，从而帮助司法人员在刑事诉讼中客观、全面地收集、固定和审查判断证据，正确地运用证据，防止片面性、盲目性和主观随意性，达到准确地认定案件事实，正确地处理案件的目的。

第三节　原始证据与传来证据

一、分类的标准

原始证据和传来证据是以证据事实的来源，即证据事实是否直接来源于案件事实为标准而划分的。

在刑事诉讼中，司法人员收集、得到的证据资料的来源是各不相同的。法定的六种证据以及视听资料，也可以看作是证据资料的七种不同的来源，而这七种证据资料中每一种具体的证据事实的来源，有的是司法人员直接在犯罪现场勘验、检查收集到的物品和痕迹，有的是司法人员从犯罪分子住处搜查得到的犯罪工具和书信，有的赃物、赃款在罪犯销赃后几经转手，有的证言是证人在现场耳闻目睹的犯罪事实，有的证言是证人从别人那里听来的，等等。原始证据与传来证据的划分，就是把所有的证据事实的来源概括为两种基本的情况，一种是证据事实直接来源于案件事实，即来自原始的第一手材料；一种是证据事实间接来源于案件事实，即从证据事实的原始来源传来的第二手或第二手以上的证据资料。前一种来源获得的证据是原始证据，后一种来源获得的证据就是传来证据。

根据原始证据与传来证据的划分来考察法定的证据种类，对其中的人证究竟属于何种证据来源，应当把握两点：(1) 必须是亲自听到、看到或感受到的案件事实，或者被鉴定对象属于原始的第一手材料；(2) 必须直接口头向司法人员陈述，或鉴定人亲自鉴定并依法制作鉴定报告。只有同时符合这两点要求的才是原始证据。诉讼实践中，被害人陈述，被告人供述和辩解及鉴定结论，一般都是原始证据。但在少数情况下，被害人可能囿于某种原因不敢或不能亲自向司法人员陈述，而由他人转述；被告人揭发本案其他被告人的犯罪事实有时并不是被告人耳闻目睹的，而是其听来的；鉴定中的鉴定材料也可能不是原件而是原件的复制品。因此，应注意鉴别，不能一概而论，轻率认定其证据类属和证明作用。法定证据中的勘验、检查笔录和视听资料一般是原始的第一手材料，应属于原始证据。至于物证和书证，则要看是否属于原件，如系原件就

是原始证据，如系原件的复制品，就是传来证据。此外，应当注意，原始证据与传来证据的分类并不取决于证据资料是否为办案人员直接获得。办案人员亲自询问证人获得的证言如果是证人从其他人那里听来的，仍然属于传来证据。有关人员转交给办案人员的物证、书证，如果是犯罪活动留下的原始材料，虽非办案人员直接获取亦为原始证据。

二、原始证据的概念和特点

根据前述的分类标准，原始证据是指由犯罪行为直接造成并直接来源于案件事实的第一手证据材料。它的主要特点是：

1. 原始证据与案件事实有直接联系。犯罪活动总是在一定的时间、地点和社会环境中进行，只要实施了犯罪行为，就不可避免地要引起客观外界的相应变化，或者是犯罪活动为他人所感知，或者是犯罪行为作用于周围的环境，留下各种与犯罪有关的物品、痕迹和反映形象等等。这些变化就是直接证明犯罪事实的原始证据材料，与案件事实有着直接的联系。同时，由于这些由犯罪行为直接造成的原始证据材料与其所证明的案件事实之间的联系没有中间环节，所以，它能够比较客观地反映出案件事实的本来面貌。

2. 原始证据的证明价值一般要大于传来证据。证据材料的证明价值同其所证明的案件事实之间的联系成正比例关系，这种联系如系直接的，不依赖于任何中间环节，那么它的真实、可靠性就比较强，证明价值就比较大；反之，其真实可靠性就比较差，证明价值就比较小。由于原始证据没有经过转手复制，直接同案件发生联系，因此，原始证据的证明价值通常要大于传来证据的证明价值。

3. 原始证据的证明价值并不是一成不变的。原始证据的证明力可能受自然环境和外界条件的影响而发生变化，如原始的物品和痕迹会因年长日久而变形或毁损；被害人、证人伤亡而不能向办案人员陈述；案件现场的物品不能移动、提取而只能复制，等等。这些外界影响都会削弱甚至完全破坏原始证据的证明价值。

三、传来证据的概念和特点

传来证据是指从其他来源获得的证据，即从证据事实的原始来源传来的第二手或第二手以上的证据材料。它的主要特点是：

1. 传来证据与案件事实之间没有直接联系。在司法实践中，如果要运用原始证据证明案件事实，一般都需经过一道或几道中间环节的转手、转抄、转述或复制，证据事实就可能在中间环节的传递中出现差错而失真，而且转手、

转抄、转述、复制的次数越多，失真的可能性就越大。因此，一般说来，传来证据与原始证据相比，它的真实性、可靠性比较差，证明价值比较小。这是传来证据的缺陷，也是它的最主要的特点。

2. 传来证据是从原始证据中派生出来的。它虽然存在失真的可能性，但作为一种证据材料，它并不是无本之木，无源之水，在查明案情，认定案件事实的过程中，经查证属实的传来证据同样具有重要的作用。因此，决不能轻视、低估传来证据的证据意义。传来证据的证明作用体现在以下几个方面：

第一，传来证据可以作为发现原始证据的线索。诉讼实践中，办案人员最初往往并不能收集到原始证据，而传来证据既然是辗转来自证据事实的原始来源之中，办案人员就可以利用掌握的传来证据，顺着传来的途径，追根溯源，发现原始证据。

第二，传来证据可以验证原始证据的真实可靠程度。原始证据是传来证据的“本”和“源”，当原始证据出现伪造或虚假陈述的情况，办案人员就可以利用传来证据进行验证。

第三，在无法提取原始证据时，可用传来证据代替。在收集和使用证据时，某些犯罪现场无法搬动的原始物证，无法或不便提取的原始痕迹，被害人的尸体或身体伤害情况及秘密文件等，可以用照相、模型、录音或将首页拍照等方法加以固定，以代替原始证据起证明作用。

第四，经查证属实的传来证据可以用来证明案件事实。诉讼实践中，有时原始书证已毁灭只留下抄本或复印本，目击犯罪的被害人来不及向司法机关告发而把案件情况告诉他人后即死亡，等等。这种情况下，司法机关只能收集到传来证据而无法得到原始证据。如果判明传来证据来源可靠，确定案件事实有联系，并能与其他证据相互印证，即可以用传来证据作为认定案件事实的根据。

四、运用原始证据和传来证据的原则

根据原始证据、传来证据各自的特点和实践经验，在运用这两种证据认定案情、处理案件的过程中，除了要遵守一般的证明规则之外，还必须注意运用这两种证据认定案情的特殊规则。

（一）运用原始证据的规则

1. 原始证据直接来源于案件事实，真实性、可靠性比较强，因此，侦查、检察、审判人员只要有可能，就应追根溯源，力求直接收集和使用原始证据。如果无法获得原始证据，应当尽可能收集和使用最接近原始证据的传来证据。

2. 侦查、检察、审判人员在收集、固定证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解等人证的过程中，应当向亲自感知案件事实的人进行询问（讯问），并依法制作详实的询问（讯问）笔录。证人、被害人、被告人书写的书面证（供）词，只能作为辅助材料，不能代替司法人员的询问（讯问）笔录。

3. 法庭审理时，应尽可能当庭出示原始的物证、书证和播放视听资料，让当事人、证人、被害人辨认、核实。当事人、证人、被害人、鉴定人能出庭的都应通知出庭，在法庭上作口头陈述并接受询问（讯问）和质证。

（二）运用传来证据的规则

1. 尽可能收集和运用最接近于原始证据的传来证据。由于传来证据是传自原始证据的第二手或第二手以上的证据材料，在转述、转抄、复制的进程中可能出现差错而导致原始证据事实失真，且转述、转抄、复制的次数越多，失真的可能性越大，真实、可靠性也就越小。因此，侦查、检察、审判人员应当尽一切可能收集和运用最接近于原始证据的传来证据，即转述、转抄、复制次数最少的证据材料。

2. 传来证据只有经过查证属实才能作为定案的根据。如果查明传来证据没有确切的来源，无法判明其是否真实、可靠，就不能用作定案的根据。因此，诸如道听途说，捕风捉影，以讹传讹的流言和传闻，以及匿名的电话、检举信、告状信等，均不能被视为传来证据。

3. 运用原始证据认定案件事实时必须与其他证据印证无疑。在无法获得原始证据，只能运用传来证据定案时，应特别慎重，不仅要求据以定案的传来证据与案件事实确有联系，有确切的来源，并排除一切合理的怀疑，而且应有其他的证据与之相互印证，没有任何矛盾。否则，不能作为对被告人定罪处罚的根据。

关于外国在刑事诉讼中对传来证据的使用规则，无论在立法上还是在理论上都颇不一致。在英美法系中，认为传来证据不是可信的最佳证据，原则上禁止采用。但又通过立法和判例承认在特定情况下采用传来证据的某些例外情况。如杀人案中，死者生前在明知自己生命垂危但神智尚清醒的情况下，向他人所作的关于他受伤情况的陈述；死者在生前所作的有关他执行职责时的情况的陈述；死者在生前所作的有损于自己金钱或财产利益的陈述；如果出示原件在客观上是不可能的或至少是非常不方便的，也可以采纳文件的副本或由口头证实等等。属于大陆法系国家的法国和德国，没有明文禁止对传来证据的采用，由法官依自由心证原则决定取舍。日本现行刑事诉讼法规定传来证据只有在有必要采用而该陈述又是在特别可以信赖的条件下作出的，才能作为证据使

用。所谓有必要采用的情况，是指原陈述人死亡、精神或身体有障碍、所在地不明或者现在国外，不能在审判期间如期到达，而他所陈述的内容又是证明犯罪事实不可缺少的。

五、分类的意义

以证据的来源作为标准，把证据资料分为原始证据和传来证据，对于指导司法机关正确地收集和使用证据，有着重要的意义。

1. 有利于指导司法人员广泛收集各种证据资料。侦查、检察、审判人员明确了原始证据与传来证据各自的特点和作用，就会自觉地既不放过每一件可能收集到的原始证据，也不把传来证据看作无关紧要而随意取舍，对传来证据的收集和运用，同样给予重视，并善于利用传来证据去发现和查获原始证据，善于运用传来证据的证明作用，从而使每一个刑事案件的处理都建立在充分、确实的证据材料基础之上。

2. 有助于司法人员积极、主动地收集和运用原始证据。原始证据的真实性、可靠性较强，证明价值比较大，因而司法人员在办案中尽一切可能查找、收集原始的物证、书证，认真细致地勘验、检查犯罪现场，亲自听取证人、被害人、被告人的陈述，力求用原始证据认定全部案件事实和每个具体情节，从而保证办案质量。

3. 有利于司法人员客观地认识各种来源不同的证据价值，正确运用证据事实。原始证据和传来证据的证明作用并不是绝对的，都有不真实的可能性。因此，在审查判断和运用证据时，不论是原始证据还是传来证据，都应当严格按照法定程序进行查证、核实。特别是针对传来证据失真的可能性比较大的缺陷，更应注意认真、仔细地分析研究其来源，查明其出处是否有问题，在转述、转抄、复制的过程中，有没有被伪造、篡改的可能，是否同其他证据相互印证，从而确定其证据价值和证明力的大小，正确运用证据事实认定案件事实。

第四节　控诉证据与辩护证据

一、分类的标准

刑事诉讼中的控诉证据和辩护证据，是根据证据与案件事实的客观联系及其在诉讼中的不同作用，按照证据对于刑事被告人的利害关系为标准进行划分

的。

不论刑事案件最终处理的结果如何，只要案件发生了，就必然会在客观外界留下各种与案件事实有关的物品、痕迹，在人们的头脑中必然留下各种对案件事实的感知、记忆等反映形象，这些客观外界变化的事实就是证明案件真实情况的证据资料。而所有的这些证据资料都可以按照其与案件事实的客观联系和对于被告人的利害关系不同而概括为两大类，一类是证明被告人有罪、罪重的证据资料，一类是证明被告人无罪、罪轻或者应当减轻、免除处罚的证据资料。这两种证据资料都是客观存在的事实。这是划分控诉证据与辩护证据的客观基础。无论何种证据资料，一旦在刑事诉讼中被司法人员或当事人收集和运用，其所固有的证明作用必然以被告人的罪责为核心，而分别归属于和服务于控诉和辩护两种互相对抗的诉讼职能。控诉方运用控诉证据证明被告人有罪、罪重或者应当加重处罚，辩护方运用辩护证据证明被告人无罪、罪轻或者应当免除处罚。这是划分控诉证据与辩护证据的法律基础。

对于形成控诉证据或辩护证据的案件事实，在某些情况下仅具有相对的意义。因为常常会出现同一证据事实，既包括控诉有罪的因素，又包括减轻罪责的因素。例如，公诉人控诉被告人犯有故意杀人罪，被告人及其辩护人提出证据否认是故意杀人罪，而是故意伤害致死人命罪。显然，被告人及其辩护人提出的证据既是否认故意杀人的辩护证据，同时又是承认故意伤害致死人命的有罪证据。明确了这种划分的相对性，有助于我们深入理解控诉证据和辩护证据的表现形式和作用。同时，控诉证据与辩护证据的作用是可以互相转化的。即在诉讼过程中，某一证据在侦查、起诉阶段被作为控诉证据使用，后来在审判阶段经过查证属实，证据是有利于被告的辩护证据，反之亦然。但是，这种转化不是证据本身的转化，而是人们对证据作用认识上的转化。某一证据究竟属于控诉证据还是辩护证据，关键在于它与案件事实之间的客观联系，这种客观联系在案件发生后即已固定下来，并不以司法人员和当事人的意志为转移。

关于控诉证据与辩护证据的划分，有几种与之相类似的划分方法。有的分为有罪证据和无罪证据，有的分为有利于被告人的证据和不利于被告人的证据，还有的分为攻击证据和防御证据。

二、控诉证据的概念和特点

控诉证据是指证明被告人有罪、罪重的证据。它的主要特点是：

1. 由于控诉证据的作用是用以证明被告人的犯罪事实，因而在刑事诉讼中，控诉证据通常由执行控诉职能的一方（公安机关、人民检察院、自诉案件

的自诉人）作为指控被告人有罪，要求人民法院追究其刑事责任的根据。

2. 根据我国刑事诉讼中证明责任的原则，公诉案件由公安机关、人民检察院和自诉人执行控诉职能，被告人没有提供控诉证据的义务。

3. 在刑事诉讼过程中，由于办案人员对控诉证据证明作用的认识有可能随着对案件的侦查与调查工作的深入而发生转化，因此，要求办案人员在运用控诉证据的过程中，一方面要展开深入的调查研究工作，能及时修正自己的认识，力求掌握真实、可靠的证据事实，切忌先入为主，墨守成规；另一方面，对收集到的任何控诉证据，都要严格按照法定程序的要求进行查证、核实，保证准确无误地认定案情。只有这样，才能顺利地履行诉讼职能，完成诉讼任务。

三、辩护证据的概念和特点

辩护证据是指证明被告人无罪、罪轻或者应当减轻、免除被告人刑事责任的证据事实。它的主要特点是：

1. 由于辩护证据的作用是用以证明有利于被告人的事实情节，因而，在刑事诉讼中是由被告人及其法定代理人、辩护人等执行辩护职能的一方用来否认犯罪事实或要求人民法院从轻、减轻、免除被告人刑事责任的根据。

2. 根据我国刑事诉讼证明责任的原则，收集和提出辩护证据是被告人的权利而不是义务，而司法机关则不仅要收集不利于被告人的控诉证据，而且还应当收集有利于被告人的辩护证据。

3. 被告人作为刑事诉讼的焦点，他与案件的处理结果有着切身的利害关系，为了逃脱和减轻罪责，他可能夸大有利于他的证据事实，贬低不利于他的证据事实，或者把自己的犯罪行为推到其他同案犯身上，甚至可能捏造事实，虚构情节，混淆是非，嫁祸于人，这就决定了被告人提出的辩护证据，可能存在较大的虚假性，司法人员在审查判断时更加需要慎重，不可轻信。

四、分类的意义

从理论上根据各种证据与案件事实的客观联系和在诉讼中的不同作用及其对于被告人的不同利害关系，而把刑事证据区分为控诉证据和辩护证据两大类，对于指导司法机关正确地收集和运用证据，有着重要的实际意义。

1. 正确认识控诉证据与辩护证据的分类与作用，可以防止司法机关收集证据时的片面性。明确了这种分类方法，就能使司法人员清醒地认识到，在刑事案件中，不仅有对被告人不利的证据，还有对被告人有利的证据，因而在收集证据时，既要重视收集证明被告人有罪、罪重的证据，也不忽视辩护一方提

出的无罪或罪轻的证据。控诉与辩护是对立的两个方面，有了对立面，才便于比较；有了比较，才有所鉴别，从而肯定正确的，否定错误的，防止由于主观片面而导致发生冤、假、错案。为此，刑事诉讼法规定，司法人员“必须依照法定程序，收集到能够证实被告人有罪或者无罪，犯罪情节轻重的各种证据”，并规定在侦查阶段的搜查活动中，“任何单位和个人，有义务按照人民检察院和公安机关的要求，交出可以证明被告人有罪或者无罪的物证、书证。”司法人员掌握了控诉证据和辩护证据分类与作用的理论，有助于认真贯彻执行刑事诉讼法的上述规定，客观、全面地收集控诉和辩护两方面的证据，正确地认定案件事实，保证办案质量。

2. 有利于司法人员掌握控诉证据与辩护证据的辩证关系，不断提高认识，为正确处理案件奠定理论基础。如前所述，在诉讼过程中，控诉证据与辩护证据的地位和作用不是一成不变的，它是随着司法人员的认识不断深入而转化的，并逐渐接近于案情真相。这就要求司法人员在收集和运用证据的过程中，不带任何框框和偏见，深入、细致地调查取证，认真审查判断，并能动地随时调整和修正自己的认识，切实掌握真实、可靠的证据事实，以揭示案件的本来面目。

第五节　直接证据与间接证据

一、分类的标准

直接证据和间接证据的分类，是中外各国普遍接受和肯定的一种证据分类方法。同其他分类方法相比，直接证据与间接证据的分类更接近于证据事实的实际存在状况，更符合诉讼中办案人员收集证据、审查判断证据和运用证据认定案件事实的认识规律，因而各国法学家都十分重视对直接证据和间接证据分类的研究。长期以来，我国诉讼法学界围绕这一问题也进行了深入的研究。由于这种分类方法比较复杂，特别是间接证据的运用难以掌握，因此，近几年来，我国学者主要集中于研究间接证据的性质、特点、运用规则、证明体系等有关问题。

直接证据和间接证据的分类，是以证据事实对案件主要事实的证明关系为标准进行划分的。这里所说的证明关系，是指证据事实对案件的主要事实能否单独地、直接地进行证明的关系。以这种证明关系为标准，凡是能够单独地、

直接地证明案件主要事实的证据，就是直接证据；反之，凡是不能单独地、直接地证明案件主要事实的证据就是间接证据。所谓“单独地、直接地证明案件主要事实”，是指证据事实的内容能够直观的证明案件的主要事实，而不需要借助于其他证据，运用判断推理、假想排除等逻辑方法来证明案件的主要事实。

划分直接证据和间接证据的惟一根据是“案件的主要事实”。正是以证据事实对案件主要事实的证明关系不同作为分水岭，而把围绕案件主要事实的所有证据区分为直接和间接两大类。所谓“案件的主要事实”，是指被告人是否实施了犯罪行为的事实。它包括犯罪事件是否发生和被告人是否实施了犯罪行为的不可分割的两个方面。因为犯罪行为是一个动态的过程，犯罪行为所留下的物品、痕迹和人们感知的反映形象等证据事实是各种各样的，这些众多的证据事实都可以直接证明犯罪行为的某一个方面甚至全貌。因此，如果只能证明犯罪行为的发生与否而不能同时证明犯罪人是谁、则几乎任何证据都可以是直接证据。因此，直接证据和间接证据的分类应严格地限制在对案件主要事实证明的范围之内。

二、直接证据的范围、特征及运用原则

（一）直接证据的范围

根据直接证据的概念和司法实践的情况来考察各种证据事实，直接证据的范围主要包括以下几个方面：

1. 被告人的供述和辩解。这是刑事案件中最常见的一种直接证据，几乎每个案件都有这种直接证据。当然，实践中也存在被告人始终保持沉默，一言不发，也就不存在被告人的供述和辩解，但这种情况在司法实践中是极为少见的。

2. 被害人指认或否认被告人实施犯罪行为的陈述。在实践中并不是所有的被害人陈述都是直接证据，只有那些直接遭受犯罪分子的侵害，目睹犯罪过程的被害人的陈述，才是直接证据。如果被害人只能提供受犯罪人侵害的某些事实情节，而不能指认出犯罪人是谁，则不能算直接证据而是间接证据。

3. 证人证实或否认被告人实施犯罪行为的证言。证人证言也并不都是直接证据，只有在犯罪现场亲眼目睹犯罪过程并能明白无误地指出犯罪人是谁的证言，才是直接证据。同样，如果只能证明犯罪事实的某些情况而不能指出犯罪人是谁，则不是直接证据。

4. 记载的内容能够说明是谁实施了犯罪行为的书证。例如：（1）被告人

亲笔书写或签发的向国外敌特机关发出的反革命挂钩信等。(2) 被告人亲笔书写或签发的反革命书信、行动计划、宣传材料等。(3) 被告人亲笔书写或涂改的文件、账簿等。

5. 能直接证明被告人实施犯罪行为的视听资料。

6. 在特殊情况下，物证也可以成为直接证据。例如，犯罪分子杀人后被当即发现而缴获的杀人工具。

（二）直接证据的特征

1. 直接证据的事实内容与案件主要事实的内容是重合的。直接证据对案件主要事实的证明，不需要经过任何中间环节，也无须借助于其他证据进行逻辑推理，就可以直观地指明是否发生了犯罪行为以及犯罪人是谁。这是因为直接证据的事实内容与案件的主要事实的内容是重合的，不发生排它性。直接证据对案件主要事实证明关系的这种直接性，使得运用直接证据认定案情方法简单，比较容易，而且一经查证属实，就可以认定案件的主要事实，对案件作出迅速处理。

2. 直接证据大多来自人证。人证的特点之一是容易受到人的主观因素的影响而出现失真的可能。因此，运用直接证据认定案情也必须十分慎重，严格按照法定程序对直接证据的真实性进行查证核实。

3. 直接证据虽然可以单独地、直接地证明案件的主要事实，但当只有一个直接证据的时候，不能据此对被告人定罪处罚。因为任何一个证据事实，不论其证明作用多么强，它本身的真实性和可靠性还须用其他证据进行验证。

（三）运用直接证据的原则

1. 重证据，不轻信口供。虽然被告人的口供是刑事案件中最常见的直接证据，但由于被告人与案件的处理结果有着直接的利益关系，常常是真真假假，虚虚实实。因此，对被告人的口供应慎重对待，既不能不信，也不盲目轻信，口供只有经过查证属实，才能作为定案的根据。

2. 对被告人、嫌疑人、被害人、证人刑讯逼供、变相肉刑和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法取得的供述和证言，不能作为定案的根据。

3. 证人的证言必须经查证核实。证人证言作为直接证据的，虽然证明力较强，但必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实以后，才能作为定案的根据。

4. 直接证据也必须有其他证据印证。如前所述，直接证据虽然能够单独地、直接地证明案件的主要事实，但作为认定案件主要事实的根据，原则上要

有其他证据加以印证，证明其真实、可靠之后，才能认定案件的主要事实。

三、间接证据的范围、特征和作用

（一）间接证据的范围

间接证据的范围非常广泛，难以穷尽，凡是能够证明与案件主要事实相联系的局部情况和个别情节的证据材料，都是间接证据。这些证据材料，在司法实践中常见的有以下十三种：

1. 犯罪行为直接产生的痕迹。如杀人、伤人留下的血迹、血衣，盗窃案中被撬的门、锁、栓的痕迹，交通工具碾压的痕迹，犯罪人和被害人搏斗时各自造成的伤痕等。

2. 犯罪分子在现场留下的物品痕迹。如鞋帽、头发、烟头、纽扣、衣物、包尸布、精液及犯罪分子的脚印、鞋印、指纹、掌纹等。

3. 犯罪行为侵害的对象。如盗窃、抢劫、诈骗、贪污、贿赂的赃款、赃物，制造、贩运、私藏的枪支、毒品，走私的货物，盗伐、滥伐的林木，劫持的飞机、人质等。

4. 实施犯罪行为时的工具。如杀人、伤人用的刀、枪、斧、棍棒、炸药、毒药、绳索，盗窃用的老虎钳、螺丝刀等开启工具，走私的运载工具，间谍的发报机等。

5. 与犯罪目的、动机有关的被告人的言行和书证。如口头或记载于笔记、书信中的奸情、仇恨、图财、营利的表示等。

6. 犯罪前的准备行为。如准备犯罪工具、观察地形。

7. 犯罪行为造成的现场环境的变化。如烧毁的房屋、推倒的墙壁、砸坏的门窗、抛弃的被害人尸体等。

8. 犯罪分子在案件发生前的行踪。如犯罪分子案发前走向现场，作案后离开现场，案发时不在住所等。

9. 犯罪分子移尸、洗血等改变现场的行为和毁灭、隐匿、伪造证据的行为，以及犯罪分子改换衣着，编造谎言等自我掩护的行为和制造假象，嫁祸于人的行为。

10. 犯罪分子在案件发生后的异常现象。如没有正常来源的突然富裕，不可理解的言行反常。

11. 证明犯罪发生的时间和地点的各种人证和物证。

12. 证明被告人身份的证据和证明被告人与被害人过去关系的证据。

13. 解决案件中专门性问题所作的鉴定结论，等等。

以上只是在司法实践中常见的间接证据，除此之外，间接证据的表现形式还有很多，不一一列举。但在认定间接证据时，有两种情况应当特别注意，这两种情况表面看来似乎与案件事实有联系，而实际上没有任何必然的联系，不能视为间接证据。这两种情况是：

第一，被告人以前犯过相同罪行的情况，在被告人的本案罪行得到查证落实后，如果符合我国刑法第61条、第62条关于累犯从重处罚的规定，可作为量刑的情节予以考虑，但不能作为本案中的被告人犯罪的间接证据。因为被告人以前的犯罪与本案的犯罪之间只是所犯的罪行相同，而没有任何必然的逻辑联系。

第二，被告人接受讯问时的表情不能视为间接证据。被告人接受讯问时表情常常是各种各样的，或镇定，或惊慌，或出汗不止，或颤抖不停，或语无伦次，或坐立不安，等等。出现这些表情的原因很复杂，与其是否犯罪之间没有必然的联系。被告人的表情或许能帮助司法人员洞察被告人的心理状态，进而展开心理攻势，迫使被告人如实陈述，但决不能作为认定被告人是否犯罪的间接证据使用，否则就会陷入主观唯心主义。

（二）间接证据的特征

1. 间接证据不能单独、直接地证明案件的主要事实。任何一个间接证据，都只能证明案件主要事实的个别情节或片断，只有把它们互相联系起来构成一个完整的证据体系，进行分析、推理，排除一切合理的怀疑，才能说明或推论出案件的主要事实。正因为如此，对间接证据的审查判断要比对直接证据的审查判断更为复杂，难度更大。

2. 间接证据证明案件主要事实的方法复杂，难度大。直接证据的内容与案件的主要事实重合，因而证明案件主要事实是直观的、明确的，但是运用间接证据证明案件主要事实必须经过逻辑推理，即要把与案件主要事实有关联的间接证据有机地联系起来，综合运用演绎、归纳推理以及反证法、排除法等逻辑证明手段，从一个事实推论到另一个事实，再从另一个事实推论到下一个事实，逐渐地排除其他各种可能性之后，才能得出关于案件主要事实的正确结论。

3. 间接证据的表现形式繁多，容易获取。刑事案件的主要事实只有一种，即被告人是否实施了犯罪行为，而刑事案件的个别情节和片断事实则要多得多，这就决定了作为证明案件个别情节和片断事实的间接证据的具体表现形式也非常繁多，多种证据来源都可能成为间接证据，因而，获得间接证据比获得直接证据要容易得多，在办案中易于被侦查人员所收集。

4. 间接证据主要来源于物证。在间接证据的来源中既有人证，又有物证，但大量的间接证据来源于物证，这一点与直接证据恰恰相反。一般而言，物证受人的主观因素影响较小，因而其客观性和真实性比较强。即使是间接证据中的人证，由于其证明内容既简单又离案件的主要事实较远，只证明案件事实中的个别情节和片断事实，对案情的认定和案件的处理一般不发生直接的、明显的影响，因而其客观性一般也强于直接证据中的人证。

（三）间接证据的作用

划分直接证据和间接证据的目的不在于区分这两种证据证明价值的大小，而在于帮助司法人员明确认识实践中客观存在着的这两种证据各自不同的特点和作用，便于司法人员运用证据认定案件事实，正确及时地处理案件。直接证据的优势比较明显，可以直接地证明案件的主要事实，有利于迅速地查明案情。但间接证据对证明案件事实也有着十分重要的不可忽视的作用。

1. 间接证据常常是侦查破案的先导和获得直接证据的有力手段。犯罪分子作案时为了不被发现，通常都是秘密进行的，作案后又往往破坏现场，毁灭罪证。因此，侦查人员很难一开始就能发现直接证据。但是不论犯罪分子如何隐蔽、狡猾，只要他实施了犯罪行为，就不可避免地要留下与犯罪事实有关的各种物品、痕迹和人的反映形象等证据材料，这些证据材料虽然不能直接证明是谁实施了犯罪行为，但它们可以反映出案件的性质、作案的手段，犯罪分子的性别、年龄、身高等情况，这就为获得直接证据提供了条件。通常侦破案件就是从收集和分析这些间接证据入手，发现侦查线索，确定侦查范围和方向，部署侦查方案，发现直接证据，查获犯罪分子，并运用大量确凿的间接证据，迫使犯罪分子认罪服法，供认自己的罪行。在许多案件中，当直接证据尚未取得时，如果不依靠间接证据提供线索和侦查方向，侦查工作就无从开展，直接证据也无法获得，案件的侦破就寸步难行。

2. 间接证据是验证直接证据真伪的有力手段。直接证据大都是人证，易受人的主观因素的影响而失真。因此，直接证据必须经过查证属实，确认其真实可靠之后，才能用来认定案情。间接证据就是验证直接证据真伪的有力手段。间接证据主要由各种物证和少量的人证构成，客观性比较强，如果直接证据是真实的，运用间接证据加以验证就可以加强直接证据的证明力；如果直接证据是虚假的，在间接证据的印证下也会不攻自破。

3. 可以依靠间接证据对被告人定罪量刑。司法实践中，当无法收集直接证据时，也可以运用间接证据来认定案情。但单个间接证据不能作为定案的根据，而必须由大量的、确实充分的间接证据互相联系，互相印证，构成一个完

整的证据体系，能够排除其他一切合理的怀疑，而推论出关于案件主要事实的、令人信服的惟一正确的结论，才能作为定案的根据，对被告人定罪量刑。

四、运用间接证据的规则

运用间接证据证明案件主要事实比运用直接证据要复杂得多。这是由间接证据本身固有的特点决定的。正是因为这种证明关系的复杂性，为了保证运用间接证据在证明过程中不出差错并能得出正确的结论，在运用间接证据时必须遵循一定的规律，它们是：

1. 用于定案的每一个间接证据都必须是客观事实的。如提取的物质痕迹是不是犯罪行为遗留下来的；是否为犯罪分子使用的工具；鉴定结论所依据的材料是否可靠；技术水平和设备是否完善等。间接证据客观真实性是正确运用推理的基础，如果间接证据本身的真实性不能肯定，就不能作为间接证据使用。

2. 间接证据必须与案件事实存在客观联系。间接证据之所以能作为诉讼证据使用，正是因为它与案件事实之间存在一定的联系，这种联系的形式是多样的，它可能反映出犯罪的方法、手段和性质，也可能反映出犯罪的目的、动机和后果，还可能反映出犯罪的时间、地点和条件，等等。如果某一事实与案件事实之间没有联系，那么该事实就不能被看作是诉讼证据。因此，间接证据与案件事实之间的联系是运用间接证据认定案件事实的前提条件。

3. 间接证明必须充分。这是对间接证据量的要求。如果间接证据不充分，则无法达到构成完整的证据体系所要求的量的程度，也就不能实现证明案件主要事实的目的。因此，司法人员应当对所有的间接证据全面收集，无一遗漏。

4. 间接证据之间以及间接证据与案件事实之间必须协调一致，没有矛盾。间接证据之间的协调一致要求所有间接证据对同一案件事实的证明内容必须是一致的，不能互相排斥。例如，证人甲证明案件发生时被告人在现场，而证人乙证明案件发生时被告人不在现场。这就是一对互相矛盾的间接证据，还必须继续深入调查，排除矛盾，否则，不能定案。

5. 运用间接证据证明案件主要事实时。必须构成一个完整的证据体系，该证据体系的每一个环节，都必须是紧密衔接，不能有脱漏。这就是说，对犯罪的时间、地点、过程、嫌疑人、目的、动机、手段、工具、后果、性质等案情的各个方面都有相应的间接证据予以证明。如果有脱漏，所构成的证据体系就是不完整的，不可能得出正确的结论。这种情况下，必须进一步收集证据，补充脱漏的环节，使之形成完整的证据体系。

6. 依据间接证据构成的证明体系进行综合分析和逻辑推理后得出的关于案件主要事实的结论，必须是惟一的、正确的结论。如果经过综合分析和逻辑推理，得出的结论不止一种，还有其他可能性，则说明证明案件主要事实的证据体系尚未形成，就不能以现有的间接证据对被告人定罪量刑。

五、分类的意义

直接证据和间接证据的分类方法，从一个独特的角度说明了刑事诉讼证据的又一特点。这种分类方法与其他分类方法相比，更符合证据事实客观存在的实际情况，更接近于人们收集、判断、运用证据证明案件事实的认识规律。因而，在证据分类理论中，它居于十分重要的地位，对于司法实践具有更为重要的指导意义。因为，直接证据和间接证据的分类，揭示了不同的证据对于案件主要事实不同的证明关系和证明方法。司法人员掌握了这种分类理论，不仅可以明确什么样的证据是直接证据，什么样的证据是间接证据，以及两种证据各自的运用原则。还可以明确在缺少直接证据，只有间接证据的情况下，只要切实遵守间接证据的运用规则，同样可以及时地查清案件事实，查获犯罪分子，正确地处理刑事案件，从而可以指导司法人员更全面地认识证据，科学地对待和运用证据，既重视直接证据的收集和运用，也重视间接证据的收集和运用，防止司法实践中常见的只注重直接证据，而忽视或不善于运用间接证据的倾向。避免过分热衷于收集直接证据而不惜用刑讯、威胁、引诱、欺骗等非法手段获取被告人的口供，致使刑事案件久拖不决，出现悬案、错案。

第六节　言词证据和实物证据

中外诉讼学者中曾有一些人提出过把证据划分为言词证据和实物证据。为了对这种证据分类进行深入探究，我们在此略抒己见。

一、言词证据和实物证据的概念和范围。

根据是用人的口头陈述（在某种情况下可以用书面陈述）或者是以物质存在的形式、内容证明案情，可以把它们划分为言词证据和实物证据。凡是用人的口头陈述证明案情的叫做言词证据。它包括：证人证言，被害人陈述，被告人供述和辩解，鉴定结论。为什么把鉴定结论列入言词证据范围内？因为鉴定结论实质上是鉴定人的陈述，只不过不是口头陈述而是书面陈述而已。况且，在法庭审理阶段，鉴定人对当事人，辩护人，审判长的提问要用口头回答。

凡是以物质存在形式（物品、尸体、痕迹等）和内容证明案情的叫做实物证据。它包括：物证、书证，勘验、检查笔录。把勘验、检查笔录列入实物证据的范围，是因为它不是人的陈述的记录，而是司法人员对犯罪分子实施过犯罪行为的有关场所、人身、尸体、物体等进行勘验或检查情况的记录。

随着科学技术的发展，利用录音录像提取有关犯罪证据的情况越来越多。在国外，有的国家把录音和录像规定为一种证据种类。例如，英国法律把录音规定为“录音证据”。录音带目前属于可采证据。但是判例上多要求佐证，因为录音带容易被伪造或窜改。日本证据法规定的十九种证据种类中，也有“录音磁带”。并规定，录音是供述证据，适用传闻法则。我国司法实践中，目前也越来越多地采用录音、录像作为证据。林彪、江青反革命集团的成员陈伯达于1976年12月中旬窜到河北省唐山市，在大会上毫无根据地把具有光荣革命历史的冀东党诬陷为“国共合作党”，实际上“国民党”、“叛徒”在这里起作用，等等。当时，对他的讲话进行了录音。公开审判“两案”过程中，审判陈伯达时，这个录音就是作为控诉证据采用的。我国民事诉讼法第35条把录音和录像规定为“视听资料”这种证据种类，但是，刑事诉讼法则无明文规定。不过，我们认为，“视听资料”可以作为刑事诉讼中的一种证据种类使用。录音是以其播放出来的内容证明案情的。从这个角度看，它应该属于实物证据。录像是以其图像形状证明案情的。从这个角度看，也应该属于实物证据。

对于实物证据和言词证据的划分，中外诉讼学者有两种不同的提法。一种提人证和物证。例如，苏联学者法特枯林、我国学者王国枢都持这种看法，我们认为把这种分类叫做人证和物证，不如叫做言词证据和实物证据为妥。因为人证和物证的用词与它们所包含的实际内容不一致。人证，一般说来，是指除了被告人供述和辩解以外的证人、被害人、鉴定人的陈述。这样，它就包括不了被告人供述和辩解。而与人证相对应的物证，容易与证据种类中的物证相混淆。证据种类中的物证包括不了书证，勘验、检查笔录的内容。我们主张把证据划分为言词证据和实物证据，上述问题都可以得到解决。

二、言词证据和实物证据的特点和运用规则

人有思维能力。每个人都有自己的思想和认识。而它们又是受客观事物作用于人的大脑之后形成的。语言是思想和认识的外在表现。了解犯罪情况的人，通过自己的耳、鼻、口、舌、身等感官感受到案情之后，在一定的条件下用语言或书面形式反映出来，供司法人员采用。由于言词证据是被告人的供述，是被害人、证人、鉴定人的陈述，因此，具有如下优点和缺点：一般说

来，陈述者在司法人员的询问过程中，能够通过自己的语言或文字把亲自见到、听到、体验到的有关案情从头至尾地反映出来。例如，证人在证明犯罪分子持刀杀人的时候，他可以说出凶手是男的还是女的，凶手身材多高，外貌特征大概怎样，是哪只手持刀砍伤被害人的，他们之间是否搏斗过，行凶后被告人向何方逃跑，被害人受伤后情况如何，等等。所有这些情况是诸如在现场上收集到的凶器、鞋印等实物证据不能反映出来的。但是，与实物证据相比，言词证据反映的情况往往不固定，容易失实。因为由于陈述者的感受力、记忆力、判断力、表达能力受各种客观条件的限制（视力差、记忆力不强等），可能不能全面、正确地反映案情；又由于陈述者本人思想的变化或受外界干扰和影响（证人、被害人被威胁、利诱；被告人被刑讯等），陈述时，也可能缩小或夸大事实；歪曲或否认犯罪事实；有的可能先承认某种事实后来又否认原来承认的事实，等等。在这方面，它们就不如实物证据反映的情况固定、可靠。实物证据，由于具有实实在在的外形或内容，有的记载了与案件有关的事实，因此，它们反映案情比言词证据客观、固定、可靠。当然，这并不排除它们会被伪造、破坏或销毁。不过，当犯罪分子又实施这些掩盖自己罪行的活动以后，他们又会留下新的犯罪证据。由于实物证据是“哑巴证据”，因此，一般说来，不能像言词证据那样，一个证据就能比较形象具体地反映与案件有关的多种情况。

收集言词证据的方法主要是询问和讯问。针对上述言词证据容易受外界干扰、影响的弱点，在收集时必须注意：第一、严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集言词证据。要保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地、充分地提供证据的条件。这是我国司法实际工作在收集证据方面的重要经验总结。我们必须这样做。第二、收集言词证据，一般要用口头询问的方式进行。因为这样做，便于司法人员随时向陈述者提出案件中需要查明的问题，弄清陈述的来源，以及使陈述中不清楚或矛盾的地方得到当面、及时的澄清等。当然，有时司法人员也可以让陈述者亲笔书写。不过，它仍然离不开人的口头询问这个基本形式。第三、询问前要分别向陈述者讲明如实陈述或如实供述的必要性和重要性。因为，我国法律规定，无论是询问证人或被害人都要首先告知他们如实提供证据、证言和有意做伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。这样做，是为了让陈述者端正态度，据实陈述。第四、询问、讯问笔录必须交给陈述者阅读；对无阅读能力的要将记录内容向他们宣读。当他们提出记录的内容与其陈述的内容不一致时，应按其意见修改、补充。直至陈述者认为记录与其陈述一致时，由他们签名、盖章。然后再由司法人员签名、盖

章。这样做，既能使笔录全面、准确地反映陈述者陈述的内容，又能保证笔录内容的客观稳定性和合法性。实物证据的收集方法与言词证据的收集方法不同。它主要是勘验，检查，搜查，扣押等。由于实物证据是以其物质外形或内容证明案情的，因此，收集时必须注意：首先，要充分运用刑侦技术和科学技术手段进行。例如，对现场上犯罪行为留下的痕迹应该及时利用照相机进行拍照，对立体脚印应该用石膏进行模塑，对尸伤应该请法医检查，对毒物应该送给专门机关进行化验等。其次，实物证据收集到以后，还要妥善地固定保存。刑事诉讼法第 114 条第 2 款规定："对于扣押的物品、文件，要妥善保管或者封存，不得使用或者损毁"。1964 年 9 月《最高人民法院关于刑事案件中证物保管问题的批复》中还具体规定："刑事案件中的证物，如凶器、血衣、妇女被奸污后流有精液的衣、裤等，应当开列清单附卷，并在证物上粘贴标签，注明年度、档案，另放一处妥善保管，至少保存十五年"，以后如认为没有必要保存时，可造具清册，经院领导批准后销毁。"凡不能长期保存的证物，可以通过拍照、制作模型、绘图等方法复制后保存好。否则，证物丢失、毁损、变形、变样、消失、模糊等，都会影响它们的证明作用。

由于言词证据是人的陈述，对它们进行审查时，首先，要审查哪些主观因素可能影响言词证据的真实性。其中包括陈述者是否为报仇而夸大或捏造事实；是否为报恩或图私利而为被告人开脱或掩盖罪行等。其次，要从客观上审查有哪些因素会影响言词证据的真实性。例如，陈述者是否受刑讯、威胁、利诱等外力作违背客观实际情况的陈述；是否因在感受阶段、记忆阶段、陈述阶段，受外界条件的影响或本人生理条件的限制提供的情况不准确等。再次，要把言词证据拿到法庭上去审查。刑诉法第 47 条规定："证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实以后，才能作为定案的根据。"当然，我们不能搞绝对化、片面化，要求证人、鉴定人一律到庭作口头陈述。对于证人，因各种条件限制或没有必要到庭作口头陈述的，可以用书面陈述形式代替。但是，必须由审判人员当庭宣读书面陈述的内容和陈述者姓名才行。不过，证明主要事实的证人必须到庭陈述。当对鉴定结论有争议时，鉴定人应到庭陈述和接受询问。被告人必须到庭接受审判，供诉自己的罪行和进行辩解。不能搞缺席审判。对于实物证据的审查，首先要注意是否伪造。因为，有些犯罪分子为了逃避打击，或使用各种手段嫁祸于人，或挖空心思制造混乱。例如。他们可能把被害人勒死后将尸体推入井中，再采用各种手段伪造被害人失足入井被淹死的现场；他们可能穿着他人的衣服、鞋子作案，等等。其次，要审查实物证据的外形或内容是否因受

他人或外界阳光、雨水、风沙等条件的影响引起了严重的变形或损毁。如果由此不能起到证明案情作用的，就不能当作证据使用。再次，要审查使用刑侦技术手段收集和固定实物证据的司法人员的业务水平高低情况，使用的技术设备的好坏情况等，以便有针对性地判断证据。

第七节　证明力强的证据和证明力弱的证据

世界上的事物是千差万别的。各种事物都有自己的特点。即使是同一类事物就某一个共同的方面来说，其作用也不尽相同。军队就其作战能力来讲，军队与军队相比有强、弱之分；同样道理，证据就其证明案情的能力而言，证据与证据相比也有强、弱之别。这都是客观存在的事实。

把证据分为证明力强的证据和证明力弱的证据，这在中外证据理论中是没有的，本着探索的精神，我们试作这种分类。

一、划分标准及概念

根据证据证明作用的大小，可以把它们划分为证明力强的证据和证明力弱的证据。

凡是证明作用大的证据就是证明力强的证据。证明力大包括两方面内容：其一、反映案情清楚；其二、在案件中与其他证据相比证明作用显得突出重要。如果某个证据能清楚地反映案件情况，但在案件中显得不突出重要，它的证明力就不强。如果某个证据在案件中虽然显得突出重要，但反映案情不清楚，因此它的证明力也就弱。可见，反映案情清楚和证明作用突出重要是证明力强的证据的两个必备条件。二者缺一不可。

凡是证明作用小的证据就是证明力弱的证据。

我国刑诉法规定的七种证据种类中，每一种证据里有的可能属于证明力强的证据，有的可能属于证明力弱的证据。

证明力强的证据和证明力弱的证据的表现形式主要有两种：第一、从全案证据的证明力看，有的证据证明力显得强，有的证据证明力就显得弱。例如，侦查人员在犯罪现场发现并收集到一节带血迹的手指，同时，还收集到了一个打火机、一只布鞋、一个锤把等。还在附近的枯井里找到了被害人的尸体（被害人十指完整无损）。经分析，司法人员认为一节断指很可能是犯罪分子遗留下来的。于是，经过侦查和调查，在公社卫生院发现一个断手指住院的人。在

医生的协助下，侦查人员查明了一节血指正是这个人的，还发现他脖子上有被抓破的伤痕。经领导批准将其拘留。接着在其家搜查出了抢劫被害人的黑色手提包、线口袋等物证。在充分确实的证据面前，犯罪分子交代了抢劫杀人的全部罪行。还交代了一节血指是他用手去捂被害人的嘴时被咬掉的情况。在此案中一节血指不仅比现场上留有的血迹的证明力大，而且比一只鞋、一个锤把等证据的证明力大。所以，它在该案中是证明力很强的证据。相比之下，其他证据的证明力显得弱了。第二、在同一案件中，从对同一事实的证明程度来看，有的证据证明力显得强，有的证据证明力显得弱。例如，被告人承认在对某家实施爆炸时，走到窗户底下听见屋内闹钟还在嘀嗒嘀嗒地响，被害者正在灯下看书。于是，放下炸药包，就立即离开了现场。稍过一会，就听见了爆炸声。他供述作案时间时说好像是凌晨三、四点钟。侦查人员在勘查现场时，发现闹钟被爆炸后的强烈震动震得停止走动了，时针正好指向四点。在这里，作为物证的闹钟证明的时间就比被告人供认的作案时间既清楚可靠，又显得突出重要。所以，二者相比，它是证明力强的证据。被告人对时间的供认却是证明力弱的证据。

二、证明力强的证据的作用及应用规则

一般说来，证明力强的证据都有某种突出的特点。因此，在案件中所起的作用很重要。首先，侦查人员凭借一个证明力强的证据就能大大地缩小侦破范围。例如，《特快列车上的碎尸》一案中，侦查人员开始在北京、天津、沈阳、丹东等铁路沿线大城市范围内寻找犯罪嫌疑对象。以后，从包装碎尸的塑料布的血迹下面发现“77、2187、3115”的电话号码和一个草写的“陈”字，根据电话号码和一个草写的“陈”字。这样，根据电话号码的突出特征，很快把侦破范围缩小到北京市朝阳区饮食服务公司管理处基层商店。抓住“陈”字进行调查，了解到该店二百名职工中只有十二名姓陈的。再对十二人摸底排队，发现陈克浩有杀人碎尸的重大嫌疑。经过继续侦查和收集的证据，不久破案。可见，“77、2187”和“陈”字这两个证据在破案中起到了十分重要的作用。其次，有时，一个证明力强的证据可以被用来确定重大犯罪嫌疑分子。例如，在一起强奸案中，被害人陈述犯罪分子不仅左眼很小，而且右手大拇指上又有一个小拇指。根据这两个具有突出特征的证据，很快找到了重大犯罪嫌疑人。再结合收集其他证据，很快破案。再次，在一定条件下，证明力强的证据是定案的重要根据。例如，在一起盗窃案中，侦查人员在犯罪现场的一间房屋角发现一片湿漉漉的地方，上面还用一个扫把盖着。当时对此有些疑惑不解，但是只

觉得此现象很反常，判定不了是不是证据和证明什么。于是，把这个具有突出特征的痕迹记入了堪验笔录中。破案后，被告人承认他在盗窃过程中，因急于撒尿，但又不敢出屋，因此，在屋角撒了一次尿，上面还用一把扫把盖着。现场上被尿湿的这个痕迹，在此案中对证明案情就有很重要的作用。因为它比门、锁被撬坏的痕迹、地上留有鞋印的痕迹具有特别的个性。在定案中，它当然是一个证明力强的证据。同时，也是定案的重要根据。

由于证明力强的证据证明作用大和在证明案件真实情况过程中有重要作用，因此在收集和使用时，首先，在取证过程中，要及时地千方百计地收集、提取证明力强的证据；要尽可能注重和优先收集、提取证明力强的证据。当然，有时司法人员对什么是证明力强的证据和证明力弱的证据一时分辨不清。例如，对犯罪分子在现场撒的一次尿的湿迹就是如此。不过，只要司法人员初步认识到某种痕迹、物品具有突出的特征，并估计到与案情有联系，这时，就应该及时千方百计、注重和优先地提取。其次，在破案过程中，要充分利用证明力强的证据具有的突出特征缩小侦破范围和确定重大犯罪嫌疑分子。再次，在运用证据定案时，要优先想到运用证明力强的证据。然后再用证明力弱的证据共同定案。

三、证明力弱的证据的作用及应用规则

证明力弱的证据与证明力强的证据相比，其证明力虽然相对地显得弱，但是，它有多方面的作用。在此略举三种如下：首先，它能够被司法人员用来与证明力强的证据一起定案。在一定的条件下，证明力弱的证据还是不可缺少的定案根据。例如，在凶杀案中，现场上呈现出的被告人拖拉被害人尸体留下来的不太明显的痕迹，被告人作案时遗留下来的但又被其掩饰过的足迹等。其次，有些证明力弱的证据，经过司法人员的努力，可以使其转化为证明力强的证据。例如，侦查人员在犯罪现场的房屋瓦片上发现一个指印，当时进行拍照，取下的痕迹很模糊。以后，他们携带瓦片到高一级刑侦技术部门请求再次利用良好的技术设备提取，结果取下了几个很清晰的指纹，它们对破案起了很大作用。再次，通过证明力弱的证据，可以发现证明力强的证据。例如，证人某甲陈述他曾见到一个可疑人慌慌忙忙向河里扔下一个蓝塑料布包着的一包东西，但不知道是何物。司法人员根据他的陈述，经过打捞，发现塑料布包的是一个被害者的头。前者是证明力弱的证据，后者是证明力强的证据。在这里，证明力强的证据是司法人员通过证明力弱的证据发现的。

导致证据证明力“弱”的原因是多方面的。根据总结实践经验教训来看，

除了犯罪行为遗留下来的痕迹、映象不清楚或者由于他们作案后破坏、掩饰、歪曲犯罪事实等客观原因以外，由于司法人员主观上的原因造成的主要有：(1) 因为没有及时赶到发案现场进行勘验、检查，犯罪时留下的痕迹被日晒、雨淋、风吹等破坏或毁损。(2) 由于没有及时向证人了解案情，因时间太久证人记忆不清，或因产生思想顾虑，陈述的案情不具体或不肯定。即使是被告人，由于时间相距太久，供认时由于记不起当时作案的具体情节和某些关键细节，其供认也可能不具体、不全面、不肯定和不可靠。物证，由于存放的时间太久或保管不好，有的可能发霉变质，变形（赃物、赃款、毒药等），有的伤口愈合或溃烂等。(3) 由于收集的方法不恰当。例如，对成年证人、被害人、幼童证人的询问，如果询问的方式、方法、地点或环境等不适合他们的特点，由于心情紧张或其他原因，陈述的案情可能不清楚、不具体。(4) 由于收集时不认真细致。例如，对现场上犯罪分子遗留的脚印或指纹，对被害人的胃内容物的提取，对毒物的化验等，如果不认真细致，都会造成证据的证明力弱。(5) 由于司法人员或刑侦技术人员业务水平低。例如，本来现场上留有犯罪分子的一个很清楚的立体脚印。由于司法人员用石膏灌注模塑技术差，结果，取下的石膏模型不能清楚地反映原来的痕迹。(6) 由于固定或保存不好。例如，记载被告人供认犯罪情况的录音带或录像带，因保管不好受热或受潮，用作证据时，不能清楚、具体地重现原来记载的案情，等等。

鉴于证明力弱的证据具有多方面的作用和证据致弱的原因，我们认为，对证明力弱的证据要注意：(1) 要及时、细致地收集、固定、保存证明力弱的证据，防止证明力减弱、破坏甚至消失。当然，有时司法人员一开始不了解证据的证明力强或弱，但是，这不妨碍应该按照这条要求去做。(2) 对于某些证明力弱可以转化为证明力强的证据，司法人员应该通过多方努力，采取有力措施促使其转化，以便更好使用它们破案和定案。(3) 凡是反映案情不清楚甚至不能证明案情的材料，不能当作证明力弱的证据采用。(4) 证明同一种案件事实时，凡是证明力强的证据可以足以证明时，一般说来，可以不必采用相应的证明力弱的证据。

四、应注意的几个问题

①证明力强的证据和证明力弱的证据的划分是相对的，不是绝对的。我们认为，这表现在三个方面：首先，强是相对弱而存在的，弱也是相对强而存在的。无弱就无所谓“强”，无强就无所谓“弱”。某个证据的证明力强是相对另一个证据证明力的弱而显示出强的。反之亦然。不过，也不能由此认为证明力

强和证明力弱之间没有一定的界限。其次，证明力强的证据和证明力弱的证据在一定条件下可以相互转化。什么叫证明力强，什么叫证明力弱，前已论及，不再赘述。关于证明力弱的可以转化为证明力强的，在前面讲到指纹印的转化时已举例阐述过；关于证明力强的可能变成证明力弱的，在讲到对现场物证的收集不及时和保管不善时也举例论述过，故在此从简。证据的证明力强或弱是在一个具体案件中讲的。有时，某一证据的证明力强或证明力弱要受其他证据的影响或制约。一般说来，在凶杀案中，凶器应该属于证明力强的证据。但是，在某个特定的具体案件中就不一定了。例如，被告人某甲持菜刀杀某乙致重伤。被告人供认是用菜刀杀的，被害人回忆说好像是用利刀砍的，目睹犯罪事实的证人证明是用一尺左右长的刀杀的。检查伤口的笔录证明是利器所致。为了掩盖罪行，逃避惩罚，被告人供述将菜刀丢到了大江之中。在此案中，凶器就不是非要有它才能定案不可的证明力强的证据了。因为，只要使用已收集到的被告人供认、证人证言、被害人陈述和检查笔录等证据就可以定案下判。由此可见，我们要用唯物辩证的观点看待证明力强的证据和证明力弱的证据，不能搞绝对化、片面化。

②把证据划分为证明力强的证据和证明力弱的证据是不是搞法定证据？我们认为，不是的。因为二者有本质的区别，其界限就在于：法定证据制度把被告人的口供预先规定为最好的证据。不管被告人供认的情况是否清楚，是否符合客观实际情况，都一律预定为最可靠的完全证据，是“证据皇后”，法官仅凭它就能对被告人定罪判刑。我们分类只把被告人供认当作一种普遍证据种类对待，并不主观认为，它是最佳证据。因为，被告人的供认有真的，也有假的，还有半真半假的。但是，法定证据制度对被告人供认的规定，并没有体现这些复杂情况。其次，法定证据制度还把某些证据规定是完全的、半完全的、多一半完全的、少一半完全的等。这些都是以客观唯心主义为理论基础而机械地做出的脱离实际情况的法律规定。我们分类是根据证据客观存在的不同特点进行的。不预先规定某种或某几种证据的证明力最强或最弱，而是指出每一种证据种类中的证据或不同种类的证据在证明具体案情中，存在着证明力强和证明力弱的两种情况。证明力强或弱，在每个案件中，是相对而存在的。再次，法定证据制度只允许法官（办案人员）在运用证据定案时像做数学题那样，依照法定规则机械地进行证据的加、减。这样就限制了法官在判断和使用证据时发挥主观能动作用。我们分类，只指出刑事案件中的证据有强的、也有弱的。至于在某一起具体案件中，哪些证据是证明力强的证据，哪些证据是证明力弱的证据，这些都由办案人员根据证据在案件中的地位和作用由他们本人判定。

在运用它们定罪判刑时，可由办案人员根据二者各自的优点、缺点按照证明案情的需要灵活地运用。这样做，不仅不会限制办案人员的主观能动性，相反，还能充分调动和发挥他们的主观能动性。

③证明力强的证据和证明力弱的证据与直接证据和间接证据是什么关系？证明力强的证据中有直接证据，也有间接证据。证明力弱的证据中有直接证据，也有间接证据。例如，上述抢劫杀人案中的一节血指就是证明力强的间接证据。又例如，目睹犯罪事实的证人陈述看见某甲杀伤某乙。但因视力不好，看到的凶手好像是某甲。这个证据就是证明力弱的直接证据。

第八节　合法证据和非法证据

将证据分为合法证据和非法证据，在中外证据理论中也是没有的，本着探索的精神，我们试作这种分类。

一、刑事证据受法律规范调整

由于刑事证据（简称证据）不同于自然科学中的证据而要受法律规范的调整，因此，就有一个合法与不合法的问题。关于这一点，古往今来，概莫能外，神示证据制度中，法律规定被告人或双方当事人要经受水、火、决斗的考验，还规定出现了某种事实就是有罪证据，未出现某种事实就是无罪证据。例如，《汉谟拉比法典》规定，把被控告的妇女投入河中，如果被淹死，被淹死的事实就是证明该妇女有罪的证据，同时，也是证明控告者无罪的证据。如果没有被淹死，没有被淹死的事实就是证明她无罪的证据，同时，也是证明控告者有罪的证据。在法定证据制度中，法律不仅规定了什么事实可以作为证据，还规定了各种证据的证明力的大小，取舍的标准，使用证据的职权等。例如，法律规定证据种类有被告人口供，证人证言，物证、书证等“证据有完全的、不完全的、多一半完全的、少一半完全的、几个不完全的可以构成一个完全的等。被告人在法官面前的供认是完全的证据，是“证据之王”；两个证人相一致的证言可以构成一个完全证据等；凭一个完全证据就可以定案；取证时可以搞刑讯逼供；法官只能根据法律规定机械地计算证据数量的多少，然后再做出被告人有罪或无罪的结论。自由心证证据制度时期，英美法系国家的证据法也规定了什么事实可以作为证据，什么事实不能作为证据；谁有权收集、调取、判断证据，等等。例如，英国证据法规定证据种类有：口证、书证、品格证

据、意见证据等；类似行为不得作为证据。法律还规定，当事人有权收集证据，提出证据。大陆法系国家采取自由心证原则，但也规定了什么可以作为证据，什么不能作为证据；谁有权收集调取、判断证据等。例如，大陆法系国家的法律规定的证据有：物证、书证、证人证言、鉴定意见、被告人供述等。可见，在刑事诉讼史上，证据有符合法律要求的和不符合法律要求的两种。凡是符合法律要求的证据就是"合法证据"；凡是不符合法律要求的证据就是"非法证据"。法律是根据统治阶级的意志和根本利益制定的。从这个角度讲，合法证据就是符合统治阶级意志和根本利益的证据。

我国刑事诉讼法第一编第五章、第二编第二章和第三章专门规定了什么是刑事诉讼证据；司法人员怎样收集证据。在提起公诉和审判的各章中规定了司法人员如何审查判断证据。这些都是证据法规范。凡是符合上述法律规范要求的证据就是合法证据；否则，就是非法证据。

二、合法证据的概念和意义

在我国，合法证据就是符合我国刑事诉讼法要求的证据。具体说来，它包括：必须符合七种证据形式中的某种形式；收集证据的人员必须是侦查、检察和审判人员；符合收集证据的法定程序；符合审查证据的方法。任何合法证据必须同时具备上述四点要求。否则，就是非法证据。

对于合法证据和非法证据的辨别，在司法实践中有时是比较困难的。因此，必须认真研究，慎重对待。在此略举一例以供探讨。

例如，警犬猎取的物品、书面材料；鉴别、捕咬、捕获犯罪分子情况的记录。有的同志认为，这个记录不能算是合法证据。因为它不属于七种证据形式中的任何一种。有的同志认为，警犬的行为可以作为收集、鉴别物证、书证或捕获犯罪分子的一种手段，在侦查阶段起作用。但其行为不能作为合法证据附卷。对于这个问题，在国外法学界也有争论。在日本，少数案例中把警犬鉴别气味的结果当作一种证据使用。但有的学者反对这种作法。在苏联，有的学者认为警犬的行为不能成为证明的手段。其理由是警犬提供的情况不一定真实可靠。在我国，我认为把警犬收集到的物品、材料等，经与其他证据印证查实后，可以作为合法证据；把警犬收集这些物品、材料等的活动过程由训犬员写成笔录并加盖私章或签名，也可以作为合法证据。不过，这类证据的证明力大小，要根据案件情况而定。一般说来，不宜把它们当作定案的主要根据。

强调证据合法性具有重要意义。首先，依法收集到的合法证据是定案的根据，同时，也是完成刑事诉讼任务的保障。应当明确，证据的合法性与证据的

客观性是一致的。依照法律规定由法定人员收集和审查的合法证据，能保证证据的客观性和关联性，保证证据充分地反映案件的真实情况。因而，它是定案的根据。运用充分确实的合法证据能保证刑事案件得到公正、及时的判处。这样，就能有力的惩罚犯罪分子，有效地保障无罪的人不受到刑事追究。林彪"四人帮"横行时期，不是由公、检、法人员而是由"群专组"、"民兵小分队"、"工纠队员"等人通过刑讯逼供等手段取得口供和材料，并据此定案，结果出现了大批冤、假、错案。这个惨痛的教训从反面证明了采用合法证据定案的重要性。其次，严格要求按照刑事诉讼法中的有关规定收集和审查证据，有利于维护法律权威和加强社会主义法制。因为，依法收集、审查证据就是依法办案的表现。同时，对于违法收集、审查证据的人员加以教育，对于搞刑讯逼供等严重违法的人员给予适当的处分，这对增强广大司法人员的法制观念，教育他们依法办案都有着重要意义。无法可依固然不行，有法不依也等于无法。如果任凭违反和破坏法律的现象存在下去，社会主义法制必然到严重破坏。

三、非法证据的概念和如何对待非法证据。

非法证据的取舍看似是一个简单的命题，但由于这一命题与诉讼的基本观念和基本价值选择有着密切联系，并且深受犯罪状况和司法水平等因素的影响和制约，实际上对非法证据的取舍隐含着颇为复杂的底蕴。由于排除非法证据的规则体现出对非法取证行为的彻底否定，尽管难免造成案件客观真实的失落，但却为树立权利保障观念、权力制约观念和正当程序观念以及进而尽可能地接近达到既实现程序公正合法又符合案件的客观真实的理想的诉讼状态提供了保障。因此，有必要在我国刑事诉讼中确立这一原则。

（一）非法证据取得的途径及其危害

如何界定非法证据的概念在我国诉讼法学界尚有不同认识。但多数人认为，非法证据是办案人员违反法律规定的权限、程序或用其它不正当的方法获取的证据，简称为"非法证据"，确切地说，应为"非法取得的证据"。

一般认为，非法证据来源于下列违法取证行为：

1. 以暴力、胁迫、利诱、欺诈、违法羁押等不正当方法取得被告人供述、被害人陈述、证人证言等言词证据。

(1) 以暴力方法取证。一般称之为"刑讯逼供"、"刑求"、"拷讯"。它是指对有关对象施加使其肉体或精神遭受剧烈疼痛或痛苦以取得其陈述的行为。刑讯逼供是最为常见的非法取证的方法，也是危害性最大的非法取证的方法。但在刑事诉讼发展史上，曾在相当长的时期内被合法地应用。在许多朝代，刑

讯逼供是法定的收集证据的方法，法律对刑讯逼供的方法、适用条件都作了具体详细规定。刑讯逼供是一种极其野蛮和残酷的审讯方法，至今其遗毒对办案人员仍产生着影响。

(2) 以胁迫方法取证。胁迫方法是指为取得供述而故意使被告人、被害人、证人产生恐惧心理的一种心理强制方法。例如用可能实施刑讯、从严惩处、可能丧失某种政治利益或经济利益等言词行为进行直接或间接的威胁。

(3) 以利诱方法取证。利诱是指为取得陈述而许诺给予其一定利益的行为。这种利益的性质可分为与刑事责任有关的利益和与刑事责任无关的利益两种。前者如减、免刑罚、供述后释放等等，这在诉讼中亦颇为常见；后者如允许亲友探视、给予一定的经济、生活待遇等等。通过利诱，诱导有关对象的自由意志，使其为获得某项利益而作出使办案人员满意的陈述，其效果与胁迫异曲同工。

(4) 以欺诈方法取证，指以虚构事实或隐瞒真相的方法使对方产生误解而提供有关陈述的行为。如对被告人谎称其作案时有人亲眼目睹、共同犯罪的同案人已经供述等等。对于何种行为属于欺诈、何种行为属于侦查谋略，人们的认识往往并不一致，需要加以深入研究。

(5) 以违法羁押的方法取证。指为取得被告人供述而对其违法羁押的行为。违法羁押包括无权羁押而施行羁押、超期羁押等违背法定程序、期限等两种羁押形式。当今刑事诉讼中，一些国家为避免趁被告人处于长期羁押中因环境自由度降低产生心理折磨而违背其意愿取得对其不利的陈述，禁止在被告人受到羁押中进行讯问。我国刑事诉讼法中没有类似限制规定，扩大适用收容审查范围、超期羁押、以“监视居住”变相羁押等违法羁押行为之所以盛行，主要原因就在于可藉此获取被告人供述，在其他证据尚感欠缺的时候，被告人的口供作用是不言而喻的。

(6) 以其他方法取证。包括：以饥饿、疲劳、声光刺激、冻晒、精神折磨等软性的刑讯逼供的方法取证；使用麻醉剂、违法窃听等非刑讯方法取证，等等，都属严重侵犯公民合法权利的行为，均在应当禁止之列。至于应用测谎器是否属于非法取证行为，人们认识不一。以这些证据为合法的国家，一般要采取严格的程序限制，从而来保障这一方法不被滥用。我国公安机关也对测谎器的应用一直在进行研究和实验，取得了实际经验，并在某案件中得到运用。但是，对使用测谎器的对象、操作程序、操作人员的资格等规定和限制，尤其是对测谎结果的证据价值，能否作为证据使用，尚缺乏深入的研究和探讨。

2. 以违反法定程序的方法取得实物证据。诸如：

（1）违反法定程序进行搜查所获得的物证、书证等证据。

（2）违反法定程序扣押的物证、书证等证据。

（3）违反禁止进入私人住宅的时间（有的国家规定日出以前、日落以后不能进入）限制等法定程序而进行勘验、检查而取得的物证、书证等证据。我国在此问题上，还没有明确、具体规定。

（4）非法定主体取得的物证、书证等证据。

无论是哪一种违法取证行为，其目的一般都是在于发现案件的客观真实。一些违法取证行为确实也能获得起到这类作用的证据，但纵容违法行为势必会造成下列危害：

首先，对国家机关的威信产生损害，以违法方法达到排除违法犯罪的目的，不符合现代法治国家的要求，刑事诉讼中的公正性也难以得到一般公众的认同，国家机关及其工作人员也难以得到应有的尊重。

其次，使国家机关工作人员的法律意识产生扭曲。在刑事诉讼中，任何伟大的目的都不能成为进行违法行为的借口，这一基本的信念和相应的证据规则有利于养成国家机关工作人员良好的法律意识和职业道德。如果违法取证行为被默许、被宽容，只会达到相反的作用，使执法人员产生手中的权力不受限制的意识，破坏其养成良好的法律意识和职业道德。

再次，以非法方法取证，容易形成虚假证据，特别是以刑讯逼供等肉刑及其精神折磨之下所获取的被告人口供，容易形成虚伪供述，“捶楚之下，何求不得”？而且由于违法行为的存在，难以确认供述的真伪，当被告人供述有矛盾时，取舍证据成为令人棘手的问题，特别是该供述在证据体系中起到关键作用的时候，尤其如此。因而“虚伪排除论”成为确立排除违法取证行为的证据规则的重要理由之一。

当然，如前所述，非法取证行为并非必然影响证据的客观性和相关性，有的非法取证行为反而更有助于发现具有客观性和真实性的证据。对于不具备客观性和相关性的非法证据的排除，是不存在争议的，但对于具有客观性和相关性的证据的取舍，都是非法证据研究中争议的焦点，需要在科学的诉讼观念下进行适当的价值选择。

（二）排除非法证据规则体现了对诉讼公正的要求

排除非法证据的规则是一定的诉讼观念的产物，这一规则的建立也有助于在人们的意识中培养、普及这些诉讼观念，不断判断。对这些规则的认同往往需要与之相应的诉讼观念的认同相一致，对相应的诉讼观念持否定态度，往往也不易接受体现这些诉讼观念的诉讼规则。

排除非法证据规则，体现了权利保障观念、正当程序观念和权力制约观念的思想。上述观念具有内在的联系，内涵中既有一定差异又有共同的内容，共同构成了排除非法证据规则的理论基础。

1. 排除非法证据规则体现了权利保障观念

人类诉讼活动发展至今，权利保障观念已经深刻地渗入到刑事诉讼法和刑事诉讼活动当中。在刑事诉讼史上，许多值得人们称道的史实是那些权利保障方面产生的变革及其引来的深远影响。公元 1925 年，英国约翰国王签署的《自由大宪章》第 39 条条款所代表的权利保障观念为刑事诉讼增添了现代色彩。第 39 条规定，“任何自由人，如未经其同级贵族之依法裁判，或经国法判决，皆不得被逮捕、监禁、没收财产、剥夺法律保护权、流放、或加以任何其他损害。”随后法国的《人权和公民权宣言》、美国的《权利法案》等文件中上升为宪法原则的诉讼中的权利保障条款，进一步成为这些国家刑事诉讼中权利保障的壁障。第一次世界大战后，国际上已经开始出现对如公民基本权利的关注，国际条约中有关权利保障的条款逐渐增多。特别是第二次世界大战后，法西斯国家践踏基本人权、残酷屠杀人民的暴行激起了世界各国人民的极大愤慨，国际社会提出了保护公民基本权利的普遍要求。1945 年《联合国宪章》以及随后制定的《国际人权宣言》和《世界人权公约》以及一系列具体体现有关原则规定的文件，对刑事诉讼产生了深远影响。在刑事诉讼中，公民的人身权，财产权往往成为被限制的对象，如何在刑事诉讼中既保证刑事诉讼的顺利进行，又防止公民的人身权、财产权等基本权利受到不适当的限制和侵犯，已成为刑事诉讼中具体设定诉讼规则的基本出发点。

违法取证行为，侵犯了公民的基本权利，其中有的直接侵犯了上升为宪法权利的诉讼权利，这在权利保障的呼声日益高涨的今天，显然是不能被容忍的。正因为如此，排除非法证据规则被采纳为刑事诉讼的一项重要规则。这项规则的确立，对刑事诉讼中的权利保障制度提供了一个具体的保障措施，排除非法证据规则的实践意义是值得加以重视的。

2. 排除非法证据规则体现了权力制约观念

权力制约观念是刑事诉讼中设定有关规则的重要的指导性观念。从权力与法律的关系来说，法律的实施需要权力的运作，但这种权力运作一旦形成，执法者可能出于一时好恶或为了应急而毫无限制地将其意志强加于那些为他所控制的人的时候，这种权力的行使就会对该权力的来源产生威胁甚至损害。因此有必要在法律中对权力进行约束和限制，正如美国法学家 E·博登海默在《法理学——法哲学及其方法》中所说：“法律的基本作用之一乃是约束与限制权

力"，"在法律统治的地方，权力的自由行驶受到了规则的障碍，这些规则使掌权者受到一定的行为方式的约束。"排除非法证据规则，正是如今限制执法机关及其执法人员正当行使手中掌握的权力，避免因这一权力行使不当而对涉讼或可能涉讼的公民产生损害或者威胁。

3. 排除非法证据规则体现了正当程序观念

正当程序观念意味着禁止国家机关没有依法定程序而剥夺公民的生命、自由和财产的情况发生。正当程序分为实质性正当程序和程序性正当程序两种。前者与法律的内容有关，是对行使政府权力的原因理由加以限制，后者则与法律的程序有关，是对行使政府权力的方式加以限制。排除非法证据与程序性正当程序有关。

正义是法律应当始终奉行的价值观。正义包括实体正义与程序正义两方面，程序正义是实体正义得以实现的重要保障。正当程序体现了程序正义原则，它规范着任何人在法庭内外行使职权时所应当遵循的行为方式。假如违反这些原则有关的司法审判活动应被宣布无效。正当程序的信念体现了对公民权利的保障和对政府权力的限制，根据这一信念，必须排除非法取得的证据，目的是为了避免因采纳这些证据而鼓励法庭使用不适当的手段来获得证据，这是公平审判程序的基本要求。因为真正的公平审判程序，不仅要求罪犯被宣布为有罪，而且还要求在发现其犯罪后，以一种明确无误的方式宣布其有罪。

毫无疑问，假如程序公正不是一种权力的华丽装饰物的话，假如人的权利应当受到普遍的、应有的尊重的话，假如来自人民的权力不被滥用的要求应当得到保障的话，体现上述观念的有关诉讼规则都应当得到重视。

（三）非法证据取舍问题上的价值冲突

刑事诉讼中，许多诉讼规则都是在互相冲突的不同价值间进行权衡的基础上进行取舍的。排除非法证据规则也是如此。

排除非法证据，是对违法取证行为的成果进行排除。显而易见，尽管有些证据，如被告人供述可能因刑讯逼供、胁迫、欺骗利诱等违法取证行为而造成客观真实性的丧失，但并非所有这类证据都会丧失其客观性。舍弃这些并未丧失客观性和相关性的证据，不免让人产生犯罪分子大摇大摆地逃避惩罚逍遥法外的感觉；然而，如果采纳这些证据，势必鼓励执法人员违法办案。如果在采纳非法取得的证据的同时，又惩处非法取证行为以防止这类行为再度发生，这又陷入了一种矛盾的状态。既否定某一行为的同时却对该行为的结果表示赞赏，有人形象地称之为："既要砍掉毒树却又要吃掉毒树上的果实"，这样作是不可能从根本上禁止非法取证的发生的。在实践中，往往因为有"果实"，取

证人员的非法行为从而被包庇、同情、原谅、甚至“赞扬”，这在实质上仍然是对非法取证行为的纵容。

排除非法取得的证据所面临的价值冲突，正是刑事诉讼中的基本矛盾冲突，即客观真实与程序合法之间的冲突，亦即程序正义与实体正义之间的冲突。排除非法取得的证据，可能会造成案件的处理结果不符合案件的客观真实，从而使犯罪人被放纵，这也必然会给社会公共利益造成一定的损害，也将给被害人的利益造成损害。但另一方面，它对公民权利不被滥用提供了权力的保障，这也符合公共利益对权利保障的普遍要求。

刑事诉讼中的违法取证行为直接侵害了涉讼公民的合法权益。这些权益包括生命权、自由权、财产权、隐私权等由宪法允诺予以保护的权利。由于社会上的每一个人都是潜在的涉讼人，都有可能成为现行司法活动中违法行为的受害人，因而违法取证行为对社会公众全体都构成了潜在的危害。特别是侵害或可能侵害公民权利的机关拥有雄厚的人力、物力，侵害能力远远优于任何公民个人，因而必须以严格的诉讼规则对诉讼的行为加以限制。

排除非法证据，体现了在程序正义与实体正义冲突时将程序正义置于实体正义之上的价值选择，是正当程序观念的直接体现。程序正义与实体正义相统一的理想状态，是诉讼过程与诉讼结果的统一与和谐。由于违法的取证行为的发生，这种统一与和谐已经遭到破坏。在这种情况下，为维护正义甚至不惜牺牲实体正义，不仅体现了现代法治观念，也体现了诉讼民主化的斗争成果。对此，美国学者弗·菲尼在《美国刑事诉讼法改革：对两项改革的历史经验：排除规则与公开的辩诉交易》中指出：“美国的刑事司法制度产生于革命时期，由于正是与刑事司法有关的许多不满导致了美国革命的发生，这场革命具有特别深刻的影响力”。“美国革命者们信奉法律的力量，相信对于保存他们为之奋斗和牺牲以求获得政治自由而言，公平的刑事诉讼制度是至关重要的，他们还担心所有的政府——甚至他们自己的民主政府——是腐败的，为防止将来出现非正义，他们将保证写入新大陆的宪法，特别是那些刑事诉讼方面的保证。”

排除非法证据规则，也是为解决办案人员的非法行为而采取的步骤。程序正义优先的价值选择，是司法状况的必须反弹。如在美国，警察在十九世纪六十年代创立不久即已在侦查活动中暴露出滥用权力的惯性，当时野蛮逼供等严重违法行为已经引起了严重关注。到了二十世纪，警察违法现象仍然大量存在，依靠一支惯于违法的队伍去解决犯罪问题，是难以消除公众的疑虑的。在这种背景下，美国最高法院于二十世纪六十年代命令美国各州都吸收《权利法案》的大部分内容，进行了正当程序的革命。

总之，在程序正义与实体正义存在冲突时，优先选择程序正义，这种价值选择显然不是随意作出的，也与理想主义者的冲动无关；它既有着明确的理论依据，也有着切实的实践基础。公正地评价排除非法证据规则，不能不对此先有正确的认识。

当然，对这一价值的选择一直存在着争议。有人把犯罪率的上升归咎为刑事诉讼中过分强调保护被告人的利益；法学研究领域也有人提出，在现代条件下，一些排除非法证据的规则已经过时，必须加以修正，只有这样才能够弥补诉讼中使富于经验的职业罪犯因利用这一规则而获得无罪释放的技术性漏洞。1992 年，英国刑法修订委员会提出改革刑事证据规则的建议，包括放宽采用被告人口供的限制性规定。该委员会认为，应当保持禁止在任何案件中进行刑讯逼供的前提，但应允许在“或许能够消除被告人因而可能作出的口供的不可靠性”的情况下认可逼供与诱供行为的合法性。但这项建议存在着这样的危险，即由于降低对被告人的程序保护，会造成无辜的人、只犯有轻微罪行的人的程序保护被同样削弱，可能会造成不恰当的惩罚。因而引起了不少人的异议，这一争议至今仍未被划上句号。

实行非法证据排除规则的美国也是如此。由于警察行为失检使罪犯逍遥法外，引起了包括最高法院法官在内的不少人的批评。于是在 1984 年的“合众国诉利昂案”、“马萨诸塞州诉谢泼德案”中确立了这样一个例外，即如果警察是根据他们真诚地认为有效的搜查证办事的，即使最终发现搜查证无效，证据还可以使用；与此同时，最高法院也缩小了证据排除规则的适用范围，将该规则适用于仅从违宪取得证据的那些案件范围中。另外，美国对米兰达规则也作出了相应的修改，如果不是剥夺了某人的人身自由，而只是临时审问，不必进行米兰达“警告”。违反米兰达案件判决的准则而得到的证据，现在允许用来反驳被告人在审判时的供述。只要被告人所说的与他们在此前告诉警察的相反即可，这显然是犯罪形势与同犯罪作斗争的状况不相适应的情况下被迫作出的变通，并没有从根本上否定非法证据的排除规则。

（四）在我国刑事诉讼中应确立排除非法证据规则

如何对待非法获取的证据，在我国学术界一直存在争议，主要形成了三种意见。

第一，主张把“非法取证行为”与“非法取得的证据”相区别，对于非法取证的行为，可以采取行政手段进行处理，情节恶劣后果严重触犯刑法的，可以依照刑法追究刑事责任，但不能仅因手段非法而否定“客观事实”的证据价值。

第二，主张将非法获取的证据加以排除，认为凡是以违反诉讼程序的方法获得的证据，即使查证属实，也不能作为定案的根据。

第三，主张排除非法取证行为直接获得的证据，但可以以这些证据为线索，根据这一线索依合法的程序重新取证，即允许采纳所谓“毒树上的果实”为定案的根据。

笔者认为，第一和第三种主张显然忽略了确立排除非法证据规则的意义。排除非法证据规则的意义在于在刑事诉讼中遏止非法取证的行为。非法取证行为的动机是获取证据，只有针对这一动机消除非法取证行为的利益性，才能有效地消除非法取证行为。只要非法取证行为具有利益性，即使这种利益性体现在只将非法取得的证据作为线索也是如此。司法实践已经证明，不确立排除非法证据规则，难以消除或有效地遏止违法取证行为。

需要指出，违法取证行为在刑事诉讼中如果普遍存在的，属于常态行为，则应当立即采取有效措施加以制止，决不能姑息迁就，宽容默许。而确立排除非法证据规则是所应采取的有效措施之一。违法取证行为在刑事诉讼中如果是偶然发生的，属于异态行为，则确立排除证据规则所引起的因违反诉讼程序而放纵罪犯的案件毕竟是个别的，并不必然引起犯罪率的上升。

在我国刑事诉讼中确立排除非法证据规则，具有下列积极意义：

1. 有利于在刑事诉讼中确立公正诉讼的意识

执法人员的公正诉讼意识和职业道德对于实现刑事诉讼的目的具有重要的作用。对于执法人员公正诉讼的意识和职业道德的培养，一方面需要通过教育以及执法人员的自我修养而加以培养；另一方面也需要在刑事诉讼中设立相应规则对取证行为加以规范，使执法人员在执行这些规则时，在追究实体公正的同时逐渐养成追求程序公正的习惯。如果容忍违法取证行为或者容许采纳违法取得的证据，则只会在相反的方向上起到推进的作用。

2. 有利于保证刑事诉讼的公正进行

虽然我国刑事诉讼法明确规定了“严禁刑讯逼供和以其他非法的方法收集证据”，但对违反这一规定的后果责任规定得不够，这就使包括刑讯逼供在内的违法取证行为久刹不止，成为“公开的秘密”。以刑讯逼供为例，我国刑事诉讼过分倚重被告人口供的作用。执法人员在被告人沉默、拒绝供述或虚伪供述而政策攻心又不能立即奏效时，便常常凭借“合理的怀疑”进行各种形式的刑讯行为。只要刑讯逼供不造成被刑讯者重伤、死亡、刑讯行为不会使有关侦查人员受到任何处罚。更由于刑讯逼供可以切实获得被告人有罪的供述，这种违法获得的证据均被采纳成为定案的根据，使这种刑讯逼供行为一直难以禁

绝，反而得到一些侦查部门的默许，损害了国家机关的声誉，在广大群众中引起了极大的不满。确立排除证据规则固然不可能彻底消除非法取证行为，但为制止非法取证行为提供了一个程序保障，并为最终达到客观真实与程序合法相统一的理想状态起到积极的作用。

3. 有利于扭转“重实体、轻程序”的积习

“重实体、轻程序”在我国执法部门中普遍存在，其原因是多方面的。我国长期以来一直将诉讼法视为保证实体法实施的工具，忽视诉讼法的独立价值，执法人员违反诉讼程序所招致的不良后果也远远不如违反实体正义的实现所招致的后果那么严重，这使人们形成这样的观念：只要案件搞准，违反诉讼程序算不了什么。这种观念对于是否确立排除非法证据规则问题上也偶尔有所流露。

4. 符合世界刑事诉讼民主化的总趋势，有利于树立我国良好的国际形象

英美法系从权利保障、权利制约、以及正常程序观念出发，设立排除非法证据规则，严格禁止采纳非法定程序所获取的证据，同时严格禁止采纳由该证据派生出来的任何其他证据材料，即禁止采用“毒树上的果实”。

同样，一向在如何对待非法证据问题上采用“权衡原则”的大陆法系国家，也扭转了权衡利弊取舍非法证据的习惯作法，出现在实体正义与程序正义相冲突时舍弃实体正义而选择程序正义的倾向。意大利 1988 年刑事诉讼法典就确定了对非法获取的证据实行“排除规则”。

苏联对非法证据的取舍态度也表现了同一认同，六十年代初，苏联出现因违反法定取证程序而将被告人无罪释放的案例。1991 年 11 月 22 日，俄罗斯联邦最高苏维埃通过的《人和公民的权利和自由宣言》第 34 条第（四）项也规定：“违法所获得的证据认为不具有法律效力。”

总之，在我国刑事诉讼中确立排除非法证据规则，符合刑事诉讼民主化的总趋势，确立这一原则，显然有助于在国际上树立我国良好形象。

第四章　刑事诉讼证明对象、证明责任及证明要求

第一节　证 明 对 象

一、证明对象的概念及意义

（一）证明对象的概念

证明对象，又称为待证事实或要证事实，是指司法机关和当事人在诉讼证明活动中需要依法运用证据加以证明的事实。

刑事诉讼的证明对象有以下特点：

1. 刑事诉讼中的证明对象必须是与本案有关，并且具有法律意义的事实。任何诉讼必然涉及两个方面的问题：一是事实，二是法律。其中事实是基础，法律则是处理案件的标准。刑事诉讼是以具体的刑事案件为处理对象，因此作为处理案件基础的事实必须与所处理的案件有一定联系的事实，与案件无关的事实对处理案件没有任何意义，不可能成为诉讼中的证明对象。但是事实与案件的联系是多方面的，而刑事诉讼中的事实无非是正确适用法律从而公正地处理案件奠定基础。因此，与本案有关的事实，还必须是在法律上有意义的事实，才可以成为刑事诉讼中的证明对象。

2. 刑事诉讼中的证明对象必须是依法需要运用证据加以证明的事实。一般说来与本案有关并在法律上有意义的事实，绝大多数都是诉讼中应当证明的事实。但是有些事实由于众所周知或司法人员业务上所熟知等原因，没有运用证据加以证明的必要，为求诉讼的迅速进行，不能将其列为刑事诉讼的证明对象。

（二）明确证明对象的意义

由于证明对象问题是解决诉讼中需要运用证据加以证明的案件事实问题，因而，明确证明对象不仅在理论上，而且在司法实践上都具有十分重要意义。

1.从理论上讲，证明对象是诉讼证明中首当其冲的问题，它不仅决定着证明活动的出发点和归宿，而且还决定着证明活动如何进行，需要什么证据，谁负责举证，如何调查、收集证据等。至于证据是否充分，更要受本案证明对象的制约。所以，研究诉讼中的证明问题，必然首先研究诉讼中的证明对象。

2.从司法实践上讲，证明对象是实现证明任务的首要问题。司法机关如果能准确地确定本案的证明对象，就能保证整个证明过程中始终目标明确，有目的、有重点、有步骤地全面收集有关的证据，查明案件事实的真相。这样，就可以使司法机关在侦查、起诉、审判工作中做到既不疏漏案件中必须证明的事实，也不致为那些与案件无关或对定罪量刑并无影响的细枝末节的事实所缠扰，有利于集中注意力，准确、及时地查明案件的真实情况，从而提高办案效率，保证办案质量。

二、证明对象的范围

（一）证明对象范围的界定

证明对象的范围，就是要证事实的范围，即哪些事实必须要运用证据加以证明的问题。

关于证明对象的范围如何界定，学术界也有不同的看法：

第一种意见认为，证明对象的范围包括实体法方面的事实、程序法方面的事实和证据事实。实体法方面的事实包括犯罪客体、犯罪客观行为及危害结果、犯罪主体及行为人主观方面等事实。程序法方面的事实包括管辖、回避、应否采取刑事强制措施、诉讼期限、讯问和违反法定程序等方面的事实。证据事实指作为定案根据使用的证据材料。

第二种意见认为，证明对象的范围包括主要事实、次要事实、被告人履历情况和案件的证据材料。主要事实包括是否发生犯罪行为和犯罪人是谁的事实。次要事实包括犯罪发生的时间、地点、危害结果、故意和过失、动机和目的、方法和手段、犯罪过程等。

第三种意见认为，刑事诉讼中的证明对象是案件事实。它包括两部分内容：一是有关犯罪的事实，其中主要是有关犯罪构成要件的事实；二是犯罪分子个人情况和犯罪后的表现。前者是基本的证明对象；后者是对正确适用刑罚具有重要意义的证明对象。

第四种意见认为，刑事诉讼中证明对象的范围，包括以下两方面的事实：一是有关实体法方面的事实，即与对被告人正确定罪量刑有关的案件事实，主要包括有关犯罪构成要件的事实，犯罪后的表现，被告人的个人情况等；二是程序法方面的事实，即对解决诉讼程序问题具有法律意义的事实。

我们同意第四种意见，即证明对象的范围包括实体法事实和程序法事实两大部分。

（二）案件的实体法事实

案件的实体法事实，即对解决案件的实体问题具有法律意义的事实。在刑事诉讼中，是指对被告人正确定罪、量刑有关的案件事实。这是刑事诉讼中首要的、基本的证明对象。案件的实体法事实，主要由刑法规范规定。具体内容大致包括以下几个方面：

1. 有关犯罪构成要件的事实

这是刑事诉讼中的主要证明对象，是证明对象的核心部分。根据我国刑法规定，有关犯罪构成要件的事实包括：(1) 犯罪客体；(2) 犯罪主体；(3) 犯罪的客观方面要件；(4) 犯罪的主观方面要件。

2. 作为从重、加重或者从轻、减轻、免除处罚理由的事实

这是影响量刑轻重的情节事实。根据我国刑法规定，影响量刑轻重的情节事实共五项，故有的学者称其为五大情节，即从重处罚情节、从轻处罚情节、加重处罚情节、减轻处罚情节和免除处罚情节。这些情节虽然不是案件的主要事实，但其对认识案件的全貌，正确确定被告人的刑事责任有不可忽视的意义。

3. 排除行为的违法性、可罚性和行为人刑事责任的事实

这里所谓排除行为的违法性的事实，主要指正当防卫、紧急避险以及行使职权等行为的事实；所谓排除行为可罚性的事实，是指法律规定的犯罪已过追诉时效期限的，经特赦令免除刑罚的，依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的，被告人死亡等事实；所谓排除行为人刑事责任的事实，主要是指行为人无责任能力，或者正处在依法不负刑事责任的时期。

4. 被告人的个人情况和犯罪后的表现

被告人的个人情况，包括姓名、性别、年龄、籍贯、家庭出身和本人成份、民族、文化程度、职业、住址、是否有前科等。其中有无前科和责任年龄对正确定罪量刑都有着重要影响。如果有前科，就可能因构成累犯而从重处罚。如果行为人不满 14 岁，即不负刑事责任。犯罪时不满 18 岁的人不适用死刑等。另外，身份事项可以使办案人员准确地确定真正的犯罪人。

犯罪后的表现，主要是指犯罪后是否自首、坦白、认罪、悔罪、主动退赃或赔偿损失，是否有立功表现，是否有逃跑、毁证、灭迹、与同案犯串供、被审讯时顽固狡辩抵赖等情形。查明犯罪后的表现有利于准确地判断被告人的主观恶性程度、社会危险性的大小和对其改造的难易。因此，这些事实都应作为证明对象。

（三）案件的程序法事实

案件的程序法事实，也称程序事实，是指对于解决诉讼程序问题具有法律意义的事实。程序法事实之所以成为诉讼中的证明对象，其理由主要有两点：第一，诉讼法是从程序的角度保证实体法的正确实施，对有关程序法事实的查证属实，有利于司法机关依照法定程序办案；第二，诉讼中有争议的程序事实，有关司法机关，特别是人民法院也要在查清的基础上，通过作出决定或裁定的方法解决。其中，有的决定或裁定依法可以申诉或申请复议，有的裁定可以上诉。因此，涉及到需要作出决定、裁定的程序法事实应是证明对象。否则，就不能保障诉讼活动的顺利进行。

从我国法律上的规定和司法实践来看，在刑事诉讼中必须加以证明的程序法事实主要有以下几个方面：

1. 关于回避的事实

刑事诉讼法规定与案件有利害关系或其他关系可能影响正确处理案件的审判人员、检察人员、侦查人员及其书记员、鉴定人、翻译人员，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避。因此，如果当事人及其法定代理人申请具有上述关系的司法人员回避时，是否有某种法定应当回避的事实，就成了证明对象。

2. 关于耽误诉讼期间的事实

刑事诉讼法第80条规定："当事人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误期限的，在障碍消除后五日以内，可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动。前款申请是否准许，由人民法院裁定。"人民法院要作裁决，就必须确认造成不可抗拒原因的事实，这样的事实自然就成了证明对象。

3. 影响采取某种强制措施的事实

刑事诉讼法第60条第2款规定："对于应当逮捕的犯罪嫌疑人，如果患有严重疾病，或者正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，可以采用取保候审或者监视居住的办法。"根据这个规定，对于应当逮捕的人犯作出取保候审、监视居住的决定时，患有严重疾病，正在怀孕、哺乳自己婴儿等事实就成了证明对象。

4. 违反法定程序的事实

刑事诉讼法第191条规定，第二审人民法院发现第一审人民法院违反法律规定的诉讼程序，应当撤销原判，发回原审人民法院重新审判。当第二审人民法院按照这一规定，决定撤销原判、发回重审的时候，第一审人民法院违反法律规定的诉讼程序的事实就成了证明对象。

5. 执行的事实

刑事诉讼法第211条规定，下级人民法院接到最高人民法院执行死刑的命令后，发现罪犯正在怀孕的，应当停止执行，并立即报最高人民法院改判。在这种情况下，罪犯正在怀孕的事实就成了证明对象。

上述程序法事实直接关系到刑事案件的正确处理，影响着刑事诉讼的顺利进行，因而，诉讼中出现上述问题时，应当予以证明。

（四）案件的证据事实

证据事实是否为证明对象的问题，诉讼法学界争议颇大。大致有以下三种观点：

第一种观点认为，证明事实既是证明手段，又是证明对象。其理由是：第一，案件事实需要查明，证据事实也需要查明；第二，任何证据事实都需要查证属实，才能作为定案的根据，而查证属实的过程就是证明过程；第三，任何证据的真实性，都必须用其他证据来印证，证据相互之间的印证就是一个证明过程。

第二种观点认为，不能笼统地说证据事实是或者不是证明对象，这要作具体分析，不能一概而论。他们认为直接证据的事实同案件事实是重合的，案件事实既已列为证明对象，直接证据的事实就不必再列为证明对象。但是，间接证据的事实因不能单独证明案件事实，而必须与其他事实联系起来证明案件事实。这是说存在间接证据的互相印证问题，因此，间接证据的事实也是证明对象。

第三种观点认为，一切证据事实，在诉讼中只能是一种证明手段，而不应列为证明对象。其理由有：第一，在诉讼中确定哪些事实是证明对象，哪些事实不是证明对象，其客观的标准，应该以诉讼的目的或它最终所要解决的问题而定。在刑事诉讼中，需要解决的实体法问题是有关被告人是否犯罪，所犯何罪，应否追究刑事责任等。正是这些案件事实，才是司法机关作出决定，特别是人民法院作出判决或裁定的基础，因而才是每个诉讼案件都必须予以查明的事实，是诉讼中的证明对象。诉讼中的证据，尽管在证明中起着重要的作用，是定案的根据，但它们毕竟不是案件事实本身，不应作为证明对象。第二，作为证据的事实，需要经过查证核实才能使用，但也不能因此把证据事实看成证

明对象。因为我们通常所讲的证据，都是从肯定意义上，即是从“真凭实据”的意义上说的。在诉讼中尽管要对收集的证据加以查证核实，确认它对所要证明的案件事实的证明力。这是属于对证据进行审查判断的活动，不能看成是对案件事实的证明活动，二者不能混为一谈。第三，证据事实虽然要与其他证据对比分析，互相核查，以判明其是否真实和证明力的大小，但归根到底是用以证明案件事实，是作为证明手段的，不能因为证据有一个查证核实的过程，就认为它既是证明对象，又是证明手段。

我们原则同意第三种观点，即证据事实不是证明对象，只能是证明手段。因为证明对象是与追究被告人刑事责任有关的一切事实，要靠运用证据来加以证明，而证据事实本身只是证明的手段，不能把证明对象和证明手段混为一谈。否则，就会模糊案件的证明对象。虽然法律也规定对证据要查证属实，但查证属实的目的还是为了最终证明与案件有关的事实。查证属实只是一个中间环节，这一环节是司法人员对证据进行审查判断、综合分析的一个认识、判断过程。因此，不能把需要查证属实的证据也看作是证明对象。

上述刑事诉讼的证明对象，是就司法机关对全案进行处理时所要证明的对象。至于在立案、拘留、逮捕这些具体环节上，司法机关应予证明的事实又不一样，这些在法律上都有规定。例如，刑事诉讼法第 86 条规定了立案时应查明的事实为“有犯罪事实需要追究刑事责任。”刑事诉讼法第 60 条、第 61 条规定了决定逮捕、拘留时应予查明的事实等。

三、无需证明的事实

（一）无需证明事实的概念和意义

无需证明的事实，也称为免证事实，是指在诉讼中不必用证据加以证明即视为成立的某种事实。无需证明的事实仅仅是就一般情况而言，当它在诉讼中发生争议或对其真实性发生怀疑时，仍然需要加以证明。

关于无需证明的事实问题，有些国家的法律作了明确规定。有些国家虽无这方面的规定，但在司法实践中，也已形成惯例，按照习惯的作法来加以确认，无需用证据加以证明。在我国，法律上虽然没有这方面的规定，但在司法实践中却会经常遇到。因此，认真研究无需证明的事实即研究哪些事实可以不作为证明对象，这对于完善和发展我国的诉讼立法，进一步明确证明对象范围，提高办案效率，具有十分重要的意义。

（二）无需证明的事实范围

1. 司法人员职务上熟知的事实

司法人员在职务上熟知的事实，如国家法律、法令、规章制度、政府的权力组织和政治措施等皆属之。凡属此类事实，当事人一般可以不举证。但也有例外，如外国法律、国际法及条约、习惯、地方制定的法规等。

2. 预决的事实

所谓预决的事实，为预先所确定或决定的事实。它是指已经发生法律效力的法院判决所确定下来的事实，对以后审理的其他案件，起预先决定的作用，不需要再行证明。判决是人民法院代表国家行使审判权的具体体现，是国家法律的具体化。因此，已经发生法律效力的判决、裁定具有稳定性、权威性和执行性的特点，未经法定程序不能其随便变更。那些已经生效的法院判决、裁定中认定的事实对以后基于同样事实而发生的诉讼有预决的效力。这就是说，该项已被证明过的事实在后来发生的诉讼中，可不必加以证明。但是，预定的事实并非绝对无需证明，当证明主体对其发生有理由的怀疑时，预决性就发生动摇，这时就需要对已经认定过的事实重新加以证明。

在这里，值得提及的是，诉讼中的这种预决关系仅存在于法院的两个判决之间，而其他机关所确认的事实，对法院的审判活动是没的预决效力的。

3. 推定的事实

推定的事实，无论是法律上推定的事实，还是事实上推定的事实，都是以反证为条件的。在推定的事实有反证的情况下，应当成为证明的对象。

4. 众所周知的事实

众所周知的事实是指在一定范围内为人们所知晓并承认发生过的事实。如国内的著名山川，法定的度量衡标准等，皆为公众所知晓。至于众所周知的事实应以什么标准来确定，诉讼理论上有不同的见解，各国标准也不一致。英美法系国家大都以一般人知晓为标准，认为凡系为一般人所知晓的，法院也能知晓；大陆法系国家则以法院知晓为标准。前苏联则采用后一种说法，即诉讼中所涉及的事实，是否为众所周知的事实，由法院认定。凡具备以下两个条件，即客观方面，事实已为广大群众所知晓；主观方面，审判组全体成员认为事实为众所周知的，就可以认定该事实是众所周知的。不论对众所周知的事实以什么标准来确定，众所周知的事实都是客观存在的，没有予以证明的必要。

第二节　证明责任

一、我国诉讼法学界对证明责任的研讨

裁决应凭证据，谓之证据裁判主义。近代各民主文明国家，都以其为诉讼的基本原则。依证据裁判，就必然涉及到证明主体问题。然而，由于历史文化传统的不同，诉讼结构的差异，在不同国家的立法及判例中，证明的主体是不同的，证明主体说到底是个证明责任问题。这是刑事诉讼中敏感而又复杂的问题。谓其敏感是因为这个问题必然涉及到司法机关、当事人及诉讼参与人的诉讼地位、权利与义务。谓其复杂是因为这个问题自古代罗马提出以来，历经几千年，不同历史阶段的不同国家，在确立证明责任时，都是既考虑了其历史渊源，又参酌了本国的司法实践。到目前，不同的法系，不同的国家都承认证明责任的存在，但对证明责任的理解却大不相同。

建国四十年来，我国法学界对证明责任的研讨，几乎从未停止过（文革期间除外）。除在各种版本的刑事诉讼法学及证据学的教科书中进行专门系统的讨论外，有关这方面的研讨文章时常见诸报端。法学界对这一问题的研讨，主要涉及两个方面：证明责任的概念及证明责任的分配。

（一）证明责任的概念

关于证明责任概念的讨论，主要集中在证明责任与举证责任的关系上。其主要观点大致有以下几种：

1. 证明责任就是举证责任，二者是同一内容的不同表述。这是目前法学界占主导地位的观点，谓其占主导地位，是因为持此说的人居多。如统编教材《刑事诉讼法教程》认为："证明责任，也叫举证责任，是指谁负有提出证据证明案件有关事实的义务。"证明责任就是举证责任，是指关于刑事案件的犯罪事实，应该由谁来提出证据加以证明的问题。"举证责任，又称证明责任，是指在诉讼活动中搜集和提出证据，证明被告人有罪还是无罪、此罪还是彼罪、罪重还是罪轻的义务到底由谁来承担的问题"。"举证责任又指证明责任或证明义务。其一般含义是指对全部案件事实有提出证据证明的义务。其内容是：(1) 依法定的程序和手段收集调查证据；(2) 依法定的程序和手段审查判断证据；(3) 依法定的程序提出证据，证明要证明的问题。"证明责任也叫举证责任，是指司法机关或当事人应当收集或提供证据以证明案件事实的责任。证明

责任包括收集、提供责任、调查责任和判断责任三种”。

2. 证明责任与举证责任是两个不完全相同的概念。其中证明责任的概念在外延上又比举证责任宽广，因而，举证责任被包括在证明责任之中。如《证据法新论》一书认为，我国法学中的证明责任包括三种责任：即举证责任、取证责任、审证责任。这三种责任的总和就是证明责任。其中举证责任并不是一般的任意的责任，而是诉讼中的一方或双方所承担的一种特定责任。这种特定性决定举证责任首先是当事人承担的责任。举证责任具有四个特点：第一，举证责任同诉讼中主张事实的行为相联系，这是举证责任所产生的前提。没有主张事实的行为是无所谓举证责任的；第二，举证责任与诉讼中一方或双方相联系，因此，举证责任只是诉讼中一方或双方所承担的一种责任；第三，举证责任与审判机关的职能相联系，没有审判权的行使，举证责任便毫无意义；第四，举证责任与审判结果相联系。与之相类似的另一种观点认为：我国诉讼中证明责任，可界定为司法机关或某些当事人应当收集或提供证据证明应予认定的案件事实或有利于自己的主张的责任。其中，当事人提供证据证明有利于自己的主张的责任，又称举证责任。显然，这种观点认为，证明责任与举证责任在实质上并无不同。只是由于主体的差异才将其区别为证明责任与举证责任。

3. 证明责任与举证责任是两个完全不同概念。就汉语的表述而言，证明是指用可靠的材料来表示或断定人或事物的真实性，而举证则是指提出证据；证明是一个过程，举证是一个行为。因而举证并不等于证明。就外语的表达，两者的差别也是明显的。在西方的刑事诉讼中，两者的区别主要表现为：第一主体不同。证明责任始终由起诉方承担，而举证责任可由被告方承担。第二证明标准不同。负证明责任的起诉方的证明，必须达到排除一切合理怀疑的程度，而负举证责任的被告人只需提出证据足以使事实构成争议即可。第三法律后果不同。未履行证明责任，必然遭到败诉，而未尽举证责任，只是可能遭受损害，并非必然受不利判决。第四，基点不同。证明责任基于义务性，而被告的举证责任基于必要性、利益性，因而具有权利性。

4. 证明责任的概念不适用于我国的刑事诉讼。我国的刑事诉讼性质及诉讼形式不同于历史上和当今世界各国的任何一种刑事诉讼制度和诉讼形式，因此不可盲目套用证明责任这一“模糊不清的概念”。其理由是：第一，古罗马关于证明责任的概念和含义并不存在于我国的刑事诉讼证明活动中，我国司法机关在刑事诉讼中的证明活动是一种职权活动。在行使这种权力时处于积极主动的地位，我们不能把这种国家权力理解为一般的“证明责任”。而且对司法机关来讲，不存在遭受不利裁判的问题。第二，我国的刑事诉讼形式充分体现

民主集中制的原则，这就决定了不能套用证明责任的概念。因为在诉讼中，既要求司法机关尽职负责，亦要求调动包括罪犯在内的社会各方面的积极性。这样的诉讼形式，是无法用证明责任所包含的“谁主张谁证明”等内容来解释的。

（二）证明责任的分配

同证明责任的概念一样，证明责任的分配也是一个尚无定论的问题。诉讼法学界进行了长期争论，主张司法机关负全部证明责任，被告不负证明责任的观念有之，主张司法机关和被告人均负有证明责任的观点亦有之。尽管大多数人都承认司法机关负有证明责任，但对于证明责任的在各司法机关之间如何分配以及各机关如何承担其责任，又有不同的理解和主张。关于司法机关的证明责任，其主要观点是：1. 诉讼案件的证明责任应由公检法机关承担，其依据是：第一，我国刑诉法明确规定诉讼案件证明责任由公检法机关承担，如刑诉法第 43 条及第 45 条的规定等。第二，由公检法三机关承担证明责任，是由三机关在刑事诉讼中的职能决定的。公检法三机关在刑事诉讼中担负着追究犯罪，惩罚犯罪的职能，因而有义务证明犯罪。自诉案件的证明责任由自诉人和人民法院共同承担。其主要依据是刑事诉讼法第 171 条第（三）项的规定，“缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回。”这是我国诉讼法学界的传统观点，几乎各种版本的教科书都持这种意见。

2. 法院不论在公诉案中还是自诉案件中，均不承担证明责任。证明责任仅由公安机关、检察机关承担。理由是，在刑事诉讼中公安机关担负着收集证据、审查判断证据和提出证据的责任。因此，公安机关负证明责任。而检察机关则担负着审查决定证据的责任，即公安机关所收集和提供的证据是否确实充分，能否起诉或免予起诉，要由检察机关决定。检察机关认为证据不足的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行补充侦查，同时它还担负着部分案件的侦查任务，因此，检察机关负有证明责任。人民法院在审理案件中，收集、调取或自行调查证据，审查和判断运用证据，是其独立行使审判权的体现，不能认为是负证明责任。理由是人民法院审判案件不受控诉和辩护双方意志的左右。人民法院既无自己独立的诉讼主张，与诉讼结果也无直接的利害关系。

3. 公检法三机关负有证明责任，但由于三机关所处的诉讼地位不同，诉讼权利不同，因而三机关所负的证明责任也各不相同。公安机关所承担的证明责任是：对检察院、法院直接管辖以外的一切案件，通过侦查，收集并保全证据。侦查终结，将案件移送检察院时，必须就所认定的案件事实提出确实充分

的证据，加以证明。检察机关承担的证明责任是：对直接受理的案件进行侦查，调查收集证据。在决定起诉或免予起诉时，要就所认定的案件事实提出确实充分的证据加以证明。如果案件主要事实不清，证据不足，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。法院承担的证明责任是：审理案件时，审查判断控辩双方所提供的证据材料，不受控辩双方意志的左右，对于主要事实不清，证据不足的，可以退回检察机关补充侦查，也可以自行调查。

4. 主张将证明责任分为举证责任、取证责任、审证责任的同志认为，公诉机关负有举证责任，而侦查机关和审判机关不负举证责任。因此公诉机关在刑事诉讼中属于诉讼中的一方，公诉机关既提起诉讼，就必然要主张事实。诉讼主张与举证责任不可避免地联系在一起。因此，公诉机关对其所主张的事实负有举证责任。侦查机关不直接主张事实，而是为公诉机关主张事实提供条件和根据。因此，侦查机关不负直接向审判机关提出证据的责任。审判机关并不属于诉讼中的任何一方，也不提出诉讼主张，故也不负举证责任。

取证责任由侦查机关和审判机关承担。具体说，公诉案件的取证责任由公安机关、国家安全机关和人民检察院的自侦机构承担，自诉案件的取证责任由审判机关承担。

审证责任主要由审判机关承担。审判机关要完成其担负的诉讼任务，最重要的问题就是要对诉讼中的证据，作出认真的审查和正确的评判。这就产生了审查、评定证据的责任。公诉机关也要承担审证责任。公诉机关的审证责任同审判机关的审证责任是有区别的。首先，公诉机关只负审查证据的责任，不负评定证据的责任，而审判机关则不仅要负审查证据的责任，更重要的是要负评定证据的的责任。其次，公诉机关的审证责任仅仅出于决定起诉或免予起诉的需要，只具有局部性质，而审判机关的审证责任则是基于审判的需要，带有全局的性质。

关于被告人是否应负证明责任的问题，学术界的各种观点大致可以分为三种，即被告人完全不负证明责任，被告负完全的证明责任以及被告人仅负局部的证明责任。分述如下：

第一种观点：被告人在刑事诉讼中不负证明责任，即被告人不承担证明自己有罪、无罪、罪轻、罪重的责任。其主要理由是：(1) 刑事诉讼是一项技术性很强的活动。由于案件的无法再现性和复杂性，收集证据并运用证据证明案情，决非被告人所能办到。尤其在绝大多数刑事案件中被告人都处在受羁押状态，其人身自由受到限制，难以完成收集证据的任务。因此，证明责任只能由行使国家司法权并拥有相应技术手段的司法机关承担。(2) 我国刑事诉讼法赋

予了被告人广泛的诉讼权利，其中辩护权是最重要的权利。被告人在行使辩护权时，可以提出反证，证明自己无罪，罪轻或者减轻、免除处罚。被告人对自己享有权利，既可以行使，也可以放弃，放弃权利并不必然遭受不利裁判。如果把反驳控诉和提出反证视为义务，那么，在被告人无法提出证据的情况下，被告势必遭受不利裁判。而这同我国刑事诉讼法立法精神是不相容的。(3）证明责任永远同控诉职能联系在一起。行使控诉权，必须负证明之责。被告人作为被控诉者，不存在负证明责任问题。（4）根据我国刑事诉讼中的“无罪推定”原则，被告人在被依法证明有罪之前，应推定其为无罪。因而，被告无须向法院证明自己无罪，法院也不能因被告不能证明无罪就判决其有罪。相反，如果要求被告人负证明责任，则是“有罪推定”的表现。(5）肯定被告人负证明责任，极易使司法人员推卸自己的责任。不是积极主动的搜集证据，而是片面地依靠被告人的自我证明。既不利于增强办案人员依职权收集证据证明案件的责任心，也不利于端正办案作风。(6）以刑事诉讼法第93条关于被告人如实回答侦查人员的提问的规定，作为被告负证明责任的法律依据，是对法律的不正确理解。从立法精神看，我国刑事诉讼法第93条关于“如实回答”之规定，并非肯定被告人负有证明义务，而是在于促使被告人积极配合司法机关查明案情。因此，“如实回答”不应是被告人的法律义务，不“如实回答”也不应负法律责任。同样，以“坦白从宽，抗拒从严”的政策作为被告人负刑事责任的理由也是不妥当的。证明责任是解决谁负有收集调查证据、查明案情责任的问题，坦白从宽，抗拒从严是解决量刑的问题；证明责任适用于查明案情的诉讼过程中，“坦白从宽，抗拒从严”适用于定罪之后。尽管被告人的坦白可能减轻其处罚，但定罪并不以被告人是否坦白，是否沉默，是否辩解为转移。(7）纵观历史上出现过的诉讼制度，可以发现这样一个规律，即刑事被告人往往不承担证明责任。古今中外的诉讼发展史表明，刑事被告人一直处于被指控和被追究的地位，独居诉讼的一方，而另一方则是审判机关、控诉机关和控诉人。虽然在由哪一方负证明责任的问题上发生过这样那样的变迁，但是凡由审判机关、控诉机关或控诉人负举证之责时，被告人便不承担举证责任。这种不同诉讼制度反映出的规律，决非偶然的巧合。亦非历史上统治者的随心所欲。

第二种观点，认为被告人作为刑事诉讼的主体，应当承担证明责任。其理由是：（1）被告人承担证明责任有法律依据。我国刑事诉讼法第93条规定，“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答”法学理论认为，法律规范分为授权性规范，命令性规范和禁止性规范。“应当如实回答”当属命令性规范。因为立法中“应当”，实际上就是“必须”之意。如果不作这样的理解，在侦

查阶段对某些犯罪分子的"政策攻心"就失去了法律依据，在审判阶段也无法将被告人是否如实回答作为从宽或从严处理的条件。(2) 证明责任通常包括四项内容：收集调查证据；审查判断证据；提出证据；证明有关问题。司法机关对上述内容均负有不可推卸的责任。但被告人由于其诉讼地位所决定，只承担后两项内容，即只负有提出证据，证明有关问题的责任。尽管被告人负证明责任的内容较司法机关为少，但却多了一层含义，即除解决定案问题外，在有罪的情况下，还有调整量刑的意义。(3) 从权利和义务的关系看，被告人的证明行为既是权利，也是义务。就证明自己的诉讼的主张和实现诉讼主张的意义而言，被告的证明行为是权利。就证明自己的诉讼主张能够成立和保障自己的诉讼主张权、辩护权能够实现的意义而言，被告的证明行为是义务。就诉讼实践而言，被告人的证明责任，是同自己的诉讼主张权及辩护权相适应的一种义务。如不负证明责任，诉讼主张权、辩护权不仅成了无据可凭的狡辩，即使有理也难以取得司法人员的相信。从诉讼结果看，被告人积极负证明责任结果是从宽处理；不负证明责任，结果是从严惩处。(4) 要求被告人承担证明责任有积极意义。我国的诉讼制度，既要求司法机关主动积极地行使职权，完成证明任务，也要求被告人积极主动地配合司法机关查明案情。被告人承担证明责任，在其有罪的情况下，可以促使其坦白自首，认罪服法；在其无罪的情况下，则可以调动起查明案情的积极性，配合司法机关纠正错案。

承认被告人负有证明责任的同志均认为，被告人承担证明责任，不会导致有罪推定。因为司法机关认定被告人犯罪是靠确凿证据，而不是在被告人未提供证据的情况下，推定其为犯罪。同样，被告人负证明责任，也不会导致不公正判决。法院并不因为被告人举证不力而作出对其不利的判决。要求被告承担证明责任，也不会削弱司法人员举证的积极性。司法人员的证明责任是与其职权相联系的义务，被告人的证明责任是与其诉讼主张相适应的义务。不存在一方的证明责任影响另一方履行证明责任的积极性问题。另外，要求被告人承担证明责任，既不会导致口供主义，也不会侵害被告人的辩护权。

第三种观点认为，被告人一般不承担证明责任，但随着着诉讼发展，在特定的条件下，被告人有可能负局部的证明责任。其主要根据是：(1) 被告人原则上不负证明自己无罪的责任。但在诉讼过程中，被告人针对司法机关的指控进行辩驳，提出自己的诉讼主张时，他就必须对该诉讼主张加以证明，否则审判机关无法采纳其主张。(2) 被告人承担证明责任是有条件的，这就是必要性与可能性。证明的必要性是指被告人否认指控事实的全部或局部，证明可能性系指不存在被告人无法履行证明责任的正当理由，即在客观上对某一问题的证

明并非确有困难，在主观上，被告人自身不存在某种特殊情况，可以排除其证明责任。由此可见，必要性要求被告人的证明责任只发生在反驳控诉的场合；可能性要求这种证明，必须是被告人力所能及的。(3) 虽然从总体上说，被告人不负证明责任，但诉讼本身可能要求被告人对某一局部问题负证明责任。如在盗窃案件中，在被告人的住处发现失窃赃物，被告人应负说明赃源的责任。

二、对证明责任的研究

(一) 证明责任的历史考察

无论法学界对证明责任的认识存在多么大的分歧，有一点却是共同的：证明责任发轫于古代罗马法。古罗马创造了人类历史上最辉煌的文明，也创造了不朽的法律文化。两千多年前的罗马，以其便利的海陆交通，优越的地理位置成为世界经济贸易的中心。商品经济的萌芽，进一步促使着商品交换和经济交往，相应的民事经济纠纷增多，正如法律的产生是实践呼唤的结果一样，罗马法中证明责任规则的出现，也是当时实践的需要。为了公平合理而又迅速地处理民事纠纷，罗马法确立了“谁主张谁证明”的原则，法官在解释和运用这一原则时，将其确立为两条基本规则：(一) 提出诉讼主张的一方应当对其所主张的事实负有证明责任，否认的一方不负证明责任；(二) 在双方都提不出足够的证据时，负证明责任的一方败诉。罗马《十二表法》第六表（所有权和占有）第三条规定，“凡主张曾缔结‘现金借贷’或‘要式买卖’契约的，负举证之责”。由此可见，证明责任的产生有着深刻的经济根源，正如马克思深刻揭示的那样：“无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已”。他又在《(政治经济学批判) 序言》一文中指出“法的关系正像国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质生活关系”。正是从古罗马的经济贸易关系中，我们看到了证明责任产生的必然性。同古代东方各国尤其是同古代中国相比较，古代罗马更重视程序法，因为诉讼法不仅能够保证贵族优于平民行使权利，而且能够维持生活秩序和稳定商品经济关系的发展，即诉讼在社会实际生活中具有排难解纷，判断争讼作用，这就需要有主管诉讼的机关，确立诉讼的原则和程序。实际上古罗马的《十二表法》也正是把诉讼法排列在前，实体法排列在后，其中第一表到第三表的内容都是典型的程序法。日本法学家兹贺秀三在揭示欧洲法的本质时，颇有见地的指出，“在欧洲，法与诉讼从本质上是结合在一起的，只须想到古代罗马法是诉权 action 的体系，英美的普通法则为判例的体系就足够了。”兹贺秀三先生认为，欧洲历史上极为多样性的各种诉

讼制度，其共同的基本特征是：作为诉讼前提的是两个主体之间的争议。这种争议分析起来包括关于事实的争议和关于法的争议两个方面。即当事人双方都持有关于什么样的利益应归于自己，什么样的非难应归于对方的明确而具体化了的主张，并出现在法庭上。法庭则承认两个相互对立的主张中某一方为正当从而作出判定。这就是欧洲的诉讼结构。在这种诉讼结构中，当事人对其主张的事实负有证明责任是顺理成章的，否则，法院便不会判定其诉讼主张的正确。岂止是在古罗马和欧洲，在东方古巴比伦，证明责任在诉讼中同样有着举足轻重的作用。《汉谟拉比法典》第 9 条到第 11 条对盗窃案中各当事人之间的证明责任作了具体规定：失主必须首先提供证据，证明失物为他所有，否则即为诬告；被告若辩称该物在市场购得，则必须提供证据证明他确是通过买卖获得该物，否则就是窃贼。我们追溯证明责任的起源，并非为了对历史上证明责任的功过是非进行评判，对于历史上既存的证明制度，理解比评判更为重要，认识其生发的条件和存在的理由，无疑能够启迪我们的思路。因为现实是历史的延伸，历史又是现实的不断累加。在历史和现实之间不存在绝对界限。正因为如此，列宁告诫我们，“在分析任何一个社会问题时，马克思主义的绝对需求，就是要把问题提到一定的历史范围之内”。从古代罗马证明责任的起源，我们可以看到：

第一、证明责任的确定是诉讼发展的必然要求。在没有阶级没有国家的原始社会里纷争的解决是否也要依赖于当事人的证明责任，是个我们无法确知的问题。前苏联学者拉·别尔金在其《刑事侦察学随笔》里曾这样写道：在山洞门口的火堆前围成半圆，坐着本族的长老，一个个脸上带着严肃而专注的神情。一个年轻的猎人低头站在他们面前，他的罪行就是“在危险时刻把同伴扔下，自己逃跑了”，根据部落的法规他将受到严惩。“可这是第一次啊”，猎人为自己辩护，“如果再犯就杀了我，决不敢再犯了……”。“你说谎”，一个长老说，“你在危急时刻可耻地逃走，已经不是第一次了”。他又对其他长老说：“你们记得吗，五六个月前有一次他害怕了，离开了围猎圈里自己的位置，于是一只到手的野猪，就因为他胆小怕死而冲破包围圈逃跑了。”长老们点点头。猎人明白，现在怎么也不会宽恕他了。”拉·别尔金认为，在没有国家，没有法律的时候，案件大致就是如此审理的。显然，在这种原始的审理方式中，“证明责任”也是存在的。当然这种审理案件的方式很难说是一种诉讼，案件中长老所尽的证明责任也不是传统意义上的证明责任，因为它缺乏法律的调整和规范。而且上述案件仅是一种猜测。但无论如何证明责任不是凭空产生的。进入阶级社会后，诉讼成为统治阶级维护社会秩序的重要手段，而在古代罗马，诉

讼从一开始就是为了解决民事纠纷而出现的。面对纷纭复杂的民事争端，法官深感作出判断的艰难，而诉讼从本质上说就是要求法官在相互矛盾的主张中作出判断，并使这种判断，尽可能的合乎实际。这正是诉讼同学术活动的区别。同样以追求真理为目的的学术活动，可以通过知识的不断积累，逐步向真理逼近，并最终接近真理，而诉讼则要求判定的主体在特定的时间内作出结论。不能设想诉讼问题可以经过漫长的时间检验，留待历史做结论。这对不了解讼争的起因和经过的法官来说是困难的。为了解决这一难题，法律设立了证明责任规则。我们无法想像，在缺乏证明责任规则的诉讼中，讼争能够顺利而又合理的解决。

第二，证明责任同诉讼主张紧密联系在一起，离开了诉讼主张就难以理解证明责任，证明责任从其产生之日起，就同诉讼主张有着密不可分的联系。拉丁语对证明责任的表述为 OunsProbandi，指的诉讼中的一方当事人必须提出进一步的证据，不然就会败诉。传统观点也一直认为，在任何名副其实的司法制度中，作为一项勿庸置疑的基本要求，在诉讼中作出任何肯定断言的人都必须将其断言的真实性证明到令法庭满意的程度。因此，民事原告人和刑事控诉人必须运用证据对案情作出起码表面上看来确凿无疑的证明。这就是通常用拉丁格言所表示的“谁主张，谁证明”。该规则又被罗马法理学家保罗斯表述为“证明的义务只能由确认事实的人来承担，而不能由否认事实的人来承担。”证明责任之所以同诉讼主张紧密联系在一起，首先是因为向法庭提出对某一事实的诉讼主张，是当事人的一项权利，当事人要实现该项权利，即以期法庭作出有利于自己的判决，必须负相应的义务。证明责任，实际上就是证明义务。如果当事人不履行或没有很好地履行这一义务，其诉讼权利就难以实现，这正体现了权利与义务的统一关系。其次，诉讼从一开始就以“公正性”而出现，尽管在各个不同历史时期和不同的国家，对公正性的理解不同，但作为诉讼的出发点和最终归宿，公正性得到社会的广泛认可。否则，人们便不会求助于诉讼。“诉讼之法，公则平，私则偏”。为了保证诉讼的公正性，法官必须避免先入为主。而在任何类型的诉讼中，法官首先接触到的是原告人，这就极易造成法官的偏见，为了弥补这种缺陷，法律规定，“一切主张在未被证明前推定其不成立”，拉丁格言表述为“Omnia Prasumuntur Pronegante。”

第三，证明责任同诉讼结果联系在一起。当两个平等的主体站在法官面前，为其主张的权利和对方应承担的义务进行辩驳诘难时，都希望法官作出有利于自己的判决。但诉讼的矛盾性告诉我们，在任何形式的诉讼中，不可能产生对双方都有利的判决。承认甲所主张的权利，就必然肯定乙方应承担的义

务。法官的判决自然而且只能依赖证据，最起码在理论上是这样。证据的提出和运用则是当事人应尽的义务。以至于证明责任同诉讼结果的联系如此密切，尽到了证明责任，就可能胜诉，而没有尽到证明责任，就必然败诉。这种把证明责任同诉讼结果相联系，以证明责任的方式调动当事人诉讼积极性的方法，实在是诉讼发展史上的里程碑，它既找到了双方当事人可以接受的法官判断案件的标准，又便于诉讼顺利进行。

证明责任产生于古罗马的民事诉讼中，但被后世的不同法系的不同国家分别采用，并被引申到刑事诉讼和行政诉讼中，其原因在于证明责任规则具有科学性和实用性。就科学性而言，它成功地划分了原被告之间的权利义务关系。而且采用这一规则，不会造成审判的不公；就实用性而言，它使法官以中立者的眼光审视诉讼双方对证据的提出和运用，便于诉讼的进行。

（二）证明责任与举证责任

逻辑学常识告诉我们，概念是构成判断、推理的基本要素。概念不明确，判断也不可能恰当，推理也难以合乎逻辑，作为人类思维要素的概念，是主客观的辩证统一。概念的主观性，表明概念是一种思维形式，是客观事物的本质属性，在人脑中的反映，因而概念并非客观事物本身，而是属于人类意识的范畴。但概念又是客观的。因为客观事物本身及其属性是客观存在的，概念所反映的内容也是客观存在的。毛泽东同志曾对概念的本质作过精确的说明，“概念这种东西已经不是事物的现象，不是事物的各个片面，不是它们的外部联系，而是抓住了事物的本质，事物的全体，事物的内部联系。概念同感觉，不但是数量上的差别，而且有了性质上的差别”。概念之所以能够反映事物的本质，是因为人们在形成概念的过程中，舍弃了事物的次要方面，而又抓住了事物的本质特征。正如赫伯特·西蒙所说：“为了建立理论……，我们要对现实进行简化。我们不是试图捕捉真实世界的每一个复杂因素，而是仅仅抓住其中最重要的因素。”我国法学界对证明责任和举证责任的概念认识的不统一性，不仅表现在理论上有较大分歧，而且在实践中也有不同的做法和要求。即使作为工具书的各种法学辞典，对两者之间的关系也没有统一的理解。国内最具权威的大百科全书法学卷认为，证明责任：（burden of Proof）在刑事诉讼中，司法机关或当事人对案件事实所承担的提出证据加以证明的责任。举证责任：（burden of Proof）民事诉讼当事人对自己所提出的主张中须确认的事实，承担提出证据的责任。根据上述解释，证明责任与举证责任在外文的表述上是一致的。只不过证明责任发生在刑事诉讼中，举证责任发生在民事诉讼中。《诉讼法大辞典》认为，“证明责任，又称举证责任，法律规定的诉讼主体的一种负

担。指诉讼过程中，谁负担提供证据证明案件事实的责任”。这种表述将证明责任等同于举证责任。但比较正确地指出了证明责任是一定诉讼主体的一种负担，即是一种证明案件事实的责任。《法学词典》认为，证明责任，亦即举证责任，“指用以证明案件事实的证据应由谁负责提出”。这种解释虽然也将证明责任等同于举证责任，但认为证明责任就是提出证据的责任。《刑事法学大辞典》认为，证明责任，（burden of proof）是指“刑事诉讼中对案件事实真相予以证明的义务。”

笔者认为，证明责任与举证责任这两者应该有区别，而且实际上存在着区别。在英美法系国家，证明责任是个极为复杂的概念。L.B.Curzon 所著的《A Dictionary of law》对“burden of proof”一词的解释是：证明责任——证实事实的义务。这一概念通常在下列意义上使用：一般责任（证明一个案件）；特殊责任（证明个别争端）；证据责任（提供足够的证据支持系争事实）。通常情况下，证明责任由实质上对争端持肯定态度的一方承担（如原告或起诉方）。当原告或起诉方证实了案件和主要事实时，证明责任也可能转移。

证明责任转移（Burden of proof，Shifting of,），这一概念，在证据法中表示证明义务由一方向另一方转移。其前提条件是：存在一个有利于一方的可争议的法律推定，（对方必须对此予以反驳），或者，一方所主张的个别论题，不超出对方的常识（后者必须对这一主张进行反驳）。

Steven H. Gifis 在其所著的《Law Dictionary》中认为，“证明责任这一述语至少可能区分为两种不同的概念：证明责任可能导致不确信的危险。这种证明责任实质上意味着负证明责任的一方可能败诉；—如果陪审团或法官在评议案件最终结果时，仍然存有怀疑，或达不到确信的程度。如果在提供证据的程序终结时，陪审员发现自己仍对事实存有怀疑，其判决必然对在诉讼中对系争事实负说服责任的一方不利。这一责任在民事案件中，只须通过提供占优势的证据证明案件即可完成。在刑事案件中，国家诉讼人的责任必须达到排除合理怀疑的程度。对于某些衡平法，说服责任通过提供清楚并令人信服的证据而完成。

证明责任也可以指提出证据的义务（有时称 burden of evidence），或简单地称提供证据。这种责任是指在诉讼一开始，原告人就必须提供足够的证据，以免在其案件结束时受到诸如撤销案件、驳回诉讼等裁判。提出证据的责任实际上是一种使案件表面证据充足的责任。这意味着每一案件事实都必须有足够的表面证据。

对于负有提出证据责任的一方当事人来说，如果法庭认定对系争事实有足

够的证据以支持由陪审员作出的有利于该当事人的判决，这种责任就算完成了。(在陪审团审判中，充足证据意味着允许案件进入陪审团）如果责任未尽到，负责任的一方将败诉。在审判过程中，提出证据的责任经常转移到对方当事人。

包含在证明责任这一术语中的第三种不同的的责任是辩护责任，这一责任涉及到诉讼过程中对每一诉讼要素的辩护义务，或在诉讼被驳回时，所进行的肯定性辩护的义务。

著名的布莱克法律辞典对证明责任作如下解释：证明责任，在证据法中意指在诉讼过程中，存在于当事人之间的对系争事实进行肯定性证明的必要性或义务。负有责任的一方，利用证据对有关事实进行证明，并使陪审员或法官内心确信。

证明责任这一术语可以区分为两个不同的概念：首先是说明责任（burden of persuasion)，按照传统的观点，这一责任在诉讼的任何阶段，都不能在双方之间转移；其次，利用证据推进的责任（burden of gforward with thee vidence)，这一责任可以随诉讼的进程，在诉讼双方之间转移。

证明责任可以要求一方对有关事实的存在与否提出合理怀疑，或者他通过提出优势的证据，通过确实的令人信服的证明，或者通过排除合理的怀疑，证明事实的存在与否，除法律另有规定的其它情况，证明责任要求以优势证据进行证明。

在刑事案件中，政府必须将所有犯罪要件证明到排除合理怀疑的程度。

通常用来表示证明事实必要性的术语是说明责任，用来表示形成形式真实必要性的术语是推进责任。

证明某一事实的责任意味着有责任说服陪审团，使其相信一件事实的存在比其不存在有更大的可能性。

尽管上述法律辞典对证明责任的概念理解不完全相同，但对这一概念所包含的主要内容、认识是一致的，即证明责任是一个内涵丰富的概念，它既包括说明责任，也包括提出证据的责任。这两者的区别在于前者只能由控诉方负担，后者则可以在双方之间转移，前者要求陪审团或法官达到内心确信，排除合理的怀疑，后者则只满足于形式真实。这两者在层次上和程度上都是不同的。我国诉讼理论中使用的“证明责任”和“举证责任”的概念在内涵上都无法单独同“burden of proof”相比较。实际上，英美法系“burden of proof”一词所具有的含义，既包括我国诉讼理论中的“证明责任”，也包括我国诉讼理论中的“举证责任”。因为，在我国的诉讼理论中，证明责任一词，在含义上相

当于英美法中的“说明责任”。举证责任一词所具有含义，相当于英美法中的“提出证据的责任。”布莱克法律辞典在“burden of proof”之外，又单独列出了“burden of persuation ”（说服责任）和“burden of producing evidence”（提出证据的责任)。该辞典对“说服责任的解释是：负有证明责任的一方，为使陪审团相信其主张的案件事实所尽的责任。在刑事案件中，政府的责任是提供证明犯罪要件所必须的所有证据，以排除合理的怀疑。对“提出证据的责任”的解释是：一方为避免不利裁判所负的提出证据的义务。当负有责任的一方提供足够的形式上的证据，纵然这些证据的证明力不足以有效的说服陪审团作出有利于自己的判决，其责任亦算尽到。鉴于上述比较，笔者认为，在我国的诉讼理论中，应当将证明责任与举证责任加以区别。我国刑事诉讼理论界，对证明责任和举证责任长期以来，不加区别的混用，其主要原因是受日本和我国台湾学者的影响。如日本和我国台湾学者多将 Burden of proof 译为举证责任，以至于混淆两者的含义。如台湾学者李学灯，在翻译美学者摩根《证据法之基本问题》时，将第二章 burden of proof，译为举证责任。但他解释说，“如依原文实宜译为证明负担”。在《比较刑事证据法各论》前言一文中，他又进一步指出，“举证责任一词来自日语，实译证明负担。如就其内容细加分析，在程序上，实包括最初的举证，和最后的证明，亦即可以分为两种负担。前者为举证负担（即提供证据的负担)；后一负担为证明负担（即说服的负担)。后者为举证责任的本义。至于举证负担只是提供证据以使其主张初步成立，亦即初步达到表面可信的地步，就可以将此种负担转移于他方”。由此可见，李学灯还是将二者作了比较明确的区分，当他使用举证责任一词时，实质上指的是证明责任；而当他使用举证负担时，实则指的是举证责任。应该说，我国大陆学者对证明责任与举证责任的概念不加区别而混用的现象，主要是受了我国台湾学者的影响，而台湾又是受日本的影响。实际上就汉语的表述习惯而言，证明责任与举证责任是有所区别的“证明”，“指用可靠的材料来表示或断定人或事的真实性”。在刑事诉讼中，证明是指主体机关运用已经查明的证据推断待证事实的过程。“举证”，即提出或举出证据，在刑事诉讼中的有关机关和个人为加强自己主张的可信性而提出证据的行为。

证明责任与举证责任的区别，不仅表现在语言学范畴内，在诉讼实践中，二者的区别是显而易见的。就西方刑事诉讼的实践而言，证明责任与举证责任区别主要表现为：（1）主体不同。证明责任通常由起诉方负担。在大陆法系，由起诉方和法院共同负担，而被告人无论是英美法系还是大陆法系，均不负证明责任。但举证责任可能由被告人承担，如《德国刑事诉讼法》第 166 条第 1

项规定，“被告经讯问后，为解脱刑事责任，请求调查一定之证据时，如保安推事认为，证据确有减失之虞，或此项诉讼证据之调查，可为被告释放之理由时，应即着手调查”。第201条第一项规定，“审判长应将起诉书副本送达被告，并命其在一定期间内提出各个证据调查之请求”。(2) 在诉讼中的地位不同。证明责任通常是就整个案件而言的。举证责任通常是针对某个具体事实而言的，正因为如此，证明表现为一个过程，具有连续性的特点，而举证则表现为一个行为，具有间断性特点。(3) 标准不同。法律对证明责任的证明标准的要求比举证责任的证明标准要高。负有证明责任的一方，必须将案件证明到使法官能够“排除一切合理怀疑”的程度。正如塞西尔·特纳指出，“控诉一方只证明一种有罪的可能性是不够的，而必须将事实证明到道德上的确信程度——能够使人信服、具有充分理由，可以据以作出判断的确信程度”。负有举证责任的被告人只须提出证据，使某个具体的问题形成争议即可，如果起诉方未能进一步以确凿的证据对被告人予以驳斥，并使法官或陪审官排除合理怀疑，法庭就会做出无罪裁决。当然，一个无罪裁决并不必然意味着陪审团确信被告无罪，而不过是意味着陪审团认为案件中的证据不能合法而又充分地证明被告有罪。(4) 法律后果不同。负有证明责任的一方如果未能履行证明责任，或已履行了该责任，但未达到法律所要求的证明程度，其诉讼主张必然不能实现。被告人未能提出证据或提出的证据不能使有关事实形成争议，可能遭受不利裁判。但可能性毕竟不同于必然性，因为，“通常，从被告人的沉默所能引出的最怀敌意的推论也不等于有罪的证据。而仅仅是一种参考”，“被告虽未提出反证，或否认犯罪事实所持之辩解不能成立，仍不能以此等为积极证据应予采信之理由，非有积极证据足以证明其犯罪行为，不能据为有罪之认定。(5) 性质不同。证明责任具有义务性，即法律规定必须由起诉方履行的义务。如我国台湾学者刁荣华认为，“依一般原则，检察官之举证责任（实为证明责任——引者注）具有义务性，除应提出相当证据外，并应使确信被告为有罪，即具有说服责任。故认检察官在此立法例之下，不特应负形式的举证责任，且兼有实质的举证责任”。举证责任通常被认为是被告人的一种权利，具有权利性。“提出证据责任……系属权利性，证据由当事人依必要与利益提出”。

证明责任同举证责任的区别是重要的，但仅仅注意到二者区别是不够的，还必须看到二者的联系。不论是证明责任还是举证责任，都发生在诉讼过程中，受到诉讼法的调整。因为证明和举证，在实质上都是一种诉讼行为。证明主体和举证主体也都是从自己或自己所代表的一方利益出发来履行这种责任的。在诉讼过程中，尽管双方的利益具有明显的对立性，但又是统一的，即双

方都是围绕同一个案件事实展开论争的，这正是对立统一规律在刑事诉讼中的体现。

区分概念的目的是为了正确使用概念。我们之所以对证明责任与举证责任作出上述区分，正是希望通过这种区分，消除对二者的混用现象，将各自界定在正确含义的范围内，这不仅可以减少理论上的混乱，为建立科学的证明责任理论奠定基础，而且也有助于实践中严格划分证明责任和举证责任，保证诉讼的客观公正性。

（三）诉讼结构与证明责任

如前所述，证明责任起源于古代的罗马法，而罗马法是对后世影响最大源流最长的法系。现代西方两大法系即大陆法系和英美法系均深受罗马法的影响。大陆法系是以罗马法的观念、原则为基础，以罗马法的现成法律形式为蓝本，适应资本主义经济发展的需要，而形成起来的以成文法典为主要标志的法系；英美法系则是肇端于英国的以日耳曼法的观念原则为基础，依据资本主义经济关系发展的需要，同时参照罗马法，特别是其中的有关契约、债和继承制度的诸原则，重新解释和改造而成的以判例法为主要标志的法系。证明责任作为罗马法系的重要诉讼原则，历经两千余载，不仅没有消废，而且得到了各国法律的普遍认可。但由于各国的民族习惯，文化传统，发展历史等因素的不同，尤其由于诉讼结构的不同，证明责任亦有较大差异。

1. 大陆法系国家的证明责任。大陆法系国家的刑事诉讼结构，表现为职权主义。在这种诉讼框架之下，检察官、法官依照职权追究犯罪。旨在调动检察官、法官同犯罪作斗争的积极性，检察官作为控诉机关，负证明责任自不待言，法官也同样负有证明责任。因为法官在诉讼中并非消极的仲裁者，法律赋予了他一系列搜集调查证据的权利。与此相适应，他应当承担证明责任，更重要的是大陆法系国家以客观真实作为诉讼的追求目的，实现这一诉讼目的，仅凭检察官的证明是不够的，法官必须加入证明主体的行列。台湾学者刁荣华指出，在大陆法系，“实质的举证责任（即证明责任），仍须由法院以职权为之，即法院因发现真实之必要，应依职权调查证据”。虽然刁荣华片面地认为，大陆法系的检察官仅负举证责任，不负证明责任，即检察官对被告人的犯罪事实，“以提出相当证据为已足”但他关于法官负有责任的观点是正确的。另一位台湾学者张昌邦认为，在职权主义的刑事诉讼中，证据的搜集与调查，均属法院的职权。因此，他得出结论说“在彻底职权主义下之刑事诉讼，不生当事人实质的举证责任问题，亦不认当事人有形式的举证责任”。笔者认为，证明责任与举证责任在任何类型的刑事诉讼中是客观存在的。只是由于诉讼结构不

同，承担责任的主体和方式不同。在大陆法律，证明责任由检察官和法官共同负担，被告人仅负举证责任，即提出证据的责任。但不令被告人是否提出证据，法院均应依职权进行调查，以保证案件的客观真实。不得仅仅以被告未提出证据而作出不利被告裁判。

2. 英美法系的证明责任。英美法系的诉讼结构为当事人主义，法律赋予了当事人平等的诉讼地位和职权，以充分调动其诉讼积极性。同大陆法系相比较，英美法系注重诉讼的公正性，为了做到所谓"公正"，法官处于超然的地位，扮演着消极仲裁者的角色。在这种诉讼结构中，证明责任由起诉人承担，被告人负有举证责任，法官既不负证明责任，也不负举证责任。近来，英美法系的判例与学说均认为，在刑事诉讼中，检察官的证明责任具有义务性，即对于被告人的犯罪行为，有使陪审团或法官达到无可怀疑的确信的义务。诉讼自始至终，证明责任皆由检察官负担。至于被告人所负的举证责任，完全基于必要性与利益性。因此，如检察官未提出相当证据或所提出的证据未能足以说服审判者，皆应受到败诉的裁判；而被告人并不因为提不出证据，而遭受不利裁判。英美法系证明责任可简要地概括为以下几点：第一，检察官未完成其证明责任时，被告人纵然未提出任何证据，法庭应该做出有利被告人的裁判。第二，检察官虽然完成了其证明责任，但被告在反驳控诉时提出了足以造成审判者对案件事实产生合理怀疑的证据，法庭也应做出有利于被告人的裁判。第三，检察官已经完成了其证明责任，被告未能举出证据，反驳控诉，或所提出的证据不能使审判者对案件事实产生合理的怀疑，法庭才可以做出不利于被告人的裁判。

基于上述分析，笔者认为，证明责任与举证责任在两大法系存在着如下区别：(1) 证明责任的主体不同。英美法系检察官负证明责任，法官不负证明责任，仅以中立者的身份对案件行使裁判权。而在大陆法系，检察官和法官都要负证明责任。法律规定法官本其职权进行调查，不受当事人举证范围的限制。(2) 证明的要求不同。英美法系，检察官必须通过证明活动，排除法官的一切合理怀疑。否则，便会败诉。大陆法系通常并不要求检察官在履行责任时，排除法官的一切合理怀疑。只要能使法官认识到有必要对该问题进行调查即可。因此，台湾学者认为，大陆法系的检察官仅负形式的证明责任，不负实质的证明责任，即不负说明责任。当然，这并不意味着大陆法系国家的证明要求低于英美法系。只是表明对于大陆法系国家而言，证明责任具有连续性，在法院决定开庭审理后，法官要继续负证明责任。(3) 大陆法系检察官在履行证明责任时，应该就被告不利及有利情况一并证明，英美法系则不要求检察官注意有利

于被告人的情况。这是因为大陆法系实行职权主义，在实际的诉讼中，国家司法机关享有较大的权利。被告人的诉讼地位与检察官的诉讼地位不平等，要保证客观公正地查明案情，检察官不仅要注意不利于被告人的情况，而且应该注意有利于被告人的情况。而英美法系，实行当事人主义，诉讼公正性主要体现在双方诉讼地位的平等。法律赋予了被告人以较多的权利，因而并不要求检察官对不利于被告的情况给予特别注意。

3. 日本的证明责任。日本的诉讼结构很难用什么“主义”来概括。作为一个注重实用性的民族，日本一向注重吸收外来文化。其诉讼体系在二战前脉承大陆法系的传统，具有明显的职权主义特征。在二战后，由于受到美国的影响，制订了新宪法，并相应地修改了刑事诉讼法，大量地吸收了英美法的特点。正因为如此，有人认为日本的诉讼结构是“混合主义”，意指日本刑事诉讼既有职权主义特征，又有当事人主义特征。就证明责任而言，检察官负有证实犯罪事实的责任，如果其所主张的犯罪事实不能被证实，法庭可以判被告无罪。证明需要达到排除合理怀疑的程度，否则，根据“存在怀疑时作有利于被告人解释”的原则，仍然可以判决被告人无罪。根据无罪推定原则，被告人不负证明责任，但被告人在反驳控诉的情况下，负有举证责任，又称“主张负担”。法院具有调查证据的职权，但在证明主体未履行证明责任的情况下，法院也可以放弃调查证据的权利，直接作出不利于该证明主体的判决。因此，原则上法院不负证明责任。

（四）公检法机关负证明责任的理论依据

公检法机关是证明主体，被告人不是证明主体，因而不负证明责任。其主要理由是：第一，我国法律明确规定了公检法机关的证明责任。刑事诉讼法第43条规定，“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据”。所有法律规范，大致可以分为强制性和任意性两种，这里的“必须”即属强制性法律规范，它实际上规定了公检法机关的义务或负担。

第二，我国的诉讼结构也必然要求公检法机关负证明责任。我国的诉讼结构既不同于英美法系，也不完全等同于大陆法系。同英美法系相比较，我国的法官不是以中立者的姿态参与诉讼，而是积极追究犯罪的主体机关，不是被动的作出某种判定，而是主动履行自己的职责，做出的裁判必须建立在证据确实充分的基础上，因而它负有证明的义务，是证明的主体机关。同大陆法系相比较，我国不实行“警检一体”制度，即我国的公安机关和检察机关实行分工负责，互相配合，互相制约的原则。不像西方国家那样，警察的活动必须置于检

察官的监督、指挥之下，警察在对嫌疑人、被告人采取强制措施时，必须经过法官或检察官的批准。我国的公安机关具有相当的独立性，它可以直接采取除逮捕外的其他一切强制措施。在证明被告人有罪时，可以决定移送检察机关，在证明被告人无罪时，有权将被告人立即释放，而后者是对案件做出的实质性处理。有的同志认为，根据诉讼职能划分公安机关不是诉讼主体，因而得出结论，公安机关也不能成为证明主体。这种把诉讼主体完全等同于证明主体的认识在理论上是片面的，而且不符合我国的诉讼实际。公安机关是我国的法定侦查机关，负责侦查除检察院立案侦查以外的其他一切案件。在提请批准逮捕人犯时，必须提出证据，证明该人犯的主要犯罪事实已经查清，可能判处徒刑以上的刑罚，采取其他强制措施尚不足以防止发生社会危险性而有逮捕的必要。在移送检察院起诉或免予起诉时，也必须就所认定事实提出确实充分的证据。否则，检察机关有权退回补充侦查。

我国的检察机关既是诉讼主体也是证明主体。作为前者，它主要承担着刑事起诉职能，同时也负责部分案件的侦查。尽管在习惯上我们不把它作为一方当事人，但实质上，它是以国家公诉人面目出现的诉讼中的一方。作为后者，它必须对决定提起公诉、免予起诉和不起诉的案件，提出确实、充分的证据。尤其我国检察机关在起诉阶段，有权对案件作出实体处理，即有权作出免予起诉的决定，因而证明的要求更高。

第三，公检法机关承担证明责任是由刑事案件的性质和特点决定的。首先，刑事案件的复杂性决定了证明责任只能由公检法机关承担。几乎在所有的刑事案件中司法机关都是从犯罪的结果推究犯罪原因，查获犯罪分子。对于认识主体来说，刑事案件都是发生在过去的事，且具有不可重复性。由于犯罪的应受惩罚性，犯罪分子作案后往往伪造现场，毁灭证据，这就进一步增加了认识的复杂性。在这种情况下，只有公检法机关能够证明犯罪事实是否确已存在，被告人的行为是否构成犯罪，公民个人无力承担证明责任。因为公检法机关不仅具有法律赋予的一系列职权，而且拥有同犯罪作斗争的专门手段。因为被告人是诉讼中的中心人物，他对于自己是否犯罪，犯罪过程最清楚。实际上这在某种程度上是一种先入为主，即把被告人视为犯罪人，假如被告人不是犯罪分子，我们有什么理由让一个无辜的公民去证明自己无罪呢？假如被告人就是罪犯，那就意味着我们已经证明了犯罪，没有必要让被告人负证明责任，更何况在大多数情况下被告人根本没有条件履行证明责任。其次，刑事诉讼的严肃性要求证明责任只能由公检法机关承担。刑事诉讼直接关系到公民的人身财产权甚至生命权，既要准确及时地打击惩罚犯罪，又要保证无罪人不受刑事追

究。办错了案件，不仅使无辜公民的身心受到严重创伤，而且造成不好的社会影响。为了完成刑事诉讼任务，法律对公检法机关作了明确的分工，并提出了严格的要求（参见刑事诉讼法第3条规定）显然只有公检法机关承担证明责任，才能同刑事诉讼的严肃性相适应。最后，公检法机关承担证明责任，是社会主义民主和法制的要求。诉讼的民主和文明，不仅要求诉讼结果的客观真实性，而且要求诉讼过程的公正性。对于司法机关来讲，提出控诉，就必须以相应的证据作为依据。认定被告人有罪，也必然以确凿充分的证据作为基础。如果司法机关未能尽到证明责任，就不能最终认定被告人有罪和处以刑罚。将证明责任推诿于被告人，在被告人不能证明无罪时就认定其有罪，是有悖于社会主义民主和法制要求的。

第四，我国刑事诉讼中证明标准，也必然要求公检法机关承担证明责任

证明标准在不同历史时期和不同国家，有着不同的要求。我国刑事诉讼法所确立的证明标准，可简单概括为“案件事实清楚，证据确实充分”。要达到这样的证明标准，仅靠热情是不够的。除了法律规定的职权外，还必须有一系列技术手段作为保障。有一种观点认为：被告人负证明责任有利于调动其证明的积极性。如果被告人是无罪的，他必然竭尽全力地证明自己无辜。这种感情色彩过于浓厚的理论，显然是将证明责任仅建立在“热情”和“积极性”的基础上，而没有考虑到诉讼证明决非一般论题的证明，它不仅要求在特定的时间内完成——我国刑诉法明确规定了各个诉讼阶段的时间期限；而且，要求证明达到当时所能达到的最高标准。而这不论对于被告人来说还是对于其他诉讼参与人来说都是达不到的。只有公检法机关才能完成这一任务。

在谈到被告人是否负证明责任时，下列问题是无法回避的。第一，如何理解刑事诉讼第93条规定。持被告人负有证明责任的观点的同志，多以此为论据，将“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答”，视为被告人负证明责任的法律依据。笔者认为，对刑事诉讼第93规定，应作如下理解：首先，这一规定不涉及被告人的证明责任，只涉及被告人的诉讼地位。在西方诸国，法律普遍认可被告人享有沉默权，即在被告人沉默的情形下，法律不应仅以此作出不利于被告的判决。这是刑事诉讼同民事诉讼重要的区别。在民事诉讼中，沉默包括当事人接到合法通知后拒不到庭，或到庭后拒不陈述。对于前者，法院可以依对方当事人的请求，在听取一方陈述后，直接作出判决，这实际上意味着拒不到庭者丧失辩解机会，可带来不利的诉讼结果；对于后者，当事人对于对方主张的事实于庭审时不争执视为自认，其诉讼结果必然不利。而刑事诉讼被告人，并无证明自己无罪的义务，因此，纵然放弃对自己犯罪事实

的辩护，法院也不得仅以此认定其有罪。这几乎是世界各国的通例。我国的刑事诉讼法没有赋予被告人以沉默权，是从我国的实际情况出发的。在我国的刑事诉讼中，被告人既是诉讼主体，又是可能被追究刑事责任的对象。为了保证诉讼客观公正，赋予了被告人的一系列权力，同时对证明要求和运用证据规则作了一系列规定。因此，被告人应当如实回答侦查人员的提问，即使作为一种义务，也丝毫不会恶化被告人的诉讼地位。在英美法系，尤其美国的刑事诉讼中，如果被告人承认自己有罪，法庭就不再进行事实调查，陪审团也无须投票表决，法官可以直接就量刑问题做出决断。被告人承认罪行就意味着他必然要负刑事责任。而我国诉讼贯彻“重证据，重调查研究，不轻信口供原则”。法律明确规定“只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚”。可以看出，我国司法机关对被告人罪行的认定和处罚，并不以被告人是否承认有罪为条件。而对被告人来说，在有罪的情况下如实回答，表明其主观恶性小，认罪态度好，在量刑时可以考虑减轻刑罚；在无罪情况下如实回答，可以协助侦查机关查清案件，使自己早日解脱。

那么，在被告人不如实回答的情况下，被告人是否必然遭受不利的裁判呢？以此作为被告人负证明责任根据的同志认为，根据“坦白从宽，抗拒从严”的政策，被告人不如实回答，必然受到不利的裁判。因此，法律要求被告人如实回答，就意味着被告人负证明责任。诚然，证明主体没有履行证明责任要受到不利裁判，但并非在可能受到不利裁判的任何情况下，都是由于不履行证明责任所致，此其一。其二，我国司法实践表明，被告人不如实回答，并不必然受到不利裁判。无罪的被告人即使不如实回答，其结果仍然是判决无罪。其三，不履行证明责任所受到的不利裁判，不是一般意义上的“不利”，即主要不是指量刑上的不利，而是指整个案件事实而言的，而有罪被告人不如实回答，最坏的结果也只能是量刑上的从重。更何况，被告人的回答是否属实，仍然要经过司法机关的严格查证和证明。

其次，法律要求被告人如实回答侦查人员的提问，在某种程度上是从证据的客观真实性出发的。被告人的供述和辩解是我国法定的证据种类。法律要求一切证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。为了保证证言的真实性，法律规定证人如果有意作伪证，要负法律责任。同样，被害人如果捏造事实，诬陷他人，也要受到法律的追究，鉴定人隐瞒事实真相，故意出具虚假的鉴定结论，也将被绳之以法。考虑到被告人同诉讼结果有着直接的利害关系，法律没有把其作为伪证罪的主体，即被告人故意作虚假陈述，也不构成伪证罪。但

对被告人的供述和辩解不加限制，任其歪曲，捏造事实，必然增加办案的难度，这无疑不符合诉讼及时性的原则。为了最大限度地保证被告人供述和辩解的真实性，尽量减少司法机关审查证据的复杂性，法律要求被告人如实回答侦查人员的提问。因此，刑事诉讼法第93条的规定，可以看作法律为了保证证据质量，而对被告人口供的一种约束。

第二，证明责任能否转移。在刑事诉讼中，证明责任的转移，意味着证明主体的变更。持被告人负相对证明责任观点的同志认为，在诉讼过程中，当控诉方履行了证明责任，被告人欲推翻对方主张，证明责任便随之转移到被告人一方。有人还具体阐述证明责任转移的条件。"一是对方已经对主张予以证实，二是本方已推翻对方的主张，同时具备这两个条件，举证责任（即证明责任）就必然要转移。这是个客观自然的过程"。刘季幸同志在《试论刑事被告的相对举证责任》一文中，用具体案例表明在某种情况下，证明责任可以转移到被告人一方。案例内容是："张某因重大杀人嫌疑被拘。理由有三：一是已证实死者失踪前与被告在一起；二是被告单人宿舍内地面、墙壁上，均有血迹，血型与死者一致；三是已证实被告于死者失踪两天后的夜里从他宿舍所在大院内用自行车推出一个包袱，包袱大小、形状与现场发现的装碎尸的包袱相仿。由于案发前后，宿舍曾安排过一些临时工住过，又不能查实发案当晚被告住在何处，故第二条证据不过硬。查清第三个问题，是弄清此案的重要突破口，经讯被告，坚决否认他运出的包袱与此案有关，同时被告拒绝对这一否定命题加以证明。此时，便发生了"包袱与此案无关"这一命题证明的归属问题。作者刘季幸同志提出了下列分析意见："a. 客观上存在着被告证明该命题的必要性，因为已有的证据说明这个运出的包袱与案件有关或极可能有关，否认这种相关性必须有一定的证据加以证明，否则，这种否定结论不得成立；b. 存在着被告证明该命题的可能性，即被告没有理由不知道他运的包袱内装的是什么，运到哪里去了。"

笔者对这一问题的看法是：证明责任不存在转移问题，在刑事诉讼中，被告面对指控的罪行，无非有两种态度。一是承认指控的犯罪事实，这在客观上起到了证明自己有罪的作用。但被告人对犯罪事实的承认，只是一种证据资料或证据来源。这种承认是否属实，能否作为证据运用，需要司法机关查证属实。法律明令禁止仅以被告人的口供认定犯罪。因此，即使在被告人承认有罪的情况下，证明责任仍然要由司法机关承担，不能仅仅依此认定被告人有罪和处以刑罚。二是被告人否认指控的罪行。按照证明责任最原始的含义，消极否认的一方不负证明责任。按照现代刑事诉讼理论与实践，被告人是在行使辩护

权。证明责任转移论者，之所以不能得出正确的结论，关键是没有认识到证明责任始终同诉讼主张联系在一起，离开了诉讼主张就无从谈证明责任。而诉讼主张既不是被告人的辩解，也不是被告人提出的反证，它是诉讼的动因，因此，它只能而且始终同控告方联系在一起。只要控诉方没有放弃自己的控诉主张，它就必须履行证明责任。而被告人从诉讼一开始，就处在被动的地位，谈不上什么诉讼主张，面对指控，他有权进行辩护，可以提出反驳，这是在行使法定的权利，而并非履行证明责任。我国台湾学者韩忠谟曾正确地指出了这一点。他认为证明的原则为，"证据由积极维持其主张之一造负责提出之，而非由否定其主张之对造负责，"故"被告于经证明为有罪前推定其为无罪"。一般学者每谓举证责任（应为证明责任）可因提出相当证据后，而转移于对造，实则负举证责任者提出相当之证据，仅足使法院置信无罪推定不复存在，甚或据以为有罪之认定，从而他造不得不因之而负辩证责任，藉以回复无罪之推定而已。因此，被告人辩证，亦仅系攻击、防御重点之推移而已，至于举证责任基于上述一切主张在未证明前推定其不成立（omnia praesumuntur pro negante）之原则，因始终存于积极主张事实之一造。绝无推移之而言"。

上述案例的作者认为，被告如果否认其运出的包袱与案件有关，就必须提出证据加以证明，否则其否定结论不能成立。从作者给定的前提出发，我们不难推出"被告不能证明自己无罪，他就是有罪的"结论。这一结论的荒谬性是显而易见的。我们不仅要问，如果被告人真的没有对其否定性结论加以证明，就可以据此认定被告人有罪吗？换言之，被告人没有履行证明责任，就意味着司法机关已尽到证明责任了吗？被告人运出去的包袱是否是现场发现的包袱，的确是该案中的重要问题，但这恰是应该由司法机关进行证明的问题，而不是应由被告人证明的问题。当司法机关无力证明的时候就把证明责任推诿于被告人，既不合理，也不合法，证明责任转移论恰巧为这种做法提供了理论依据。案例作者认为，被告人知道包袱内装的什么，也知道包袱被运到哪里去了，因此，在其否定包袱与案件有关时，应当负有证明责任。因为被告人知道案情，就应当负证明责任，这种牵强的推论是不能令人信服的，更何况无法排除涉及被告人隐私的可能性。即被告人虽然知道包袱内装的什么，但由于涉及个人隐私，不愿意向司法人员陈述。我国刑事诉讼法第 93 条规定，"但是对与本案无关的问题，有拒绝回答的权利。"所以，不能简单地认为只要存在被告人证明某一命题的可能性，就让其负证明责任。

第三，对被告人证明责任具有权利性的理解。国外和我国台湾地区的部分学者，一方面主张被告人负证明责任，另一方面又认为被告人的证明责任基于

必要性、利益性和权利性。简言之，控诉方负有证明责任是一种义务，被告人的证明责任是一种权利，这种观点或多或少地影响到了我国大陆学者。有人认为，被告人的证明责任既是一种权利，又是一种义务。“从表明诉讼主张和实现诉讼主张的意义上讲，被告的举证行为是以权利形式出现的，被告有权表明自己的主张，也有权为实现自己的诉讼主张而进行辩护。从证明自己的诉讼主张能成立，和保障自己的诉讼主张权、辩护权能实现的意义上讲，被告有义务证明自己的诉讼主张能成立，也有义务保障自己的诉讼主张权、辩护权的实现”。笔者认为，首先，证明责任不能成为一种权利。证明责任是一种法律责任，它要求证明主体承担一定的负担或义务，并且在不履行责任即不负担义务时，必然承担某种不利的法律后果。因而，证明责任只能是一种义务，而不能是一种权利。认为被告人证明责任具有权利性的观点，实际上是把被告人的辩护权误认为责任。美国学者 Steven H Gifis 在《law Dictionary》中明确表达了这种观点。他认为证明责任这一义务除包括了说服责任和提出证据的责任外，还可能包含第三种特殊责任，即辩护责任。即在诉讼过程中，对案件事实辩护的义务。这种将权利与义务混同的理论，并不为多数法学家所接受。责任和权利之所以无法等同，就在于责任具有强制性，而权利具有任意性，当事人可以任意处分自己的权利，但却必须履行自己的责任。因而，认为被告人证明责任具有权利性的观点是缺乏常识的。其次，认为被告人证明责任既是一种权利又是一种义务的观点，貌以辩证，实际混淆了权利与义务二者之间的界限。我们知道，权利与义务既是矛盾的，又是统一的。谓其矛盾，是指权利与义务具有明确的界限，权利就是权利，义务就是义务，二者不可混淆。就证明责任而言，如果承认它是一种诉讼义务，就不能同时肯定它是一项诉讼权利。反之亦然。谓其统一，是指实现权利通常要履行某种义务。在刑事诉讼中，诉讼主张权和证明责任的关系，正好能够说明权利和义务的这种关系。国家赋予了司法机关控告犯罪的职权，同时法律要求它对自己的诉讼主张承担证明的责任。如果不能履行证明责任，其诉讼主张必然不能实现，认为被告人证明责任既是一种权利，也是一种义务的观点，忽视了权利与义务的对立，不适当地夸大了二者的统一性，而且把统一性误认为等同性，不仅在理论上无法得出正确结论，在逻辑上也是站不住脚的。

第四，在被告人提出反诉的情况下，是否负证明责任问题。这首先涉及到自诉人是否负证明责任问题。学术界多数人的观点是：自诉案件的自诉人负有证明责任，理由是，自诉人向人民法院提出控诉，必须提出证据。人民法院如果认为证据不足，可以要求自诉人补充证据。“缺乏罪证的自诉案件，如果自

诉人提不出补充证据，经人民法院调查又未能收集到必要的证据，应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回”。笔者认为，自诉人所负的责任没有超出提供证据范围，因此，在诉讼过程中，自诉人不负证明责任，仅负提出证据责任，即举证责任。首先，自诉人仅仅是在向法院提出证据，而提出证据的目的也只是为了使法院立案审判。多数学者以刑诉法第 171 条规定，作为自诉人负证明责任的法律依据。实际上刑诉法第 171 条只是对自诉案件的规定，实质意义上的诉讼尚未开始，根本谈不上自诉人的证明责任问题。需要指出的是，我国刑事诉讼立法对自诉案件立案条件的规定较公诉案件更加严格。这是因为公诉案件多涉及国家和社会利益，较自诉案件重大复杂，司法机关立案前不能行使侦查权，搜集证据的工作只能在立案后侦查阶段开始。因此法律并不要求在立案阶段就有足够的证据，只要司法人员认为有犯罪事实发生，需要追究刑事责任就可以立案，以便快速发动刑事诉讼。而自诉案件，多涉及公民个人权益，有明确的原、被告，且不经过公安、检察机关，由人民法院直接受理，法律对立案条件规定相当严格，“犯罪事实清楚，有足够证据的案件”，人民法院才能立案审判。自诉人将其掌握的证据提供给人民法院，只是履行举证责任。而证明责任不仅包括收集提供证据，而且包括审查判断证据以及运用证据证明案情。显然在自诉案件中，这种责任只能由人民法院承担。其次，同公诉人承担的证明责任相比较，法院对自诉人举证并不要求达到“确实、充分”的程度，在自诉人提供一定罪证基础上，法院可以进一步的调查、收集证据，以证明案情的确实性。而公诉人则必须以“确实、充分”证据将案件证明到无可怀疑的程度。最后，从举证和证明的方式看，自诉人的举证，是向国家审判机关提出证据供其审查判断。公检法机关的证明责任是基于不同的分工，履行国家职责，即公检法机关的证明责任在每一不同的诉讼阶段由不同的机关独立承担，但就整个诉讼而言又是连续的。基于上述分析，自诉人是举证主体，而不是证明主体。

根据刑事诉讼法第 173 条规定，“自诉案件的被告人在诉讼过程中，可以对自诉人提起反诉。反诉适用自诉的规定”。反诉制度的确立，主要是从便利诉讼，减少当事人的讼累出发的。被告人提出反诉后，双方当事人都具有双重诉讼地位，对于自诉人来说，同时也是被告人，对于被告人来说同时也是自诉人$\frac{\text{自诉人}}{\text{被告人}}$—$\frac{\text{被告人}}{\text{自诉人}}$。作为被告人在提起反诉前，既不负证明责任，也不负举证责任，已如前述。那么在提起反诉后，是否要负证明责任呢？回答同样是否定的。因为反诉，实际上是一种自诉，由于这种自诉同一开始由对方当事人提

出的自诉具有内在联系，法律将这两种自诉合并在一起处理，作为反诉主体的诉讼地位，实际上就是自诉人的诉讼地位。自诉人不负证明责任，仅负举证责任，是我们已经得出的结论。法学界的多数同志之所以认为被告人在提起反诉后，应对其反诉负证明责任，一是囿于传统观点，即自诉人对其诉讼主张应当负证明责任，被告人提起反诉后，其地位相当于自诉人，因此，他应对反诉负证明责任。二是受到证明责任转移论的影响。认为被告人在反驳控诉过程中，提出了反诉，即提出了独立的诉讼主张，证明责任自然转移到他身上。这两种观点的缺陷已有论述，不再重复。笔者认为，自诉案件中被告人，在提出反诉前，即不负证明责任，也不负举证责任；在提起反诉后对其诉讼主张应负举证责任，而不负证明责任。

第五，辩护律师证明责任分析。在现代刑事诉讼中，辩护律师扮演着越来越重要的角色。在西方，任何一个刑事案件，没有律师出庭为被告人辩护，都是不可思议的事，在我国，辩护律师的作用也逐渐被人们认识。与此同时，律师能否作为证明主体，也成了法学界关注的问题。一种观点认为，律师应当成为证明主体。在诉讼过程中，律师必然反驳控诉，提出主张，维护被告人的合法权益，辩护律师应当对其主张负证明责任，根据刑事诉讼法第 35 条规定，“辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人的合法权益”。这是辩护律师负证明责任的法律依据。但证明责任的后果由被告人承担。另一种观点从被告人不负证明责任出发认为辩护律师也不负证明责任。辩护律师的辩护是被告人辩护权的延伸。在诉讼过程中，辩护律师没有自己独立的利益，他只是权利主体而并非义务主体。

辩护律师不负证明责任，只负举证责任。作为举证主体，同负有证明责任的检察机关比较，具有以下不同：(1) 证明的出发点不同。检察机关作为国家司法机关，必须收集并提出能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。而辩护律师只能提出证明被告人无罪、罪轻、减轻免除惩罚的证据材料，律师既不能从揭露犯罪方面成为检察机关控诉的助手，也不能从证实犯罪方面帮助法院审判。(2) 诉讼地位不同。检察机关作为国家公诉人，是诉讼主体，而辩护律师作为诉讼参与人，是诉讼法律关系主体。尽管在诉讼中，律师既不受被告人意志的约束，也不受检察院法院的非法干涉，有权按照自己对事实的认定和对法律理解提出辩护意见。但律师的辩护意见要经过审判机关的审核查证。而且在通常情况下，这种辩护意见对法院不具有法律上的约束力，只能作为法院定罪量刑的参考。(3) 证明要求不同。检察机关作为证明主体，必

须以“确实、充分”的证据证明案情。而辩护律师固然可以以确实、充分的证据证明被告人无罪或罪轻，但也可以仅仅提出证据，证明检察机关的证据不确实、不充分，从而使案件处于“存疑”状态，以便法院做出有利于被告的判决。(4) 履行责任的方式不同。公诉机关履行证明责任，表现为履行国家职责的方式。辩护律师履行举证责任，表现为向法院提出证据。即辩护律师以维护国家法律的尊严和保证诉讼的公正性为立足点，以保障被告人合法权益不受侵犯为目的，以法庭为场所，以提出证据的方式履行举证责任。公平和正义，是律师的基本追求，也是律师履行责任的动力。丹宁勋爵在《法律的训诫》一书中指出：“正像科学家寻求真理一样，律师应该寻求正义”。“出庭律师不能挑选自己的委托人，应该接受任何一个到法院打官司的人的聘请。无论这个人多么下贱，无论社会上对这个人多么不满，无论他提出的理由多么不配为之辩护，多么不得人心，出庭律师都要为他辩护到底”。“那种认为出庭律师只是委托人的传声筒。或是受委托人指挥的工具的想法是错误的。他既不是传声筒也不是工具。他只是忠于高尚的事业。这是正直和正义的事业。他决不能故意歪曲事实，决不能成心欺骗真理，决不能非法构制欺诈案。也就是说，毫无根据地支持某一项诉讼，出庭律师必须提出所有可靠的证据”。

（五）证明责任与无罪推定

无罪推定一直是我国法学理论界颇为敏感的问题。自 1979 年以来，不少刊物组织过专题讨论，但各种观点之间差距很大，主张抛弃“无罪推定”的观点有之，主张继承者有之，主张调和者亦有之。各种观点的分歧并不在于对“无罪推定 ”这一概念本身的理解，而在于这一原则能否或是否为我国刑事诉讼立法所采用。各种不同观点的共同之处，都承认这一原则是资产阶级首先确立的，并在历史上起过积极、进步的作用。全面的考察评价无罪推定原则不是本文的意图，本文旨在通过对无罪推定原则的理解，探究无罪推定与证明责任之间的关系。

1. 无罪推定原则的含义。无罪推定一词的法文表达为 Pre’ somption innocc-nte”，英文为 Presum ption of in nocence”，俄文为 преЗумцця нбвиновно стми”。而中文则直接移植于日文。最早在理论上提出并表达这一原则的人当推意大利启蒙思想家贝卡利亚。他在 1764 年所著的《论犯罪与刑罚》一书中批判了 18 世纪欧洲刑事诉讼的残酷和专横，“为了证明自己是无罪的，人们首先应当被宣告是有罪的，这叫武断的诉讼程序，而且在 18 世纪，差不多在文明的欧洲的各个地方，都存在着这种刑事诉讼。”为了保障被告人的诉讼权利，他认为：“在没有作出有罪判决之前。任何人都不能称为罪犯……如果犯罪行为没有得

到证明，那就不应折磨无罪的人。因为任何人，当他的罪行没有得到证明的时候，根据法律他应当被称作是无罪的人。”1789年，法国《人权宣言》，第一次以法律语言的形式对这一原则作了表达。第9条规定“任何人在被宣判有罪之前都推定为无罪，即使断定必须逮捕时，不是为了确保其人身所必需的一切严酷行为，都应当受到严厉禁止。”在无罪推定的故乡意大利，1947年宪法第27条规定：“被告在最终定罪之前，不得被认为有罪。”联合国大会1948年通过的《世界人权宣言》第11条规定“凡受刑事控告者，在未经依法公开审判证实有罪前，应视为无罪，审判时并须予以答辩上所需之一切保障。”作为国际法的《公民及政府权利国际盟约》（1966年）第14条第2款规定“受刑事控告之人，未经依法确定有罪之前，应假定其无罪。”东欧一些国家也分别在宪法、刑事诉讼法以及有关决议中确定了这一原则。需要指出的是西方一些国家没有在刑诉法中规定这一原则，并不是它们不认可这一原则，而是认为这一原则在刑事诉讼中是不言而喻的，在司法实践中无罪推定实际上已成为法官的审判意识。我国《香港特别行政区基本法》第86条规定，“任何人在被合法拘捕后，享有尽早接受司法公正审判的权利，未经司法机关判罪之前均假定无罪。”对无罪推定原则的承认是显而易见的，上述引证可以看出“无罪推定”尽管在不同国家、不同法律文件中，文字表述略有不同（这种不同在很大程度上是由翻译造成的），但其基本精神是：刑事被告人，在未经法定程序确认有罪之前应推定其无罪。

2. 无罪推定同证明责任的关系，根据上述对无罪推定基本精神的理解，结合诉讼证明理论，我们不难得出如下结论：司法机关认定被告人有罪，必须有确实、充分的证据。不能证明被告人有罪，就应当视为被告人无罪。证明责任由司法机关承担。被告人不负证明责任；遇有疑罪时，从有利于被告方面进行解释。即使对无罪推定原则持否定态度的同志，也不否认可以从中引申出这样的结论。无罪推定原则同证明责任联系在一起并不是偶然的，二者的内在联系，就是仅从文字的表面含义上也不难看出。不论对无罪推定原则如何表达，这一原则总是以是否认定被告有罪为前提的。而认定，实质上就是证明，这就必然涉及到证明主体，即证明责任。无罪推定从其使命上讲，是对人权的保护，防止无辜者受到非法侵害。日本学者柳原嘉藤指出，无罪推定原则提出的“使命”是“必须尊重和维护人权，证据不实者不判罪，也就是说，不处罚无辜者”。而证明责任承担，从其本质上讲，也有保障人权的意义，两者都充分考虑了诉讼双方的不平等性。一方以国家权力机关的面貌出现，以警察、法庭等国家机器作为后盾，享有国家法律规定的侦查、起诉、审判权；而另一方作

为单枪匹马的个人，其势力显然无法同国家司法机关相抗衡，要保证诉讼客观公正性，就必须对司法机关可能滥用司法权的现象作出限制，同时责成其承担与其权利相适应的义务。无罪推定和证明责任正是基于上述理论的法律表述。无论是大陆法系国家，还是英美法系国家，都把无罪推定和证明责任联系在一起。我国台湾学者韩忠谟认为，“证据由积极维持其主张之一造负责提出，而非由否定其主张之对造负责，故被告于未经证明有罪前推定其为无罪”。另一位台湾学者认为，“被告当事人虽有实施防御之权利，但并无证明其为无罪之义务，此即所谓被告于未经证明为有罪前，推定其为无罪”。甚至一贯倡导阶级斗争，任意夸大法的阶级性的斯大林时期的维辛斯基也认为，“企图把控诉人证明被告有罪的义务变换为被告人证明自己无罪的义务，是与苏维埃的证明责任的原则绝对矛盾的，……因为苏维埃的诉讼法是以未证明被告人有罪前推定其为无罪的原则为出发点”。前苏联法学家蒂里切夫等人认为：“就无罪推定的内容和精神而言，不是刑事被告人应当证明自己无罪，而是控诉机关应当证明所提起的控诉的正确性”。我国有学者也明确指出了无罪推定与证明责任的关系，“在刑事诉讼中，采取无罪推定原定原则，就要求侦查、检察和审判机关将有关犯罪的全部证据，（即证明有罪和无罪的证据）都拿出来，借以认定被告人是否有罪。被告人没有举证的义务，更没有提供证据证明自己犯罪的义务，却有提出证据证明自己无罪的权利。”

尽管我国法学界对证明责任由司法机关承担认识比较一致，但对证明责任与无罪推定的关系却分歧较大。其中一个重要原因就是相当一部分同志坚持实事求是原则，反对无罪推定。翻开各种版本的《刑事诉讼法学》和《证据学》教科书（包括统编教材），几乎无一例外地认为我国刑事诉讼实行“实事求是”的原则。不少学者认为有罪推定是唯心的，无罪推定也是唯心的，前者容易导致冤枉无辜，而后者则易于导致轻纵罪犯，因而两者都不可取，只有“实事求是”才能保证既不放纵犯罪，又不冤枉好人。

且不说“实事求是”原则是否能够直接起到上述作用，仅就“实事求是”原则本身分析，也不难看出，将其作为原则是多么勉强。我们知道，实事求是是马列主义精髓，是唯物辩证法的核心，正因为如此，实事求是对一切工作都具有指导意义。包括对刑事诉讼的指导作用。但这并不意味着可以用实事求是原则代替各项工作具体原则。实事求是作为具有普遍性意义的思想原则和指导方针，同各项具体事物的原则之间是普遍性与特殊性、共性与个性的关系。世界上形形色色的事物，千差万别，各有特点。每一学科，每一领域，都有其特殊性。某一具体事物如果不能确立自己的特殊原则，或者确立的原则不能反映

该类事物的特点，那么就很难对具体事物进行区分，所以实事求是作为一个总原则，只能体现在各类具体事物之中，而不能代替各类具体事物独有的规律和原则。刑事诉讼，虽然在总体上可以概括为司法机关对真理的认识过程，但它并不同于人们对一般事物的认识。就人们的一般认识过程而言，真理的大门永远敞开着，人们在追求真理的过程中，可以随时随意地修改自己的立场、观点方法。在不能把握真理时，就不能也不急于做出结论，可以反复认识，进行多种尝试，直至使自己的认识符合客观实际。而诉讼，则要求司法人员在特定时间内对案件进行法律上的评断，如果案件事实清楚，证据确实、充分，这种评断并不困难。而当案件事实由于各种原因无法查清时，就难以按照实事求是原则作出明晰的评断。而诉讼本身又不允许司法机关作出是非不明、模棱两可的结论。这就需要确立特殊的诉讼原则，以解决在这种情况下，是作有罪推定还是作无罪推定问题。正如有的同志指出“尽管与一种唯心主义立场相对立的经常会是另一种唯心主义观点，但有罪推定和无罪推定的对立却不属于这情况，这里反映的是唯心主义和唯物主义的观点的对立”。在诉讼民主化、文明化的今天，无罪推定原则被引入我国诉讼就是当然的事。由此也可看出这一原则同证明责任联系是本质的、内在的。司法机关不能证明被告人有罪，就应当推定被告人无罪。

3. 无罪推定原则的意义及现实必要性

无罪推定原则在不同地区及不同社会制度的国家中得到普遍的认可，这决不是偶然的。今天，我们可以肯定地说，这一原则从它产生的第一天起，就是全人类共有的法律文化成果，而决非资产阶级的“专利”。虽然这一原则是资产阶级理论家及法学家在资产阶级革命过程中首先倡导并被资产阶级法律首先确认的，但资产阶级革命过程中产生的一切进步现象，并不必然归功于资产阶级。资产阶级革命在更广泛的意义上讲，实质上是劳苦大众的革命，没有人民群众的参与，资产阶级革命决不会成功。退一步说，即使这一原则纯粹是资产阶级的产物，只要它代表着一种进步趋势，反映着某种诉讼规律，我们也没有理由弃之不用。就这一原则的实践意义而言，首先它是反对“有罪推定”的利器。“有罪推定”的荒谬性和残酷性是不言而喻的。无罪推定正是作为其对立物提出来的。我们固然不能笼统地说谬误的对立面就是真理，但无罪推定无疑含有“一切主张在未经证明前，推定其不成立”的朴素唯物主义思想。正如前苏联法学家蒂里切夫等指出的，“无罪推定所反映的不是某个诉讼主体的个人意见，而是不容辩驳的和无一例外的客观法律原则”。即使否定无罪推定原则的人，也不否认其所具有的反对有罪推定的作用。在这里，笔者不同意下述看

法：有罪推定是片面的，无罪推定同样是片面的。我们知道，无罪推定是作为有罪推定的对立物而出现的，但它并不是对有罪推定的简单否定。这一原则本身浓缩着一系列进步的法律精髓，具有十分丰富的含义。它是人类社会发展到一定阶段（其中生产力的先进与否是人类社会发展的重要标志）所必然产生的法律文化现象。它一旦产生，便会在相当长时期内产生积极的影响。那种认为无罪推定原则只在其产生时具有某种积极意义，随后便会失去其存在价值的看法，如果不是出于某种政治原则，也是无视现实的。就我国的司法实践而言，尽管没有人公然提倡有罪推定，但有罪推定的影响犹在。"以拘代侦"，直接或变相体罚，"先判后审"等等，都可以从中看出有罪推定的影子。因此，那种认为无罪推定原则在今天已失去意义的看法，是不符合实际的。

其次，无罪推定原则自始至终同被告人的辩护权联系在一起，正如前苏联法学家们指出的那样，"无罪推定原则同刑事被告人的辩护权有密切联系。刑事被告人有权就对他提出的控诉进行辩护，而国家机关必须保证他的这一权利。正因为如此，在作出刑事判决以前，刑事被告人被认为是无罪的。"资产阶级革命带来的诉讼制度的显著变化之一就是被告人的诉讼地位发生了质变，从诉讼客体变为诉讼主体。作为诉讼主体，不再仅是义务的承担者，更重要的是权利的享有者。在被告人享有的诸项权利中，辩护权是最重要的。既然无罪推定意味着被告人在未经判决有罪前，应视为无罪的人，那么，刑事诉讼法律制度应当保障被告人以辩护权为中心的各项诉讼权利，就是逻辑的必然。在从资产阶级革命开始至今的两个世纪的历程中，世界各主要国家通过立法或司法活动，对被告人的辩护权及其它权利的保护，从来就没有停止过。相比之下，我们无论在立法还是司法实践中，对被告人诉讼权利，尤其是辩护权的保障，远远落后于世界各主要国家。形成这种状况的原因可能是多方面的，而无罪推定原则没有得到立法的认可或司法的承认，则是主要原因。在世界各主要国家都把无罪推定原则理所当然的作为一项最重要的诉讼制度加以贯彻的时候，我们不去积极继承这一人类法律文化的优秀遗产，而在对其进行经院式的探讨。本来，法学理论应该而且必须超越现行的立法和司法，并对后者有所指导。但长期以来，我们的法学理论研究习惯于对现行立法或司法进行解释，这些支离破碎的解释不仅滞后于社会发展的实际需要，而且往往导致无为的争论，以至于我们多次失去了勇敢借鉴西方先进法律成果的机会。亨利·梅因在其著名的《古代法》中告诫我们："社会需要和社会见解总是或多或少地走在法律的前面。我们也许模模糊糊地走近了它们之间的差距的连接点，然而，现在却有一种重新拉开差距的永恒趋势。……一个民族的幸福或多或少地要依赖于缩小这

种差距的果断程度”。在改革开放的今天，我们不应当再视无罪推定为洪水猛兽，而是应当毫不犹豫地接受历史对我们的馈赠，在立法中确立这一原则并在司法中真正贯彻这一原则。

再次，无罪推定原则同严格的诉讼程序具有不可分割的联系。在诉讼中贯彻这一原则，就意味着追究被告人的刑事责任，必须严格依照法律规定的诉讼程序进行。为了追究犯罪同时也为了保障人权，各国根据其传统习惯及实际需要，制订了刑事诉讼法。当代文明社会刑事诉讼的一个重要特征是，司法机关追究犯罪，必须依照法律进行，而法律本身就包含了对司法机关滥用职权的限制，以防止其在追究犯罪的名义下为所欲为。长期以来，我国理论界有一种偏见，认为我国的刑事诉讼制度无论在哪一方面，都比西方更文明、更民主、更能防止冤假错案。一说到借鉴西方的某些法律制度，动辄与资产阶级自由化联系起来。这种武断的学风严重窒息了本应自由民主的学术气氛，阻碍了学术的进步。诚然，从理论上讲，我国刑事诉讼法富有科学性。司法机关的刑事诉讼活动是一个具有自我修正与完善功能的有机的法律调整系统。既有公检法三机关之间的互相配合，互相制约，又有上下级法院之间审级关系的业务监督，这样一个诉讼法律体系，应该能够防止冤假错案的发生，即使发生了错误，也能够有效地得到纠正。但司法实践表明并非如此。究其原因，除了司法人员本身的素质问题外，长期以来，我国法律中不采纳无罪推定原则，司法人员缺乏无罪推定的法律意识也是重要原因之一。

4. 对有利于被告的探讨。刑事诉讼通常并不发生是否有利被告问题。在案件事实清楚，证据确实、充分的情况下，司法机关能够，而且必须依照法律作出裁判。但刑事诉讼的复杂性告诉我们，司法机关有时会遇到“疑案”。尽管法学界对疑案尚无统一概念，但疑案的存在却是不容置疑的事实。我国的先秦就已注意到了疑案，并提出了对其处理的原则。《尚书》中有“与其杀不辜，宁失不经”的记载，颜师古注曰“辜，罪也；经，常也，言人命至重，治狱宜慎，宁失不常之过，不滥无罪的人，所以宽恕也”。汉朝贾谊对此作了进一步的阐述，“诛赏之慎也，故与其杀不辜也，宁失于有罪也。故夫罪也者，疑则附之去也”。商代是判决“必三刺”，疑狱讯与众共之，众疑赦之”。疑狱在周朝是减轻刑罚，周穆王改为罚金。我国刑法史专家蔡枢衡先生认为，“疑狱包括法疑和事疑两种情况，汉高祖曾令知基层高吏，疑狱可由所属地区上级，中央司法部门和皇帝解决。(《汉书刑法志》) 实际上指法疑，即解决法无明文行为的处罚的问题，景帝中元五年治“诸狱疑者，虽文致于法，而于人心不厌者，辄谳之。”则是指事疑案件。事属虚枉，而予处罚，不论轻重，皆难令人

满意。因之需要集思广益，共同商量。《唐律疏议》规定，“疑罪名依所犯以赎论。”并注曰：“疑”，谓虚实之证等，是非之理均，或事涉疑似，傍无证见，或旁有闻证，事非“疑似之类”。从总体上说，我国历史上对疑罪处理，采取“从有、从轻”原则，疑罪的处理结果，多是一赎了之，实际上并不追究当事人的刑事责任。这在专横暴虐的封建司法制度下，是难能可贵的。清末以后的旧中国，模仿资本主义国家体制，允许法官在证据不能表明被告有罪时，做出无罪判决。蔡枢衡认为，这实际上是对明清不设疑罪规定最彻底的否定，也是虞舜时代“与其杀不辜，宁失不经”原则的最彻底的实现。因而就是疑狱政策历史辩证发展的必然归宿。在当代刑事诉讼中，对疑罪遵循有利被告原则处理，是世界各国的一致做法。犯罪学家菲利指出“根据‘遇有疑义时应有利于被告’这一普通规则而产生的无罪推定原则，显然是建立在真实的基础上的，在审判过程中无疑也是必然遵守的”。从证明责任的角度出发认识疑罪，可以看出疑罪意味着证明主体没有尽到证明责任，尽管实际上司法机关在追究犯罪的过程中，尽到了最大努力，但由于各种客观原因，仍然没有达到法定的证明标准。其结论又回到了原来出发点上，不能证明被告人有罪，就应当推定其为无罪。J·W·塞西尔·特纳在阐述证明责任与有利被告原则之间的关系时说，“控诉人必须运用证据对案情作出起码表面上看来确凿无疑的证明，即必须具备法律所要求具备的，用以证明他所断言的犯罪存在的本质事实”。显然，如果他没有做到这一点，他就没有摆脱一开始就由他来承担的举证责任，相应地，被告人就不需要讲话，法庭因而也一定会作出有利于被告的决定。这就是通常用拉丁格言所表示的“谁主张、谁证明。”

现代各国法律对有利于被告原则都做了肯定性表达。《法国刑事诉讼法典》第170条规定，“预审法官认定指控被告人的依据不充足者，应作出命令，宣布此案停止执行”，“审判前拘留的被告人应予释放”。《奥地利刑事诉讼法》第259条规定，“法庭认为不能证明被告人犯有应由其负责的行为，由法院宣告无罪。”《日本刑事诉讼法》第336条规定，“被告案件不成立犯罪时，或被告犯罪案件没有证明的，应当以裁决宣告无罪”。而且，“凡是无足够证据的，均为无罪”。法律格言说，“仅仅是嫌疑时对被告人有利”。《美国纽约州刑事诉讼法典》第180条规定，“如果没有合理的根据确信该被告人犯任何罪，法院应该驳回重罪控告书，如果被告人在押，应释放他，如果他保释在外，则应免除他的保释。”

从有利于被告出发，实行疑罪从无的原则，有利有弊，但全面衡量，利大于弊。不枉不纵固然是司法的最佳选择，但在疑罪的情况下，从无从轻就是退

而求其次的选择。即令实行有利被告原则，可能放纵了真正的犯罪者，我们仍旧有法补救，在收集到进一步证据，确认其犯罪后，仍旧可以追究其刑事责任，如果放弃了这一原则，伤害了无辜，则只能采取消极补救办法，无法恢复到原来的状态。另外，这一原则还有促使司法机关积极履行自己的职责，防止滥用司法权的意义。“每一个社会均须有保护本身不受犯罪分子危害的手段，社会必须有权逮捕、搜查、监禁那些不法分子，只要这种权力运用适当，这些手段都是自由的保卫者。但是，这种权力也可能被滥用。而假如它被人滥用，那么，任何暴政都甘拜下风。”要防止司法权的滥用，设置一系列原则是必不可少的，有利于被告原则，就要求司法机关的活动必须遵循严格的诉讼程序并在保障被告人合法权益的条件下进行。在诉讼中如果司法机关没有履行自己应负的证明责任，按无罪推定原则，诉讼结果将有利于被告。现代刑事诉讼，尤其我国刑事诉讼的根本课题，就是处理好追究犯罪与保障无辜的关系。正如蒂里切夫指出的，“在各种刑事诉讼关系中，就刑事诉讼调整的方法而论，主要的和最典型的关系是对实现刑事诉讼的任务负有责任的权力机关和刑事被告人之间的关系。在这个法律关系中，鲜明地表现出旨在实现刑事诉讼任务的国家权力基础同个人在刑事诉讼中的权利及其保障相结合。”司法机关行使追究犯罪的权力，必须受到保障无辜的被告人不受刑事追究义务的制约，司法人员必须自觉意识到追究犯罪的权力必须与保障无辜的被告人不受刑事追究的义务保持平衡与和谐。在西方发达国家，资产阶级法律体系经过多年的苦心经营，形成了一套缜密的法律制度，规定了若干滥用权利情况下的补救措施。资产阶级法学家仍然抱怨：“我们保护个人自由的程序是有效的，但防止滥用权力的程序却不那么有效。”而我国，由于历史原因，法制建设起步较晚，法律体系尚不完备，防止滥用权力的程序和原则有待于确立。我国刑事诉讼对无罪推定原则、有利被告原则没有作具体明确的规定（这也是导致理论界长期争论不休的原因之一），司法实践中，对疑罪的处理，由于无法可依，各行其是。有做无罪处理的，也有做有罪处理的，还有不做处理的，即“挂起来”。疑罪按有罪处理，就可能冤枉无辜。即使从轻处理，也只是量的不同，而并非质的区别。将被告人“挂起来”，使其处在“待定”状态，随时准备被追究刑事责任，被告人承受着巨大的心理压力，这是一种近乎残酷的做法。疑罪只有按无罪处理，才符合国家和人民的长远利益，也符合我国刑事诉讼法关于证明责任的立法精神。1989年11月4日，最高人民法院在《关于一审判决宣告无罪的公诉案件如何适用法律问题的批复》中，对疑案的处理作了明确规定。“对于因主要事实不清，证据不足，经多次退查后，检察院仍未查清起诉书中指控的被告

人犯罪事实，并提供足够证据，法院自己调查也无法查证清楚，不能认定有罪的被告人，在判决书中说明情况后，直接宣告无罪。”这一具有法律效力的司法解释，是对立法的重要补充，应当为司法机关所遵守。

（六）刑事诉讼与民事诉讼及行政诉讼证明责任比较

程序法的建立与完善，是法制国家的重要标志之一。当今世界重视法制的国家，都根据程序法的调整对象和范围，分别设立了刑事诉讼程序，民事诉讼程序和行政诉讼程序。作为程序法，三者无疑有许多共同之处，如所遵守的诉讼原则，所设立的程序等。但由于其所服务的实体法不同等因素，三者又存在着显著的差异就证明责任与举证责任而言，三种程序法的不同主要表现在以下两方面：

1. 证明主体不同。刑事诉讼证明责任由公检法机关共同承担。在人类第一个阶级社会——奴隶社会，由于受原始民主遗风的影响，统治阶级尚未认识到犯罪是对社会秩序的挑战，只把犯罪当作公民之间的“私事”。“两造具备师听五辞”表明国家并不主动追究犯罪，只有消极地对犯罪进行仲裁。随着国家向集权主义方向发展，统治者们逐渐认识到犯罪不仅仅侵害了公民个人的权益，更重要的是破坏了社会秩序。正是在这个意义上，马克思指出，犯罪是对统治阶级社会秩序的蔑视。为了保证统治阶级的长治久安，国家对犯罪不再熟视无睹，而是主动予以追究。自此开始，刑事诉讼实际上成为国家诉讼。资产阶级革命后，对封建司法的专横和残酷进行了比较彻底的改革，设立了一系列诉讼原则，旨在妥善解决打击犯罪与保障无辜之间的关系，但并未改变刑事诉讼作为国家诉讼的本质。社会主义国家从建立之日起，就认识到打击惩罚犯罪的重要性，设立了专门的司法机关和诉讼程序。法律赋予了司法机关广泛的职权，同时要求其承担证明责任。公检法机关由于所承担的任务，享有的职权不同，因而其所担负的证明责任在表现形式和具体要求上不尽相同，但这种不同仅是一种法律上的分工，三者都是证明主体则是无疑的。而在民事诉讼和行政诉讼中，证明的主体仅仅是人民法院。因为无论是民事诉讼和行政诉讼，都是两个平等的诉讼主体间的争议。就争议事实而言，虽然，也可能对国家秩序造成某种损害，但更重要的损害了当事人个人的合法权益，正因为如此，国家将控诉权授予个人行使，通常采取较为严格的“不告不理”的原则。法院作为审判机关负证明责任，表明法院必须对其作出的裁判负责。这里笔者不同意下面的说法：在民事诉讼和行政诉讼中，法院是“消极的仲裁者”。笔者认为，法院一旦接受了控告，就以积极的姿态组织诉讼，其职权主义的倾向在民事诉讼和行政诉讼中同样得以体现。法院所承担的证明责任后果表现为，如果法院的

判决没有建立在证据确凿充分的基础上，在理论上其判决必然被推翻，因此，无论审判结果肯定控诉人的主张，还是否定其主张，都必须经过严格的证明。我国民事诉讼法第64条规定“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。”该法第65条规定：“人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。”行政诉讼法第34条规定：“人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。”上述规定表明，人民法院即使在民事诉讼和行政诉讼中，也并非消极参与诉讼，而是以组织者、指挥者和最终裁判者的身份进行诉讼。诚然，法院需要保持中立，但这只是要求法院不能带有任何偏见和感情色彩进入诉讼，就像在刑事诉讼中要首先推定被告人无罪一样，在民事诉讼和行政诉讼中不能先入为主。诉讼的公正性最终将通过法院裁判体现出来，因而其裁判必须以确定、充分的证据为基础。正是考虑到这一点，法律才赋予了人民法院在民事诉讼和行政诉讼中调查和调取证据的职权和全面客观审查、核实证据的职责。2. 举证主体不同。刑事诉讼中举证责任由自诉人、被告人辩护律师承担，被告人通常对实体事实不负举证责任，仅对某些程序法事实负举证责任。而在民事诉讼中，举证责任根据诉讼的不同情况，分别由不同主体承担。原则上，民事原告人对其诉讼请求所依据的事实，有责任提供证据，有独立请求权的第三人如果提起诉讼或加入诉讼，实际上就成为当事人，他对自己的诉讼请求，同样负有举证责任；无独立请求权的第三人，认为案件处理结果与其有法律上的利害关系，从而提出自己的诉讼主张，对其主张所依据的事实，亦有责任提供证据。被告人通常不负举证责任。但在反驳控诉提出诉讼主张的时候，也应承担举证责任。如我国民事诉讼法第123条规定：“从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，应当承担民事责任；如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。”《专利法》第60条第2款规定，“在发生侵权纠纷的时候，如果发明专利是一项产品的制造方法，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品的制造方法，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法的证明”。上述规定表明，被告要想推翻起诉，免除自己的责任，就必须提出相应的证据。诞生于古罗马民诉法中的“谁主张，谁证明”格言，在现代的民事诉讼中仍然具有生命力。同其他法律关系相比较，民事法律关系是最平等的法律关系，不论当事人的社会地位如何，民事交往总是建立在自愿和平等的基础上。纠纷发生后，又以平等的诉讼地位进入诉讼。“谁主张，谁举证”既

是这种平等性的要求，也是这种平等性的反映。而在刑事诉讼中，诉讼地位的不平等是显而易见的。在行政诉讼中，虽然双方当事人诉讼地位平等，但在诉讼前的法律地位并不平等。一方是负有国家行政管理职能的行政机关，一方是被管理者。作为行使国家管理权的行政机关，可以无须经被管理者同意，单方为具体的行政行为。而“先取证，后裁定”是行政机关的既定原则，行政机关作出的任何行政决定或行政处罚，都必定建立在证据确实、充分的基础上。由于管理相对人并不了解行政规定或行政处罚过程或根据，甚至不了解行政裁决的方式，因此，由管理相对人负举证责任是不现实的，也是不合理的。而由做出裁决的行政机关负举证责任是合理的，也是能够做到的。基于上述原因，我国行政诉讼法第 32 条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”需要指出的是，虽然行政机关负有举证责任，但在诉讼开始后，却无权收集证据。行政诉讼法第 33 条规定，“在诉讼过程中，被告人不得自行向原告和证人收集证据。”这一规定旨在要求行政机关将行政行为建立在证据基础上，防止滥用行政权。如果行政机关在作出行政决定或行政处罚之初，就没有对证据的确实性和充分性给予认真考虑，，在诉讼开始后，就不能用“事后证据”进行弥补。因为“事后证据”不仅不能表明行政裁决的合法性，而且恰恰说明当时的行政裁决并没有以证据为基础。行政诉讼立法的目的在于使政府机关的行政管理活动更广泛、更有效地接受人民群众的监督，提高行政机关的工作效率和工作水平，从而使政府行政行为更有权威性。人民法院通过对行为合法性的审查，防止行政机关超越或滥用行政权，保护公民、法人和其他组织的合法权益不受侵犯。如果允许行政机关事后取证，就意味着放纵行政机关滥用职权。

第三节　新刑事审判方式的举证责任

一、新刑事公诉审判方式的举证责任

实行控、辩双方及当事人“当庭举证”，是新刑事审判方式的主要改革内容。在刑事诉讼活动中，控、辩双方及当事人对其指控和请求，应当依法举证。具体地说，公诉人应当庭举出被告人有罪、罪重的证据；辩护人应当庭举出无罪、罪轻的反驳的证据；附带民事诉讼当事人应就自己的主张或反驳当庭举证。举不出证据的，将承担与己不利的后果。因此，控、辩双方及当事人承

担举证责任，实行“当庭举证”，不仅在刑事诉讼中占有重要地位，而且对于充分发挥庭审功能作用，保障诉权和审判权的有效行使，迅速查明案件事实，公正审判案件，具有重要意义。

（一）刑事公诉举证责任的概念及意义

刑事公诉的举证责任，是指在刑事诉讼活动中，对控、辩双方及当事人负有举证，“以证明被告人有罪无罪、重罪轻罪”和举不出证据，将有可能承担不利于控、辩或败诉后果的责任。

举证责任及其意义。刑事公诉的举证责任，从惯例讲，一般是“谁指控，谁举证”、“谁辩护，谁举证”。刑事诉讼的公诉人，指控被告人有罪、重罪或附带民事诉讼的原告人请求某项主张的，则必须举出相应的证据加以证明；辩护人对公诉人的指控、附带民事诉讼被告人对附带民事诉讼原告人的请求也可以举出用以反驳其事实成立的证据。

实行控、辩双方及当事人举证责任，是新刑事（公诉）审判方式“当庭举证”的适用原则，对于保障庭审质量，提高审判水平，扩大审判效果具有积极意义：

其一，使诉权和审判权在诉讼证据制度上的混淆得到解决。根据新《刑事诉讼法》第一百五十七条的规定和“谁主张，谁举证”的原则，在新刑事（公诉）审判方式中实行控、辩双方及当事人当庭举证，该由公诉人证明被告人有罪、罪重的证据，一律由公诉人当庭举出；该由辩护人证明被告人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的证据，一律由辩护人当庭举出；对于附带民事诉讼部分，则由双方当事人及其法定代理、诉讼代理人当庭举出；法律规定由人民法院调查核实的证据，由主审法官有限度地依职权调取，解决法院“包揽查证”等诉权与审判权混淆的问题。

其二，有利于提高审判水平。包括审判效率、庭审质量、诉权行使和处理公正等在内的审判水平，将通过公诉人、辩护人“当庭举证”得到提高。因为控、辨双方及当事人对案情最了解，对所需证据和到哪里去收集最清楚，对为证明自己的指控、辩护或主张、反驳诉讼请求而举证，具有很大的积极性，既保证了控、辩双方及当事人举证权利的充分行使，又加快了审判速度，提高了审判效率，特别是为防止先入为主、主观臆断、法官客观听证和采信证据、处理“公正”奠定了基础。

其三，保障控、辩职能作用的正确发挥。在传统的审判活动方式中，由于主要是法官包揽诉讼，“以审代侦”、“以审代控”、“以审代辩”，特别是辩护人的活动，主要是靠查阅卷宗，往往出现辩护律师与法官讼争的现象，长期形成

了控诉权与审判权混淆、辩护权与审判权混淆的状况，影响了公诉人和辩护人控、辩作用的正确发挥。新刑事审判方式，实行控、辩双方及当事人当庭举证，把辩护人辩护行为的主要基点引导和规范到积极为被告人提供法律援助上来，变过去同法院“对峙”为与对方之间互相举证、质证及讼争，保障了公诉人、辩护人控、辩职能作用的正确发挥。

此外，新刑事审判方式既强化了诉讼主体的诉讼意识，也有效地实行了控、辩、审职能分工明确，不仅充分发挥了公诉人指控证明被告人有罪、重罪或辩护人辩护证明被告人无罪、罪轻的作用，解决了“控审混淆”、“控辩失衡”、“以审代辩”等问题，尤为突出的是会增强群众的法制观念，扩大审判的社会效果。

（二）刑事公诉案件举证责任的分担

举证责任的分担，在新刑事审判方式的“当庭举证”程序中，是指公诉人的指控和附带民事诉讼原告人诉讼请求所主张的事实，辩护人辩护和附带民事诉讼被告人反驳的事实，控、辩双方、附带民事诉讼当事人自行举证与法院调查核实证据的具体分工。具体包括：公诉人指控被告人有罪、重罪，并举证加以证明的责任；辩护人对被告人无罪、罪轻或减轻、免除刑事责任的辩护，并举证加以证明的责任；附带民事诉讼原告人对自己主张，应举证加以证明的责任；附带民事诉讼被告人反驳，并举证加以证明的责任；人民法院依职权调查核实证据的法定责任。

控、辩双方及当事人举证的范围。根据刑事公诉案件的特点，举证责任的范围应依照新《刑事诉讼法》第三十五条、第一百五十七条的规定，从审判实践和刑事公诉案件的具体情况出发，确定其举证范围和内容：

公诉人举证的范围和内容：

1. 证明指控被告人犯罪行为的证据；
2. 证明犯罪行为系被告人所为的证据；
3. 证明被告人身份的证据；
4. 证明被告人犯罪主要事实，包括犯罪的时间、地点、情节、手段、危害、后果、责任等证据；
5. 证明被告人与其他同案犯关系的证据；
6. 证明被告人犯罪行为动机、目的的证据；
7. 证明被告人的犯罪行为构成犯罪的证据；
8. 证明被告人具有法定从重、加重处罚的证据；
9. 证明其他与定罪量刑有关事实的其他证据。

辩护人举证的范围和内容：

1. 证明被告人无罪的证据；

2. 证明被告人罪轻的证据；

3. 证明被告人具有法定或酌定从轻、减轻刑罚的证据；

4. 证明被告人具有免除刑事责任的证据；

5. 证明其他有利于保护被告人合法权益的证据。

附带民事诉讼当事人举证的范围和内容：

1. 证明诉讼请求和反驳“主张”事实是否存在的证据；

2. 证明双方是非曲直的证据；

3. 证明双方过错责任的证据；

4. 证明其他有关事实的证据。

人民法院依职权有限度地调查核实证据的范围和内容：

1. 控、辩双方所举之证相互矛盾的证据；

2. 当事人及其代理人、辩护人申请人民法院调查的证据，但一般情况下检察人员、辩护人应到场；

3. 合议庭认为有疑问的证据。

（三）刑事公诉举证的法律责任

根据新《刑事诉讼法》第三十五条、第一百五十七条的规定，刑事诉讼中就被告人有罪、罪重的指控和无罪、罪轻的辩护以及附带民事诉讼当事人请求主张和反驳事实等成立与否所当庭出示、宣读的证据，即举证。这和“谁主张，谁举证”的原则，是完全一致的。因此，刑事诉讼的公诉人或辩护人，附带民事诉讼的原告人或被告人，在行使诉讼权利的同时，必须承担通过举证以证明其指控、辩护或主张、反驳某一事实的责任。

控、辩双方及当事人的举证责任。这里所说的举证责任，不同于法律中的权利和义务的概念，而是指在刑事诉讼中负有举证责任的控、辩双方及当事人，对自己指控、辩护或主张、反驳的事实，必须通过自己举证加以证明，以供人民法院审理案件时用以证明自己指控或辩护、主张或反驳事实的有利认定；相反，对自己提出的指控或辩护、主张或反驳，提不出足以证明的证据，在人民法院审理案件时，则会出现对自己指控或辩护、主张或反驳事实不利的认定。指控或辩护、主张或反驳，都是刑事诉讼活动中的控、辩双方及当事人，为维护被告人、被害人以及附带民事诉讼原告人、被告人自己的合法权益，提出和要求人民法院认定的事实。具体包括公诉人指控被告人有罪、罪重和辩护人辩护被告人无罪、罪轻和以及附带民事诉讼原告人提出的诉讼请求所

依据的事实，被告人反驳所依据的事实。因此，刑事诉讼控、辩双方及当事人的举证责任，即通过举证对自己的“指控”、“辩护”或“主张”、“反驳”加以证明的责任。

控、辩双方及当事人举证的法律责任。“以事实为根据，以法律为准绳”，既是诉讼和审判的行为准则，也是控、辩双方“谁指控，谁举证”、“谁辩护，谁举证”和附带民事诉讼当事人“谁主张，谁举证”应当遵循的一项根本原则。举证的法律责任，具体应当包括：一是举证真实责任。凡是所举之证，必须合法、客观、真实、可靠，并全部在一审举出，不得伪造、隐匿、毁灭或贿买他人作伪证；否则，将承担法律责任。二是举证时限责任。举证时限问题法律没有明确规定，但必须根据实践加以限制，以防止举证在时间上的随意性。因此，刑事诉讼的当庭举证，一般是指必须在一审庭审调查阶段完整举出，以免发生拖延审期、影响审限等问题。明确举证时限责任，正是新刑事审判方式的改革内容，实行最后举证时限，超过时限举不出证据、或举证不能的后果责任，一律由控、辩双方及当事人承担不能自行收集证据和法院依职权也调取不到证据的情形的责任。在这种情况下，无疑会因“指控”、“辩护”或“主张”、“反驳”的主张事实得不到证明，而承担不利于控、辩或当事人自己的后果。因此，就最终的法律后果而言，对公诉人、被害人和辩护人、被告人或附带民事诉讼的原告人、被告人及其法定代理人、诉讼代理人无论是举不出证据的，还是因客观事实不能举证的，在一审都将承担败诉的责任。

（四）刑事公诉证据的管理规范

刑事公诉证据的管理规范，是指在新刑事审判方式中，对控、辩双方及附带民事诉讼当事人当庭所举之证、证人出庭作证之证、法院调查核实之证的管理的行为准则和办法。

证据管理范围。新刑事审判方式中，其诉讼证据的管理范围包括：

1. 公诉人所举之证。证明被告人有罪、重罪的证据；

2. 辩护人所举之证。证明被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的证据；

3. 附带民事诉讼原告人所举之证。证明原告人主张和请求事实的证据；

4. 附带民事诉讼被告人所举之证。被告人（或其法定代理人、诉讼代理人）反驳原告人主张事实的证据；

5. 证人证言。包括询问证人笔录和证人出庭作证证词；

6. 法院依职权调查核实的证据；

7. 鉴定结论；

8. 勘验、检查笔录；

9. 其他证据。

证据管理行为。证据管理的行为应包括：

1. 案件受理阶段证据的管理行为。

(1) 证据目录的管理；

(2) 证人、鉴定人名单的管理；

(3) 辩护人开庭前不提交证据行为的管理；

(4) 法院开庭前不接受当事人提供的证据行为的管理；

(5) 主审法官庭前不调取附带民事诉讼证据行为的管理。

2. 当庭举证阶段证据的管理行为。

(1) 控方、辩方或附带民事诉讼一方当事人所举之证出示后，交由执庭法警送另一方当事人审验，经审验后由执庭法警送合议庭成员；

(2) 法院依职权调查核实之证，包括鉴定结论、勘验笔录等，由法庭出示、宣读、质证后，直接交合议庭；

(3) 证人证言制作询问笔录，当庭质证后交合议庭；

(4) 证人出庭作证的证词，当庭制作笔录，并记录在卷。

3. 其他阶段证据的管理行为。首先由举证一方提出，经法庭批准，按1、2项办理。

4. 经审判长批准或主审法官同意，当事人可在当庭或庭后查阅证据。

证据管理办法。鉴于公诉案件实行控、辩举证和附带民事诉讼当事人“谁主张，谁举证”的实际情况，规定证据管理办法：

1. 实行证据登记制度。按照举证管理范围，制订证据管理登记表，不论控、辩双方或当事人所举之证，还是法院调取之证，包括证人证言、鉴定结论、勘验笔录等，依序逐证登记清楚，记载详实。

2. 证据管理登记表具体应包括举证人（查证人）、证据名称、内容、类别、页数、合议庭认证结果等内容。

3. 实行为辩护人、当事人开具证据收据手续。对辩护人及附带民事诉讼当事人举出的证据应出具收据，由当事人妥善保管。证据收据应包括：举证人、证据名称、内容、类别、页数等内容。

4. 实行控证移交手续。对公诉人一审当庭所举之证，在闭庭后，合议庭与其办理接交手续。提出上诉或抗诉的，二审合议庭应把证据提供公诉人开庭时使用。再审程序亦同。

证据入卷归档。结案后，主审法官和当庭书记员，应共同核对证据情况，

及时入卷，并按最高人民法院《关于人民法院诉讼文书归档办法》装订归档。同时，应依法作好以下工作：

1. 人民法院对于扣押、冻结在案的被告人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。

2. 依法扣押的货币，有价证券，应当登记写明货币或者有价证券的名称，数额、面额，货币应当存入银行赃款专户，并登记银行存款凭证的名称、内容，入卷备案。

3. 依法扣押的物品，应当登记写明物品名称、型号、规格、数量、重量、质量、成色、纯度、颜色、新旧程度、缺损特征和来源等，入卷备查。

4. 对扣押金银、文物、珠宝、名贵字画以及违禁品，应当及时鉴定。

5. 对扣押的物品应当及时合理作价。

6. 对于被害人的合法财产，被害人明确的，应当及时返还。但须经拍照、鉴定、作价，并在案卷中注明返还的理由，附原物照片、清单和被害人的领取手续。

7. 对作为证据使用的实物，包括作为物证的货币、有价证券等，应当随案移送。开庭审判时，经控、辩双方出示、法庭认证后予以封存、闭庭后与检察机关办理证据交接手续。由移送机关、受案机关共同清点、核对，并由双方经手人在清单上分别签字，对因上诉、抗诉引起第二审程序的，第一审人民法院应当将上述物证移送第二审人民法院并办理证据交接手续。第二审人民法院开庭审理时，由第二审人民法院提供给控、辩双方当庭出示。

8. 下列不宜移送的实物，人民法院受理案件时，案卷内应附有清单、照片或者其他证明文件；需要鉴定的（包括估价），应当附有鉴定结论：

（1）大宗的、不便搬运的物品，由扣押机关开列清单，并附原物照片和封存手续，注明存放地点；

（2）易腐烂、霉变和不易保管的物品，扣押机关变卖处理后，随案移送原物照片、清单、变价处理的凭证（复印）；

（3）违禁品、枪支弹药、易燃易爆物品、剧毒物品及其他危险品，扣押机关依照国家有关规定处理后，随案移送原物照片和清单。

9. 对于人民法院、人民检察院、公安机关扣押、冻结的赃款、赃物及其孳息，由终审的人民法院依照作出的生效的法律文书进行处理，除依法返还被害人的以外，应当一律没收后，上缴国库。

二、新刑事自诉审判方式的举证责任

实行当事人“当庭举证”，是新刑事（自诉）审判方式的主要改革内容。

在刑事自诉活动中，当事人对其控诉和请求，应当依法举证。具体来说，自诉人应当庭举出被告人有罪、罪重的证据，而被告人也可以举出无罪、罪轻的反驳的证据。举不出证据的，将承担与己不利的后果。因此，当事人承担举证责任，实行“当庭举证”，不仅在刑事自诉中占有重要地位，而且对于充分发挥庭审功能作用，保障诉权和审判权的有效行使，迅速查明案件事实，公正审判案件，具有重要意义。

（一）刑事自诉举证责任的概念及意义

刑事自诉的举证责任，是指在刑事自诉活动中，对当事人负有举证“以证明案件事实”和举不出证据，将有可能承担败诉的不利后果的责任。

举证责任及其意义。刑事自诉的举证责任，从惯例讲，一般是“谁主张，谁举证”。刑事自诉案件的自诉人，指控被告人有罪或请求某项主张的，则必须举出相应的证据加以证明；被告人反诉的，同样也必须承担证明自己反诉成立的举证责任。同时，被告人对自诉人的指控、自诉人对被告人的反诉，也可以举出用以反驳其事实成立的证据。

实行刑事自诉当事人举证责任，是新刑事（自诉）审判方式“当庭举证”的适用原则，对于保障庭审质量，提高审判水平，扩大审判效果具有积极意义：

其一，使诉权和审判权在诉讼证据制度上的混淆得到解决。根据《刑事诉讼法》的规定和“谁主张，谁举证”的原则。在新刑事（自诉）审判方式中实行刑事自诉案件的自诉人、被告人当庭举证，该由当事人举的证据，一律由当事人当庭举出；法律规定由人民法院收集的证据，由主审法官有限度地依职权调取，解决法院“包揽查证”等诉权与审判权混淆的问题。

其二，有利于提高审判水平。包括审判效率、庭审质量，诉权行使和处理公正等在内的审判水平，将通过自诉人、被告人“当庭举证”得到提高。因为当事人对案情最了解，对所需证据和到哪里去收集最清楚，对为证明自己的指控或诉讼请求而举证，具有极大的积极性，既保证了当事人举证权利的充分行使，又加快了审判速度，提高了审判效率，特别是为防止先入为主、主观臆断、法官客观听证和采信证据、处理“公正”奠定了基础。

其三，保障律师诉讼代理作用的正确发挥。在传统的审判活动方式中，由于律师的诉讼代理活动，主要是靠查阅法院“包揽查证”的卷宗，往往出现律师与法官讼争的现象，造成代理权与审判权混淆的状况，影响了律师诉讼代理作用的正确发挥。新刑事（自诉）审判方式，实行当事人当庭举证，把律师诉讼代理行为的主要基点引导和规范到积极为被代理人查证，变过去同法院“对

峙”为与对方当事人之间互相举证、质证及讼争，发挥了律师诉讼代理的应有作用。

此外，强化了当事人的诉讼意识，减少不必要的讼争，增强了群众的法制观念，扩大了审判的社会效果。

（二）刑事自诉举证责任的分担

举证责任的分担，在新刑事（自诉）审判方式的“当庭举证”程序中，是指刑事自诉人的指控和诉讼请求所主张的事实，当事人自行举证与法院查证的具体分工。他包括：自诉人指控被告人有罪，并举证加以证明的责任；自诉人主张某项请求，并对其事实加以证明的责任；被告人反诉，并举证加以证明其反诉成立的责任，也应含有被告人反驳指控事实举证加以证明的责任；自诉人反驳被告人反诉事实成立，举证加以证明的责任；人民法院依职权调取证据的法定责任。

当事人举证的范围。根据刑事自诉案件的特点，举证责任的原则是“谁主张，谁举证”；举证责任的法律根据是新《刑事诉讼法》第一百七十条的规定；从实践和刑事自诉案件的具体情况看，自诉人最具有举证的便利条件，而且在自诉案件中自诉人必须举证。其具体内容：

1. 证明被告人自然情况的证据；
2. 证明被告人犯罪的主要事实，包括犯罪的时间、地点、情节、手段、危害、后果、责任等证据；
3. 证明被害人陈述的其他证据（应根据各类案件的具体范围而定）；
4. 证据线索；
5. 证人；
6. 其他。

人民法院依职权调取证据的范围。对于涉及国家秘密的；个人隐私、阴私（如个人存款、欠债、疾病、夫妻关系、家庭关系）的；个人身份、名誉的；专门性问题（如：证明案件事实或程度的物证、现场勘验、司法鉴定等证据）的；当事人之间所举之证相互矛盾、真伪难辨、不能认定的；证人因故不能出庭作证要求当面向法院陈述事实或法院认为应当询问证人的；当事人年迈体弱又无经济能力请诉讼代理人的；法院认为审理案件需要调取其他证据的，等等。

（三）当事人举证的法律责任

根据新《刑事诉讼法》第一百七十条、第一百七十一条的有关规定，刑事

自诉案件的自诉人，应对自己的指控或请求补充证据，即举证。这和“谁主张，谁举证”的原则，是完全一致的。因此，刑事自诉案件的自诉人或反诉的被告人，在行使诉讼权利的同时，必须承担通过举证以证明其指控事实或某项诉讼请求的责任。

刑事自诉当事人的举证责任。这里所说当事人的举证责任，不同于法律中的权利和义务的概念，而是指在刑事自诉中负有举证责任的当事人，对自己提出的主张，必须通过自己举证加以证明，以供人民法院审理案件用以证明自己主张事实的有利认定；相反，对自己提出的主张，提不出足以证明的证据，在人民法院审理案件时，则会出现对自己主张事实不利的认定。主张，就是刑事自诉活动中的当事人，为维护自己的合法权益，提出和要求人民法院认定的事实。具体包括自诉人指控被告人有罪和提出的诉讼请求所依据的事实，被告答辩、反驳和反诉所依据的事实。因此，刑事自诉当事人的举证责任，即通过举证对自己的“指控”、“主张”加以证明的责任。

当事人举证的法律责任。“以事实为根据，以法律为准则”，既是诉讼和审判的行为准则，也是当事人“谁主张，谁举证”应当遵循的一项根本原则。当事人举证的法律责任，具体应当包括：一是举证真实责任。凡是所举之证，必须合法、客观、真实、可靠，并全部在一审举出，不得伪造、隐匿、毁灭或贿卖他人作伪证；否则，将承担法律责任。二是举证时限（附带民事部分，刑事部分除外）责任。举证时限问题法律没有明确规定，因而导致了当事人举证在时间上的随意性。比如可在“当庭举证”阶段、裁判前任何阶段、乃至无限期地举证，也可能一审、二审、再审时举证，必然出现拖延审期、影响审限、裁判在审级中反复变更等问题。明确举证时限责任，正是新刑事（自诉）审判方式的改革内容，实行最后举证时限，超过时限举不出证据、故意有证不举或举证不能的后果责任，一律由当事人自负。三是举证不能的责任。“不能”，是指当事人因客观原因不能自行收集证据和法院依职权也收集不到证据的情形。在这种情况下，无疑会因所主张的事实得不到证明，而承担不利于自己的后果。因此，就最终的法律后果而言，对当事人无论是举不出的证据，包括不能举证的客观事实，还是有证故意不举的，在一审都将承担败诉的责任。

（四）刑事自诉诉讼证据的管理规范

刑事自诉诉讼证据的管理规范，是指在新刑事（自诉）审判方式中，对当事人当庭所举之证、证人陈述之证、法院调取之证的管理的行为准则和办法。

证据管理范围。新刑事（自诉）审判方式中，其诉讼证据的管理范围包括：

1. 当事人所举证据。(1) 证明自诉人指控被告人有罪、主张某项请求的事实或反驳被告人反诉事实的证据；(2) 证明被告人反驳自诉人指控有罪、重罪事实或反诉主张的证据；(3) 证明不履行法定或约定义务的证据；(4) 其他证据。

2. 证人证言。(1) 询问证人笔录；(2) 证人出庭作证证词。

3. 法院依职权调取的证据。(1) 有关国家秘密的证据；(2) 有关商业秘密的证据；(3) 有关个人隐私、阴私的证据；(4) 核查当事人证据的证据；(5) 当事人无能力收集的证据；(6) 委托的专门性技术鉴定；(7) 其他证据。

4. 鉴定结论。

5. 勘验笔录。

6. 其他方面。

证据管理行为。证据管理的行为应包括：

1. 案件受理阶段证据的管理行为。(1) 发送“当事人举证须知”的管理；(2) 指导和告知当事人如何适应新刑事自诉审判方式“当庭举证”需要的管理；(3) 当事人开庭前不提交证据；(4) 法院开庭前不接受当事人提供的证据；(5) 主审法官调取法律规定应由法院调取的证据。

2. 当庭举证阶段证据的管理行为。(1) 一方当事人所举之证出示后，交由执庭法警送另一方当事人审验，经审验后由执庭法警送合议庭成员；(2) 法院依职权调取之证，包括鉴定结论、勘验笔录等，由法庭出示、宣读、质证后，直接交合议庭；(3) 证人证言制作询问笔录，当庭质证后交合议庭；(4) 证人出庭作证的证词，当庭制作笔录，并记录在卷。

3. 其他阶段证据的管理行为。首先由举证一方提出，经法庭批准，按 (1)、(2) 项办理。

4. 经审判长批准或主审法官同意，当事人可在当庭或庭后查阅证据。

证据管理办法。建立证据登记制度。按照举证管理范围，制订证据管理登记表，不论当事人所举之证，还是法院调取之证，包括证人证言、鉴定结论、勘验笔录等，依序逐证登记清楚，记载详实。证据管理登记表应包括举证人(查证人)、证据名称、内容、类别、页数、合议庭认证结果等内容；实行为当事人开具证据收据手续。对当事人举出的证据应出具收据，由当事人妥善保管。证据收据应包括：举证人、证据名称、内容、类别、页数等内容。

证据入卷归档。结案后，主审法官和当庭书记员，应共同核对证据情况，及时入卷，并按最高人民法院《关于人民法院诉讼文书归档办法》装订归档。

第四节　证明要求

一、证明的一般要求

（一）证明要求的概念

证明要求是指在刑事诉讼中运用证据证明控诉事实所应达到的标准和程度。刑事诉讼以解决被告人的刑事责任为内容。被告人是否应当承担刑事责任，承担什么样的刑事责任，是以控诉事实是否成立为前提的。而控诉事实能否成立必须用证据予以证明。为了保证证明结果的客观性和真实性，使刑事诉讼客观公正地进行，法律规定了证明要求。在刑事诉讼中，人民法院是在充分考虑控辩双方所提出的事实和证据的基础上，对案件进行处理的。因此，辩护方所提出的事实也应当予以证明。但是，辩护是针对控诉而言的，是对控诉事实的反驳，其目的在于阻止法院认定控诉事实，因而，法律只是就控诉事实的证明要求作了明确的规定。

证明要求是对证明结果的评价，是法律关于证明结果所作的各种要求的总称。它包括证明标准和证明程度两方面的内容。

刑事诉讼中的证明是运用证据证明案件事实的活动，证明活动是否达到了目的，是否证明了所要证明的对象，需要有一定的标准来衡量。这种衡量证明活动是否达到目的的标准，就是法律所规定的证明标准。换言之，证明标准就是法律要求在诉讼中运用证据证明控诉事实所应达到的最低界限。

证明程度是与证明标准有密切联系的概念。它是指在诉讼中运用证据证明控诉事实所应当达到的程度。从实质上看，证明程度也是衡量证明活动是否达到目的的标准。同理，证明标准所涉及的主要是满足证明要求的最低界限。从诉讼的角度来看，证明标准具有统一性，它毫无例外地适用于所有刑事案件；而证明程度所涉及的主要是满足证明要求的大小问题，也是对证明标准所作的进一步评价。在司法实践中，由于证明事项、案件的性质等不同，证明所应达到的程度不可能是同一的。

证明标准和证明程度都是对证明结果的价值评价。它们结合在一起就构成了一个完整的价值评价体系。科学地规定证明标准和证明程度，对于保证办案质量，提高办案效率，准确地惩罚犯罪，保障无罪的人不受刑事追究具有重要的意义。

（二）外国刑事诉讼中关于证明要求的规定

这里所说的外国主要是指西方资本主义国家。由于存在着两大法系的区别，因此，下面就英美法系的和大陆法系国家关于证明标准和证明程度的规定分别进行介绍。

在英美法系国家，传统的证明标准有两条，一是民事案件中的证明标准，称之为盖然性优势的证明（Proof on a balance of probabilities），二是刑事案件中的证明标准，即所谓无合理怀疑的证明（Beyond reasonable doubt）。关于无合理怀疑，英国的丹宁法官在米勒诉国家保险与恤金部长一案中指出："无合理怀疑并非意味着毫无怀疑，……如果证据对某人非常不利，有利的可能性甚微，则这点可能性亦可由判决：'当然，它是可能的，但一点也不确实的'所消除了。案件可以无可怀疑地予以证明。但是，未达到无合理的怀疑的充分程度便不足以证明。"也有的学者试图从相反的角度来解释无合理怀疑的标准。如英国学者塞西尔·特纳指出："所谓合理的怀疑，指的是陪审员对控告的事实缺乏道德上的确信，对有罪判决的可靠性没有把握时所存在的心理状态。"可见，无合理怀疑是法官对控诉事实所得出的一种纯主观的结论，并不意味着对所认定的犯罪事实没有任何的怀疑，只不过是怀疑比较微弱，无罪的可能性甚微罢了。尽管刑事诉讼中的证明标准只有一个，但在英美法系的司法实践中，不同性质的案件其证明程度仍有区别。英国的布鲁厄姆勋爵在为卡罗琳王后进行辩护时，曾形象地说明了这一问题。他说："摆在我们面前的这些证据，即使用来证明一笔债务，也是很不充分的；凭它来剥夺一种民事权利，是显然不行的；凭它来认定一件微小的罪行，是荒唐可笑的；凭它来证明一件要重的罪行，是荒诞可耻的；凭它来诋毁英国王后的名誉，则是荒谬绝伦的。"

大陆法系国家，从自由心证的原理出发，将法官的"内心确信"作为刑事诉讼的证明标准。例如，法国1959年颁布的刑事诉讼法第353条规定："法律不计较法官以何种方式认定事实，法律不规定必须具备充足证据的规则，法律仅要求法官沉默深思，本着良心，诚实地推求已提出的对被告人不利的证据和他的辩护理由，明确他们理智上产生的印象，法律仅向法官提出这样一个问题："你形成内心确信了吗？此即法官的全部责任所在。"那么，什么是"内心确信"呢？内心确信实际上是法官的一种心理状态，这种心理状态是法官在对案件中的证据进行审查后，依据其"理性"和"良心"所得出的一种主观认识。正如俄国法学家福尼次所言"除了理性的指示和良心的感悟之外，心证不知有其他的规律。"

从上述介绍可见，英美法系和大陆法系虽然在用语上有一定的区别，但其

证明标准都是主观的。无论是“无合理怀疑”还是“内心确信”，都是法官对证明结果的主观认识。

（三）我国刑事诉讼法关于证明要求的规定

我国诉讼法学界在论及证明程度时，一般未经证明任务、证明标准和证明程度加以区别，而把它们视为同义语。我们认为，将三者混同起来，特别是将证明标准和证明程度不加区别，不利于深化对证明要求的认识，也不利于对证明结果进行准确的评价。诉讼中的证明要求，可分为两大类，即实体事实的证明要求和程序事实的证明要求。

1. 实体事实的证明要求

根据刑事诉讼法的规定，我国刑事诉讼中证明的要求是：事实清楚，证据确实、充分。所谓事实清楚，是指与定罪量刑有关的事实和情节都必须有。其中主要包括：犯罪的主体、动机、目的、时间、地点、手段、结果等。所谓证据确实，是指据以定案的证据必须经查证属实并与案件有客观的联系。所谓证据充分，则是指对定罪量刑有意义的事实均有相应的证据予以证明。

事实清楚，证据确实、充分，是刑事诉讼法对证明结果的基本要求。或者说，它是司法机关认定犯罪事实所必须达到的最低要求。如果事实不清，或者证据不确实、不充分，就不能认定被告人有罪和处以刑罚。

然而，事实清楚，证据确实、充分，毕竟是一个比较抽象的概念，在解释上仍留有较大的幅度，这就在客观上要求证明程度将其具体化。我国刑事诉讼法对于证明程度没有作具体的规定。我们认为从准确、及时地进行刑事诉讼这一基本要求出发，在坚持证明标准的前提下，对不同性质的案件应当有不同的证明程度。一般来说，性质较轻，社会影响较小的案件，其证明程度要高。同时，对于同一案件来说，主要事实的证明程度应当高于次要事实的证明程度。

2. 程序事实的证明要求

程序事实是指适用程序法有意义的事实。在刑事诉讼中，程序事实一般由司法机关依职权加以认定。但当程序事实发生争议时，就成为诉讼中应予证明的事实，也就产生了证明要求的问题。

虽然，查明程序事实对于保证刑事诉讼客观、公正地进行具有重要的意义，但与案件的实体事实相比不能不说处于次要的地位。发生争议的程序事实往往涉及到被告人的人权保障问题，因而在确定程序事实的证明要求时，应当从有利于保障被告人合法权益的角度认真考虑。一般来说，确定证据程度的高低时应当考虑两个因素：其一，重要的程序事实其证明程度要高，而次要的程序事实则证明程度低。其二，是否有利于保护被告人的合法权益。

二、不同诉讼阶段的证明要求

事实清楚，证据确实、充分，是刑事诉讼法对最终证明结果的总的评价标准。然而，证明活动是随着诉讼的不断发展而不断深化的。与诉讼阶段相联系，刑事诉讼法对不同阶段的证明有不同的要求。

（一）立案阶段的证明要求

立案是刑事诉讼的开始，是刑事诉讼的第一个阶段。这一阶段司法机关的任务是对立案材料审查，以决定是否作为刑事案件进行侦查或审判。与这一任务相联系，刑事诉讼法就立案的证明标准作了原则的规定。

刑事诉讼法第86条规定，人民法院、人民检察院、公安机关认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案。据此，立案阶段的证明标准是：根据已获得的材料，司法机关认为有需要追究刑事责任的犯罪事实发生。考虑到立案仅仅是刑事诉讼的开始，在大多数情况下，这里所谓的犯罪事实，实际上仅仅是指犯罪的客观方面的事实。而且，在通常情况下，只要有证据证明发生了一定的犯罪结果的事实，就可以认为犯罪事实已经发生。当然，从证明程度上看，因案件的具体情况不同，对犯罪事实的要求也不同。由于立案活动直接关系到是否开始侦查或审判，因而，对具有较大社会危害性的事实比社会危害性较小的事实所要达到的证明程度要低一些。

（二）侦查、提起公诉阶段的证明要求

侦查和提起公诉是两个既相互独立又互相联系的诉讼阶段。说它们是独立的，是因为它们都有各自的诉讼任务，诉讼形式，特定的诉讼法律关系和不同的终结性诉讼文件。说它们是互相联系的，是因为它们是刑事诉讼前后相继的两个阶段，它们各自的诉讼任务都必须服从刑事诉讼法的总任务。从实质上看，侦查阶段实际上是提起公诉的准备阶段。基于以上认识，在证明要求上，侦查和提起公诉应当是同一的。

刑事诉讼法第137条规定："人民检察院审查案件的时候，必须查明：(1)犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪的性质和罪名的认定是否正确；(2)有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人；(3)是否属于不应追究刑事责任的……。"刑事诉讼法第141条的规定："人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉。"可见，侦查阶段和提起公诉阶段，对于需要追究刑事责任的犯罪事实，都必须达到人民检察

院认为犯罪事实已经查清，证据确实、充分的证明要求。必须强调的是，法律只要求人民检察院“认为”犯罪事实已经查清，证据确实、充分。而“认为”实际上只是人民检察院通过审查起诉，对案件事实所作出的主观结论。法律之所以这样规定，是因为诉讼尚在进行，其决定性阶段尚未开始，侦查、起诉阶段的证明结果还有待于审判阶段进一步的深化。因此，法律仅从人民检察院履行职责的角度出发，就证明的要求作出原则性的规定。

（三）审判阶段的证明要求

审判是刑事诉讼的决定性阶段，其任务是通过审理公诉与自诉，全面查清案件事实，对被告人是否有罪，犯的什么罪，应否处以刑罚以及处以什么刑罚，作出实质性的处理。可见，这一阶段是解决被告人刑事责任的最后阶段。正因如此，法律对证明结果提出了更高的要求。即对于指控事实的认定，必须达到事实清楚，证据确实、充分，没有任何合理怀疑的可能性。

这里所谓事实清楚，证据确实、充分，无任何合理怀疑，它究竟是人民法院的主观认识，还是法律的客观要求呢？与西方国家的“无合理怀疑”和“内信确信”的证明标准又有什么区别呢？这是正确理解这一标准所必须明确的问题。我们首先必须承认，证明活动是人的一种认识活动，证明结果实际上就是人们通过证明活动对证明对象所得出的主观结论。从这个角度来说，事实清楚，证据确实、充分，无任何合理怀疑的标准是主观的。但是，从辩证唯物主义认识论的立场出发，我国刑事诉讼法在强调发挥司法人员主观能动性的同时，也强调司法人员的主观认识必须正确地反映客观事物的本来面貌。因此，对控诉事实所产生的无任何合理怀疑的认识结论，必须有客观的基础。而西方国家所谓的“无合理怀疑”和“内心确信”，除了抽象的“理性”和“良心”之外，没有任何限制，并不要求法官的主观认识客观地反映案件事实。正如德国法学家葛拉泽尔所言，“确信只能构成对他自己的真实，构成主观的真实，无论如何不能是客观的真实”。这是我国审判阶段的证明要求与西方资本主义国家的证明要求的本质区别所在。

三、反对被迫自证有罪

反对被迫自证有罪的权利（Privilege A - gainst Self - incriminalion）是经过长期的历史衍生而来的当代刑事诉讼中一项最为重要的权利法则。其观念渊源最早可以追溯至古老的一句格言“人民不自我控告”（nemo tenetor prodereor ac - cuareseipsum）。16 世纪，英国宗教法庭（ecclesias - ticas courts）在审理异端案件时，这一古老的法则最先作为辩护理由用于对抗宗教法庭，不人道的审讯方

法。从此，反对被迫自证有罪的权利逐步确立了其基本形态并为近代刑事诉讼所采纳。特别是美国将其进行移植之后，此项制度得到了极大发展。美国宪法第5修正案将其上升为宪法原则，明文规定在任何案件中，不得强迫任何人自证其罪，将其作为公民一项宪法权利进行保障。同时，美国联邦最高法院为制止司法机关采取违反宪法此项权利的手段取得有罪供述，陆续制定了一系列的证据规则。反对被迫自证有罪的权利业已或正在成为世界众多国家刑事诉讼构造中具有明显价值取向的制度。

（一）反对被迫自证有罪权利的特征分析

反对被迫自证有罪权利是一定范围内刑事诉讼参加人拥有不得被强迫提供自陷于罪的证据的权利。其因被使用暴力、强制或其他非法手段而进行的陈述、坦白或承认，可能导致自我归罪的，则有权拒绝提供自己所知道的事实或证言，由此作出的有关案件事实的言论，亦不能用来作为证据。《布莱克法律大词典》将此项权利解释为："反对被迫自证有罪之权利源于美国宪法第5修正案以及其州宪法。该权利要求政府在查证罪案时，不能将被告人提供的反对自身的证言来针对被告人。然而其仅仅保护言词证据，而不保护诸如指纹、笔迹之类的实物证据。因此在审判过程中抑或是陪审团听证和调查过程中，使被告人违背自愿原则而被迫作出的证据均归于无效。但是当被告人自愿改变态度后，其权利是可以放弃的。"就理论本身进行分析，反对被迫自证有罪的权利具有以下几个方面的特征。

1. 它的主体具有限定性。纵观各国法律与判例，其权利主体主要包括两类：（1）犯罪嫌疑人或被告人（被指控人）。此类主体从初次被关押起就享有了此项权利，在英美法系中，如果没有刑事诉讼或没有被告人，只是大陪审团的调查或立法、行政机关的调查，被调查人不享有此项特权，这一点与证人作为主体的权利内容是不同的；（2）证人。此类主体享有权利的外延较广泛，不仅适用于民事诉讼、大陪审团调查等诉讼程序，而且适用于立法、行政机关等一切广泛的听证、调查和询问程序中被召唤作证的人。此外，这种权利是针对自然人设定的，法人或非法人团体、组织没有资格使用反对自证有罪的权利。需要注意的是，团体、组织中的个体工作人员，只要被要求提供的证据是其组织的资料，尽管其有信守秘密的义务或者可能导致自我归罪，也不得以此权利作为辩护理由，因为这些记录并非是显示其个体人格的资料。

2. 它是一项非常人格化的刑事诉讼权利。这与英国刑事诉讼中的 Crown Privilege（政府特权或王室特权）存在着十分明显的区别。所谓 Crown Privilege 是指政府拥有绝对权利得以以违反国家利益为由，拒绝提供有关文件由法庭进

行查阅、质询。假如政府提交的特权申请的主体不是政府机构，则法庭在审理有关案件时仍然得以应用其文件。这一特权的渊源、性质以及所保护的客体均与反对被迫自证有罪的权利不同。后者权利保护的核心在于犯罪嫌疑人、被告人自白的任意性、自愿性和合法性。因此，其构成自白证据排除法则的前提和权利渊源，在程序的正当中保障了犯罪嫌疑人、被告人的权利；而前者则注重在程序的正当中保护政府的利益。最为重要的，后者任意性意味着权利主体可以依据自治意志进行主张、行使或者放弃，而前者则在许多场合中表现出近乎于一种政府的义务，与意志自由相去甚远。

3. 它涉及的证据仅限于言词证据。因为此项权利与刑事诉讼中的沉默原则、直接言词原则、任意原则直接关联，所以言词以外的实物证据则被排除。例如采用一定的手段使被告人接受合理的精神或身体检查（诸如提取指纹、血样等），均不受此项权利的限制。

4. 它的内容具有多重性并且可以放弃。此权利不是仅局限于因受到犯罪指控而被提交的判决的反对权，而且还包括被指控者在审理之前被迫提交的反对其自身的各种证据的反对权（此类证据可以支持对他的犯罪指控及有罪判决）。从归罪证据作用的角度分析，其权利内容可包括反对提供犯罪事实线索的权利、反对供述犯罪事实的权利以及反对提供加重情节的权利。另外，作为诉讼构造的组成部分，其内容与结构的多重性与违法证据、自白证据又是相一致的，但作为一项权利，二者之间无论独立关系主体还是性质、目的的差异是十分明显的。

（二）反对强迫自证有罪权利的诉讼构造分析

在现代刑事诉讼的权利与规则中，反对被迫自证有罪的权利是一项特点鲜明并在世界各国具有广泛影响的制度。但是，由于各国法律传统的差异性，使得各国对此项规则规定的模式及其内容带有自身的一些特点。它既作为公民的一项基本刑事权利体现在基本法之中，同时又得以作为刑事权利或证据法则体现在刑事诉讼的规则或案例中。英美法系国家对此项权利的设定显示出有序的层次性。其具体体现在：

1. 它首先表现为一种宪法性权利。在英美等国，公民的许多基本刑事诉讼权利上升到了宪法的高度，寻得了宪法的保护。例如美国联邦宪法第 5 修正案规定“任何人……不得被强迫在任何刑事诉讼中作为反对他自己的证人。”此即反对被迫自证有罪权利的宪法依据。美国联邦宪法第 14 修正案又随之规定，各州不得制定剥夺公民这特权与豁免权的法律，对于确认被告必须达到排除合理怀疑的程度。从而解决了适用该项权利时各州法律之间及其与联邦之间

可能存在的冲突问题。

2. 证据成文具体规定了这项权利。英美法系的国家大多没有成文的刑事诉讼法典，但在大量是判例的基础上制定了较为详细的规则、法例。反对被迫自证有罪的权利即被设立在《刑事证据规则》（美），《刑事证据条例》（美），《证据条件》（英），《刑事诉讼条例》（英）等法例之中。例如英国《刑事诉讼条例》规定，证人拒答权利分为自陷于罪特权、婚姻特权以及法令职业特权等，其中自陷于罪的特权是指证人如果回答了该问题就会自我归罪，则其可以拒绝回答，法庭虽然可以根据案情决定是否允许，但在一般情况下，不得强迫证人作答。

3. 通过判例对这项权利进行修改、补充，派生出许多证据规则。其中最为著名的是 Miranda 原则。由于证据往往与刑事追诉的可能性联系在一起的，刑事追诉的可能性又与保障社会安全密切相关。因此，依据现实需要，判例对权利的修正分别作了扩展或限制的固定，为刻板的法例条文提供了伸缩的现实可行性，从而使反对自证有罪的权利规则愈加趋于成熟。

大陆法系对反对自证有罪权利的规定表现出以成文法典为核心的模式及特点。具体表现在：部分国家基本法或宪法的直接与间接的规定是此项权利的渊源。例如《德国基本法》第 1、2、20 条指出，任何人都没有协助证明自己实施了犯罪行为的义务。《日本宪法》第 38 条规定："不得强迫任何人作对自己不利的供述。"此外，欧洲联盟国家与 1950 年颁布的《保护人权与基本自由公约》（即《欧洲人权公约》）也体现了这一规则。由于公约效力高于各国国内法律（如《法国宪法》第 55 条之规定），从而使得该项权利国际化了；刑事诉讼法典对反对被迫自证有罪的权利从诉讼过程中的诉讼权利以及证据规则等环节上作了具体规定。如 1994 年 10 月修改颁布的《德国刑事诉讼法》第 136 条第一款（询问被告人）、第 163 条第 3.4 款（公诉之准备）、第 193 条第 4 款（审判）均规定了被告人的沉默权以及必须告知其享有沉默权，从而免除了被告人自证有罪的责任。1988 年 9 月重新起草、制定的《意大利刑事诉讼法》对此则表达得更为详尽。该法第 63 条规定，如果未受到控告或未接受调查的人员在司法机关以及司法警察面前进行了陈述，而该陈述表明其具有犯罪嫌疑，那么，有关的诉讼机关应当中断询问并告知其可能因此而受到调查，告知其以前所作的陈述不得用来作为认定对被询问人进行指控的证据。反对自证有罪权利的其他补充方式，因各国刑事诉讼构造的不同，其补充形式也各不相同。日本因为二战以后受到英美法系的影响，其规则方式及规则内容更多地反映了两大法系融合的特点，德国作为联邦制国家，各州存在着相对独立的法律，为保持

法律适用的整体性与连续性，判断与例外规则均有较多的适用。

（三）反对被迫自证有罪权利的诉讼价值分析

反对被迫自证有罪的权利作为一项诉讼制度，自形成以来，不断地在司法实践中被提及、争议、修正，其实质是如何理解诉讼目的问题。在诉讼过程中，人们希望实现的并非绝对是法律通过强力维持社会秩序的功能，“同时还希望法律能够促进公平，即使法律能够减少暴力行为，人们也希望它在公平的基础上加以适用”。这种价值取向的差异在刑事诉讼中演化为对实体真实（犯罪控制）和程序正当的取舍。在此，我们不妨将其作为实现诉讼效益最大化的目的。所谓诉讼效益最大化，是指在诉讼过程中，由于存在着不稳定的利益系统，各个利益系统追求的诉讼目的不同，该诉讼无法同时满足各类利益主体的需要，无法使各个系统同时走向有序安排。因此，其价值冲突便不可避免，而诉讼的结果只能是在某项利益得到较为完整体现的前提下，最大限度地兼顾其他系统的利益。最终得以实现的只能是最大程度的公平。诉讼效益最大化的契合集中在反对被迫自证有罪的权利制度中。西方诉讼理论中的权衡原则（Grundsatzder Verhaltnismaikeit）最初的司法渊源正是法律规定的此项特权。在1964年德国联邦法院审理哈根案中，认为被告人日记属于被告人内心领域，违背其本意将其用作证据是不合适的，因而撤销了该项原判。其依据就是此项宪法特权，但由此确立起来的则是刑事诉讼中的权衡原则。

应当看到，诉讼效益的最大化是各国刑事诉讼致力追求的目标。但由于历史背景、诉讼文化、诉讼价值以及诉讼构造等方面的差别，由此衍生出各国立法及学者对诉讼效益定位的差异。一些国家学者认为，“法院如果十分注重程序中的不适格行为，有罪的被告就会被作为无罪。这是从社会功利主义出发得出的结论，其本身是为了更大的社会正义实现的目的”。某些国家的学者甚至走得更远，如日本诉讼学者谷口安平就曾明确提出“程序乃实体之母”。在极为注重程序正当性的理论中，往往倾向于对反对被迫自证有罪权利的扩张解释。而较为温和的理论则对这项权利提出了相对严格的限制。后者尽管在限制程度上存在着相对严格的限制。后者尽管在限制程度上存在着差别，但在当今的刑事诉讼中则表现得相对较为稳健，比前一种理论更富有现实性。前文提及的权衡法则即规定，对于重大的犯罪，根据社会功利的要求，个人的某些权利应当作让步。在此情形下，反对被迫自证有罪的权利将不足以作为上诉的理由。

反对被迫自证有罪的权利因违法证据排除法而得到修正。我国学者李心鉴在其所著的《刑事诉讼构造论》中提出，美国自白排除法则表现为“三进三

出"，其背景与实质便是权能观念的嬗变导致自白排除内容得到拓宽或限制。与之相承，权利内容则由此而被修订。1984 年美国联邦法院针对证据过分强调程序正当所产生的犯罪指控的不足，确立了违法证据排除法则的两项例外："最终必将发现的例外"，"善意例外"。前者是指即使司法官员不采取违法手段收集被告人有罪的证据，其证据最终或必然将被发现。只要起诉方能够证明这一结果，非法证据就不应被排除；后者是指只要非法搜查是"善意"的，其获取的证据就应从非法证据中加以排除。以上两项例外是针对违法证据排除法则的，但同时也适用于自白排除法则。这就对构成反对被迫自证有罪的权利的 Miranda 法则的适用范围进行了限制。此外，1968 年 Ominibud Crime Control and Safe Street Act 中，规定自白只要是任意的，即具有证据效力，未提及 Mmairanda 法则中的其他权利，事实上也削弱了原来存在的反对被迫自证有罪权利的条件和内容。

辩诉交易的出现对反对被迫自证有罪权利的放弃同样起到了疏浅作用。自美国 1971 年联邦最高法院对 Santoubaler 一案最终消除了辩诉交易是否合法产生的疑虑后，被告人自认有罪的情况越来越多，而检察官也将许多较为严重的犯罪降级起诉。因此，实践中的多数案件主张反对被迫自证有罪权利的现象由此大量减少。正如美国大法官司徒尔特所言："事实是表示份额悔罪经常与之相随的认罪求情协议是一个国家刑事司法制度中的重要组成部分。适当地加以管理对有关方面均有益处。他们寄予很大的希望，希望刑事诉讼得以完善。"可以想像，辩诉交易制度的形成，尽管对其公平理念仍需研究，但至少其对反对被迫自证有罪权利的效益性问题的解决不无益处。

（四）我国刑事诉讼中反对被迫自证有罪权利的可存性分析

在北京举行的第二届刑事诉讼法学国际研讨会上，与会学者普遍认为，我国 1996 年经修改的新刑法吸收和借鉴了联合国关于刑事司法的标准与原则，符合世界刑事诉讼发展的方向。但仍有相当一部分学者认为，新刑诉法仍需进一步完善，其中重要的一点便是犯罪嫌疑人、被告人反对被迫自证有罪的权利仍然受到限制。问题的症结在于以非法形式获取的口供是否能够作为证据，是否具有关联性以及是否应当具有效力（中外理论界对此均存在着较大的分歧）。一种观点认为，只要是查明真实情况而取得的证据且各种证据之间能相互印证的，则视为证据具有可采性，应承认其效力；另一种观点认为应宣告被告人无罪，但应设置例外法则；第三种观点认为，应该建立我国的违法证据排除法则，并在排除了非法证据材料后应对被处置者慎重处理，如果其他证据仍足以认定其有罪，仍应追究其刑事责任，我们认为最后一种观点较为合理，具有较

强的现实性和可行性。

当今时代是走向权利的时代，权利实现的广泛程度是衡量刑事司法文明程度的重要标准。毋庸置疑，宪法作为国家的根本大法，是国家法治体系的基础和法律体系价值的核心所在。因此，宪法不仅应当表达调整各种社会利益的所在和价值倾向，还应直接将许多重要的权利明确规定在宪法的基本规范、基本制度之中。这既是法律体系有序性的前提，更是各种基本权益得以实现的保障。宪法中规定的反对被迫自证有罪的权利，实质上正是刑事诉讼规则的立法依据。同时，刑事诉讼中非法收集证据对公民的人身权利所可能形成的严重危险性和严重危害性，也为构成宪法的基本规范提供了必要性依据。我国宪法第37条规定了公民人身权利和自由不受侵犯，禁止非法拘禁或以其他方法限制和剥夺人身自由，禁止非法搜查公民身体。被迫自证有罪亦侵犯了公民的人身权利和自由，所以，二者在本质上是相同的。但从1982年至今，我国社会经济与文化事业取得了长足发展，尤其是新刑事诉讼法进一步加快了诉讼的民主化进程，对公民基本权利的保护比基本法更具有实质意义和超前性。因此，为了体现宪法的基本作用，满足时代需要，有必要将包括反对被迫自证有罪权利在内的基本诉讼权利归之于宪法性权利。

1996年刑事诉讼法加强了对犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利的保障，为设定反对被迫自证有罪的权利提供了现实的可能性。首先，新刑诉法确立了反对自证有罪权利的直接法律依据，该法第43条再次明确规定："审判人员、检察人员、侦查人员必须按照法定程序收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据。"其重点在于防止诉讼过程中司法机关任意侵犯公民的合法权益，禁止非法收集有罪或重罪证据，使犯罪嫌疑人、被告人得以在自愿的前提下进行供述，证人在自愿的前提下作证。其次，新刑诉法补充了一系列保护权利的有关制度，如无罪推定合理因素的吸收、律师的提前介入等。它们均为犯罪嫌疑人、被告人反对自证有罪提供了可行的保护措施。

与此同时，新刑诉法中还存在着一些与反对被迫自证有罪权利相冲突的因素。

1. 刑事诉讼法第45条规定，有关单位和个人有如实向司法机关提供证据的义务。尤其是该法第93条规定："……犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。但是与本案无关的问题，有拒绝回答的权利。"这意味着证人、犯罪嫌疑人有如实提供证据、回答司法机关提问的义务，否则就属于对抗司法机关的侦查，裁判时可能对犯罪嫌疑人从重处罚。但由于犯罪嫌疑人、被告人供

述与辩解以及证人证言是一种典型的主观证据，而且有可能自陷于罪，因此，只有在任意性的前提之下，在诉讼参加人自愿的基础上，此类证据才具有较强的真实性和可信性。而根据刑事诉讼法的规定，如果犯罪嫌疑、被告人或证人不如实回答问题，将置自己于法律不利的地位；如果如实回答提问，也可能自陷于罪。这就造成犯罪嫌疑人、被告人为逃避法律责任而作虚假供述，其言词证据的证明力便值得怀疑了。另一方面，上述两条规定直接成为司法机关讯问犯罪嫌疑人、被告人的法律依据。因为犯罪嫌疑人、被告人或证人不具有保持沉默的权利，司法机关为了使其如实回答，务必想方设法让其开口，从而造成司法机关采用非法手段获取证据的滥觞造成犯罪嫌疑人、被告人被迫自陷于罪。

2. 新刑事诉讼法对于采用非法手段收集的证据的效力未作明文规定，致使在司法实践中，只要证据之间能够相互印证，则其效力仍然得到承认并成为犯罪嫌疑人、被告人有罪或罪重的直接证据。这同样在客观上助长了司法工作人员在办案过程中追求实体真实，为了查清“事实”，而不惜牺牲程序的公正，使犯罪嫌疑人、被告人处于不自愿的环境之中，最终导致反对被迫自证有罪权利的取消。

鉴于新刑事诉讼法奠定了一系列反对被迫自证有罪的现实性前提，刑事诉讼过程中应该确立此项制度，明确规定公民有反对被迫自证有罪的权利，赋予犯罪嫌疑人、被告人的沉默权。确定明确的取证原则，明确刑事司法人员依法取得证据的必要权限以及必要的取证手段，使得司法工作人员在办案过程中能够合法地运用侦查权、取证权，也能够使法官在审判案件时对证据依法作出正确的取舍，有针对性地否定司法机关通过非法手段所获取的证据的效力，尤其是言词证据的效力，否定与其他证据的关联性。在此，有必要正确分析不同类型的不同特征，区别对待非法获得的言词证据和非法收集的其他证据。言词证据的主观任意性较强，其客观性往往受到制约，证据虚伪的可能性也较大；另一方面，实物证据在一般情况下不存在当事人的沉默权的问题。故证据排除过程尤应注重自白证据的排除，这也是反对被迫自证有罪权利的体现。事实上，我国刑诉法的规定对此已经有一定程度的确认，如规定了仅有被告人的自白不足以定罪等。但仅仅这些显然是很不够的。

在司法实践中，我们应致力于创造一个任意性的人证和口供的环境，减少讯问（或询问）中的被迫因素，如建立我国有关证人的刑事责任豁免制度，减少证人担心提供证言后的自陷于罪的后顾之忧，减免其法律责任，使证人自愿作证，变强迫为任意，从而避免案件久拖不决。我们认为，这既有利于追究社

会危害性更大的犯罪，也有利于保护诉讼参加人不因被迫而自证有罪。

第五章 刑事证据调查实务

第一节 侦查人员证据调查实务

一、侦查人员证据调查的特点

侦查人员是公安机关、国家安全机关和人民检察院中依法行使侦查权，负责对刑事案件的侦查、预审的工作人员。侦查人员在办理刑事案件的过程中所进行的收集、审查和运用证据，查明和证明案件事实的活动，就是侦查人员的证据调查活动。

侦查人员的证据调查，是在侦查的过程中进行的，并且贯穿于侦查的始终。从某种意义上说，侦查人员所进行的侦查活动就是证据调查活动。这是因为：第一，侦查的主要任务是准确、及时地查明犯罪事实，收集并运用确实、充分的证据证明犯罪，提出对犯罪嫌疑人的指控，这也正是侦查人员证据调查所要完成的任务；第二，法律对侦查终结应当达到的犯罪事实清楚，证据确实、充分的要求，也是对侦查人员证据调查的要求；第三，法律规定的各项侦查措施，同时也是证据调查所采用的调查措施；第四，侦查活动与证据调查活动是在同一个过程中进行的。当然，侦查的任务和侦查活动的内容要广于证据调查，并不局限于收集证据、查明和证明案件事实，但毫无疑问，收集证据、查明和证明案件事实是侦查的主要任务，是贯穿于侦查全过程的一项主要活动。

侦查人员的证据调查有如下特点：

（一）调查手段的强制性

侦查人员的证据调查，是根据法律的规定依职权进行的，具有明显的国家强制性。侦查活动本身就是国家专门机关同犯罪作斗争的特殊的强力手段。强

制性特点一方面表现为侦查人员证据调查的手段是采用专门调查工作和有关的强制性措施。专门的调查工作是指勘验、检查、侦查实验、询问被害人、证人、搜查、扣押、辨认、鉴定、讯问犯罪嫌疑人、通缉、通报等。有关的强制性措施主要是指对犯罪嫌疑人人身自由加以强制性限制的强制措施。侦查人员在证据调查活动中，可以拘传犯罪嫌疑人，强制其到案接受讯问，经批准可以拘留、逮捕犯罪嫌疑人，对其进行羁押审查，可以采取搜查、扣押等措施，强制收取证据。这些措施都较突出地体现了调查手段的强制性。另一方面，侦查人员证据调查的强制性又表现为法律明确规定诉讼参与人及有关人员对侦查人员的侦查行为有服从、配合的义务。如《刑事诉讼法》第 93 条规定："犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。"第 48 条规定："凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。"第 98 条规定："询问证人，应当告知他应当如实地提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。"第 110 条规定："任何单位和个人，有义务按照人民检察院和公安机关的要求，交出可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料。"对这些规定，诉讼参与人或其他人应当遵守，如有违反，将要承担相应的法律责任。

（二）调查活动的秘密性

侦查人员的证据调查，一般是秘密进行的。所谓秘密进行，是指不公开进行，有关案件调查的线索、对象、手段、进程等情况对外界不予公开。侦查调查之所以要秘密进行，是由于这种调查是在诉讼初期有关案情和犯罪人的情况都不清楚的情况下进行的，如果有关对谁开展调查，已获取了哪些证据，准备采取哪些措施等有关调查活动的情况被泄露出去，就可能使犯罪分子闻风而逃，或毁灭证据、订立攻守同盟，给调查工作设置障碍，使工作陷于被动，影响调查任务的完成。在侦查中，有时侦查机关也在一定程度上向社会公布案情，要求公民提供线索，协助侦查机关侦破案件。但这种公布也是有限度的，公布的内容和程度要以不泄露工作秘密为原则，否则也会带来不良后果。

二、侦查人员证据调查的步骤

侦查人员的证据调查是在侦查过程中进行的。侦查活动始于立案，终于侦查终结。从立案开始到侦查终结为止的侦查活动又分为侦破刑事案件和预审两个阶段，这两个阶段紧密衔接，构成侦查活动的完整过程。在侦查活动的不同阶段，证据调查的内容、方法和要求也有所不同。

（一）立案调查

立案是刑事诉讼的开始阶段，任何案件的侦查都必须先立案。立案所要解

决的问题，是确认存在需要追究刑事责任的犯罪事实，将其立为刑事案件进行侦查。立案阶段的活动，包括接受报案、控告和举报；对报案、控告、举报的材料进行审查；作出立案或不立案的决定等环节。立案调查的任务，就是审查报案、控告、举报的材料，进行初步的调查，确认有无犯罪事实的存在，以保证对犯罪的追究活动一开始就建立在可靠的事实基础之上。

立案必须符合立案条件，立案调查的内容就是查明有无符合立案条件应予立案的情形。《刑事诉讼法》第 86 条规定，侦查机关“对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案”。根据这一规定，立案的条件有两条，第一是认为有犯罪事实；第二是需要追究刑事责任。“认为有犯罪事实”是立案的事实条件。所谓认为，即指作出判断，认为有犯罪事实，就是判定有犯罪事实存在。但这种判定不是凭主观想象、猜测的判定，而必须是对报案、控告、举报的材料进行调查后的判定。

立案调查一般按以下步骤进行：

①受理报案、控告、举报的材料

报案是指被害人或其他公民、组织向侦查机关报告犯罪事实，请求侦查或查处的行为。控告是指被害人向侦查机关指控犯罪人或犯罪嫌疑人，请求予以查处的行为。举报是指与案件无利害关系的公民、组织，为了维护公共利益，指控犯罪人或犯罪嫌疑人，请求侦查机关予以侦查或查处的行为。对于报案、控告、举报，侦查人员应当做好受理工作。因为报案人、控告人、举报人都是了解所发生的案件或事件的人，受理报案、控告、举报，本身就是一种调查。

受理案件，要做好询问工作，同时制作笔录，记明报案人、控告人、举报人的姓名、单位、住址以及案件发生的经过和概况。

②审查报案、控告、举报的材料

在受理案件材料以后，侦查人员应当迅速对不同来源的线索材料进行审查，以便确定材料是否属实，是否符合立案的条件。审查通常以调查访问和勘验现场的方式进行。

调查访问的对象主要是报案人、控告人、举报人、事主、受害人，以及其他知情人。通过调查访问，了解事件发生的确切时间和地点，谁最初发现的，怎样发现的，损失或受害的情况，如果指控犯罪嫌疑人的，还要问清犯罪嫌疑人的情况。对举报和控告，要注意了解举报人、控告人与被举报、控告人之间的关系，以及与所发生的事件有无利害关系，注意审查其陈述中有无歪曲、虚

构或故意掩盖的情节，有无制造假案、嫁祸于人的情况。

在接到报案、控告、举报时，凡是有现场的，都应立即进行勘验，以确认是否确实发生了某种事实，发生的是否为犯罪事实，是否应追究刑事责任，同时收集证明犯罪事实确已发生的各种证据。

对报案、控告、举报的材料审查后，应根据立案条件分别作出立案或不立案的决定。

（二）破案调查

刑事案件立案以后，侦查活动便进入侦破案件阶段。侦破案件，又称破案。破，为揭露之意，破案即揭露案件真相，也就是查明刑事案件。侦破案件是侦查活动的一个重要阶段，这一阶段的任务是查明作案人，查明案件事实，收集证据证明犯罪嫌疑人实施了犯罪行为。这一任务是按照一定的步骤，通过采用各种调查措施完成的。

1. 侦破案件的步骤

侦破刑事案件，通常是按照以下步骤进行的：

(1) 初步调查。初步调查是在现场勘验和现场访问的基础上，对案件情况进行的进一步的调查了解。通常在立案审查时已进行过勘验和访问，但已经勘验、访问过的案件，往往不可能做到全面掌握案件的情况，有的知情人尚未发现，已提取的痕迹、物证尚未来得及检验、鉴别。因此为加深对案件的认识，还应进一步做好调查访问工作，核实已获得的材料和线索，发现新的犯罪线索；同时要做好现场痕迹、物证的甄别和鉴定工作；需要进一步勘验现场的，还应做好现场的复查工作。

(2) 制定侦查计划。在进行初步调查，较全面地掌握了犯罪情况的基础上，应当制定侦查计划。侦查计划一般包括以下内容：①立案的根据。简述案件发生的时间、地点、伤亡和损失的情况。②对案情的分析判断。根据现场勘验、访问和初步调查获取的材料，提出对案件性质、犯罪实施过程和犯罪人情况的分析意见，初步确定侦查的方向和范围、犯罪人应具备的条件等。③侦查的措施、方法和步骤。根据侦查的方向和范围，明确应予调查的问题，提出应采取的调查措施、方法和步骤，完成调查的顺序与期限。④侦查力量的组织与使用。要合理地分工组织侦查力量，明确侦查人员的任务和调查的具体要求。根据案件情况，还应制定出应急措施以及有关侦查工作的制度和规定。

(3) 侦查调查的实施。制定侦查计划之后，应立即组织侦查力量，按照侦查计划所提出的方向和范围，有步骤、有重点地实施侦查调查。

侦查调查的第一步，是发现嫌疑线索。发现嫌疑线索常用的方法，是在既

定的侦查方向和范围内深入群众，依靠基层组织开展调查摸底。调查摸底，即把符合作案人条件和案件情况的疑人疑事的底数摸清，逐一进行研究，从中发现嫌疑线索。为了广辟线索来源，有的案件可以有目标、有领导、有控制地向群众公布案情，号召群众揭发检举，动员犯罪人投案自首。

侦查调查的第二步，是查证嫌疑线索。对调查摸底中排出的所有线索，应根据案情分析中拟定的作案人的条件一一进行筛选，从中发现重点嫌疑线索。在筛选过程中，对一般线索要逐人登记；对重点线索要记载详细材料，为以后复查线索打好基础。对筛选出来的重点嫌疑线索要逐一进行查证，通过对时间条件、因素条件、证据条件三个方面的查证，肯定嫌疑或否定嫌疑。对查证后确定为重大嫌疑人的，应组织专门力量，采取各种侦查措施和手段进行侦查，获取罪证后即可破案。

(4) 破案。破案是指取得确实证据证明犯罪嫌疑人实施了犯罪行为的，依法传讯犯罪嫌疑人，或者采取强制措施将犯罪嫌疑人拘捕归案的活动。破案是侦查破案活动的终点，又是预审阶段的起点，破案以后，案件的侦查就进入预审阶段。破案工作要制定破案计划，选择好破案的时机和方式，做好破案前的准备工作，保证破案的顺利实施。

2. 侦破案件中的调查取证

在侦破案件过程中，要做好调查取证工作。只有获取了证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的确凿证据，才能侦破案件。在案件侦破阶段，由于犯罪嫌疑人尚未最终确定，因此调查取证工作一般不要惊动嫌疑对象，除采用公开的侦查调查措施取得证据外，还要相应采用秘密侦查措施和手段，获取罪证。调查取证的做法主要是：

(1) 对有现场的案件，都要进行现场勘验，以发现和提取犯罪分子进行犯罪活动留下的各种痕迹物证。有尸体的案件，在现场勘验的同时，还应进行尸体检验，查明尸表特征和致死原因。有的案件为了查明、验证现场的某些情况，还可以组织侦查实验。进行现场勘验、尸体检验和侦查实验，要按照要求对勘验、检验和实验的情况制作笔录。

(2) 对现场勘验提取的痕迹物品要进行检验，确认是否犯罪分子作案时所留，是否具有同一认定条件。对侦查中确定的重点嫌疑对象，要设法提取手印、鞋印、笔迹、血迹、毛发等的检验样本，进行技术鉴定，为认定犯罪分子或否定嫌疑提供依据。

(3) 对被害人、证人要进行深入、细致的调查访问。对被害人的访问，主要是调查了解案件发生的详细情况、受伤害和损失的情况，以及犯罪分子的特

征。对案件的目击者或知情人的访问，主要是调查了解有关案件发生的情况，以及案件发生前后的可疑人或可疑事。对了解犯罪真实情况的知情人，则应动员、启发他们揭发、检举犯罪分子。对调察访问的情况要制作笔录，取得被害人陈述、证人证言和其他旁证材料。

（4）对被害人、证人对犯罪分子的特征有清晰记忆的案件，可以运用秘密辨认的手段，组织被害人和证人进行辨认，以便迅速认定犯罪分子或否定嫌疑。组织辨认，要按照辨认的程序和规则进行。对辨认的过程和辨认的结果要制作笔录，形成证据材料。

（5）对有赃款、赃物的案件，要向被害人调查了解赃款、赃物的种类、数量和特征，以便做好控制销赃的工作，从中发现嫌疑线索。在确定重点嫌疑人后，可以采取跟踪监视、秘密搜查等手段，获取赃物。

（6）对重点嫌疑人，必要时可以依法传讯，进行正面审查。通过面对面的讯问，核实甄别该人是否具有作案时间、作案因素和作案条件，确认是否为作案人。被讯问的重点嫌疑人对其犯罪行为作出供认的，还应迅速采取搜查、扣押的措施，查获犯罪工具和赃物，对犯罪嫌疑人也应采取相应的强制措施。

（7）对犯罪集团或团伙犯罪的案件，可以选择罪行较轻、容易突破的对象，采取秘密拘捕、突击审讯的方法，获取口供，以查清犯罪集团、团伙的犯罪事实。

3. 破案的证明要求

《刑事诉讼法》第90条规定："公安机关经过侦查，对有证据证明有犯罪事实的案件，应当进行预审，对收集、调取的证据材料予以核实。"根据这一规定，破案应具备的条件是有证据证明犯罪嫌疑人有犯罪事实。法律规定的破案条件同时也是法律对破案的证明要求。破案时，在证明程度上必须满足以下两方面的要求：

（1）查明犯罪嫌疑人实施了犯罪行为。即经过侦查，查明犯罪事实是该犯罪嫌疑人所为，犯罪的时间、地点、手段、危害后果等犯罪的主要情节也已查清。

（2）有证据证明犯罪嫌疑人实施了犯罪行为。所谓有证据证明，是指已掌握了足以证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的确实的证据。在破案时，不要求证据必须充分，即不要求对案件事实的每一个情节都有充足的证据加以证明，证据充分是法律对侦查终结的证明要求。但破案时证据必须确实，同时要有一定的证据量。所谓证据确实，是要求收集到的每一个证据都必须真实可靠，同案件存在客观联系，并能实际证明案件的某一事实情节。所谓要有一定的证据量，

是要求收集到的所有证据能够形成互相印证、互相补充的证据体系，足以证明犯罪嫌疑人实施了犯罪行为。只有孤证不能认定犯罪嫌疑人有罪。如果取得了被害人、证人指认犯罪嫌疑人犯罪的证言，或经正面审查取得了犯罪嫌疑人承认有罪的供述等直接证据，也要收集到一定的间接证据印证、补充直接证据。没有直接证据，只收集到若干间接证据的，间接证据应能互相印证，互相补充，并能形成证明的链条，得出犯罪嫌疑人实施了犯罪行为的结论。没有一定数量的证据，便不足以证明犯罪嫌疑人有犯罪事实。

在破案前，应当对收集到的证据进行认真的审查，检验核实已经获取的证据是否确实，是否能确凿无误地证明犯罪嫌疑人就是要查找的犯罪人。经过审查，认为证据确实，已有的证据足以证明犯罪嫌疑人有犯罪事实时，即应作出破案的决定。

（三）预审调查

破案以后，侦查活动便进入预审阶段。所谓预审，顾名思义，是预备性审理。其原意是指法院正式开庭审判之前所进行的预备性审查讯问活动。预审的目的在于预先认定被告人是否有罪，犯有何罪，罪轻还是罪重，以便决定是否起诉或正式开庭审判。在我国，预审从属于侦查程序，是深化侦查和最后终结整个侦查程序的活动。预审的主要任务，是通过讯问和调查证实犯罪和发现新的犯罪，收集、审查、运用证据，查清案件的全部事实真相，为提起公诉和审判奠定基础。因此，证据调查是全部预审工作的中心内容，预审调查是预审最基本的活动。

1. 预审调查的任务

由预审在侦查中所处的地位及其任务所决定，预审证据调查的任务主要是以下两项：

(1) 查明案件的全部事实真相。预审调查，不仅要查明犯罪嫌疑人已有的犯罪事实，而且要深挖犯罪，扩大战果，查明犯罪嫌疑人的全部犯罪事实和同案犯。为此，预审人员要对犯罪嫌疑人的全部罪行，对犯罪构成的各个要件和情节进行全面、系统的查证，把每项罪行发生的时间、地点、方法、手段、经过、动机、目的和后果，以及从轻、减轻、从重、加重的每个具体情节都彻底查清。

(2) 形成完整的定案的证据体系。预审调查，是侦查工作使案件完成证据体系的关键环节。预审人员在查明案件事实的过程中，要对证据进行全面的审查核实和补充收集工作。对没有得到证明的事实、新发现的犯罪事实，要收集证据加以证明；对证据不充分的事实，要补充收集证据；对证据之间存在矛盾

的，要查证核实，排除矛盾；对证据材料法律手续不完备的，要补充完善。最终使各种证据齐全、充分，形成完整的、符合法律要求的证据体系，为准确定性和起诉判刑奠定基础。

2. 预审调查的方法

预审调查，是综合使用讯问犯罪嫌疑人，询问证人、被害人，勘验、检查、搜查、扣押，以及鉴定、辨认、侦查实验等各种侦查、调查措施和方法进行的。调查中要注意各种调查方法的配合使用，把调查与讯问结合进行。

(1) 讯问犯罪嫌疑人。讯问犯罪嫌疑人，是预审工作的主要方式，通常又称为审讯。通过讯问查明犯罪事实，取得犯罪嫌疑人的口供，印证核实其他证据。讯问犯罪嫌疑人，要做好讯问前的准备，制定出详细、周密的讯问计划。讯问中还要针对犯罪嫌疑人的心理特点，灵活地运用讯问的策略和技巧，迫使犯罪嫌疑人交待犯罪事实。

(2) 询问证人、被害人。询问证人、被害人是预审调查的重要方法。询问中，不仅要对证人、被害人在侦破案件阶段所作的陈述进行核实，而且要进一步详细询问有关事实的详细情节。为查清案件全部事实真相，排除案件审理中的疑点，还需要进一步寻找新的证人，获取新的证言，开辟新的证据来源。

(3) 勘验、检查。在预审调查中，对发现新的犯罪或新的情况，需要勘验、检查的，应及时进行勘验、检查。对侦破案件阶段的勘验、检查笔录存在疑问，认为勘验、检查不实或有错误时，应当进行复验、复查。如死亡案件中，如果死者家属或犯罪嫌疑人对尸检结论提出疑问，而又缺乏有力证据证明而影响到对案件的定性时，就要进行开棺验尸。

(4) 鉴定。对预审中涉及的专门性问题，应当请有关的专家进行鉴定。如对犯罪嫌疑人精神状况发生疑问时，要进行司法精神病鉴定；对有尸体的案件要进行法医鉴定；对与案件有关的指印、足迹、笔迹、毛发、血迹、体液等应进行物证技术鉴定；对中毒案件要进行化学毒物鉴定；对经济犯罪案件中的各种账目要进行会计鉴定；对重大责任事故案件要进行工程技术鉴定；对赃物的估价，对文件、资料密级的认定，对珍贵文物的鉴别和估价等，都需要进行鉴定。对侦查阶段已作出的鉴定结论有疑问的，应当进行重新鉴定。

(5) 侦查实验。预审中，为验证案件中某一事实情节是否可能发生，是如何发生的，或者为检验犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言中的某一事实情节是否真实可靠，应当组织侦查实验。对侦破案件阶段已进行过侦查实验，因对其结果有疑问，而有重新实验必要的，可以重新组织实验。

(6) 辨认。为证实犯罪嫌疑人是否就是要查找的犯罪分子，或证实某物与

案件确实存在联系，可以对需要辨认的人或物组织辨认。如在审理杀人、伤害、抢劫、诈骗、强奸、流氓等案件中，如果被害人或证人与犯罪分子有过正面接触，并对犯罪分子留有深刻印象，可以组织对犯罪嫌疑人的辨认。为证实现场遗留物是否犯罪嫌疑人之物，可以让犯罪嫌疑人的家属或熟悉犯罪嫌疑人的其他人对该物进行辨认。为证实搜查所获的赃物就是被害人被盗窃、抢劫之物，可以组织被害人或其家属对赃物进行辨认。在一些案件中，还可以分别带被害人、犯罪嫌疑人对发案现场进行辨认，以证明犯罪的地点。

(7) 搜查、扣押。在预审中，对需要提取的物证、书证和视听资料，应当及时采取搜查、扣押的措施。搜查一般在执行拘捕时已同时进行，但如果在讯问中犯罪嫌疑人又交待了犯罪工具、赃款、赃物的隐匿处，应及时搜查、扣押，获取罪证。对被害人、证人提供的物证、书证、视听资料线索的，也应及时调取，或采取搜查、扣押的措施。

3. 预审终结的证明要求

预审是侦查的最后阶段，预审终结标志着侦查终结。根据《刑事诉讼法》第129条的规定，侦查终结的案件，应当达到犯罪事实清楚，证据确实充分的要求。

(1) 犯罪事实清楚。犯罪事实清楚，是指影响定罪的事实和决定犯罪情节轻重的各种事实已经查清。具体是指已经查清以下事实：

①犯罪事实确已发生。犯罪事实是刑事案件赖以成立的基础，也是刑事诉讼活动的前提和依据。犯罪事实是否确已发生，是立案和侦破案件时应予查明的，但为防止假案的发生，在预审中也应进一步查明。

②构成犯罪的事实已经查清。具体包括：a 查清犯罪主体。即查清犯罪嫌疑人的个人情况。刑事责任年龄和刑事责任能力。如果属于特殊主体的犯罪，还要查清犯罪嫌疑人是否符合特殊主体的要求。b 查清犯罪的客观方面。即查清犯罪的时间、地点、方法、手段、经过、结果、危害后果等。c 查清犯罪客体。即查清犯罪行为所具体侵害的客体物或对象，以便准确地认定犯罪行为侵犯了何种社会关系，准确地认定犯罪性质。d 查清犯罪的主观方面。即查清犯罪嫌疑人实施危害社会的行为是否出于故意或过失，以及出于何种动机和目的。以上四个方面的事实直接影响到罪与非罪、此罪与彼罪的问题，必须查清。

③有关罪行轻重的情节已经查清。有关罪行轻重的情节，既包括法定的从重、加重或从轻、减轻、免除处罚的情节，也包括酌定情节。酌定情节如犯罪动机是否特别恶劣，犯罪手段是否特别残忍，犯罪造成危害的程度轻重，犯罪

嫌疑人的一贯表现以及犯罪后悔罪态度如何等。查清这些情节，对于正确处理案件、准确适用法律具有重要意义。

④排除犯罪嫌疑人刑事责任的事实已经查清。即查清犯罪嫌疑人是否存在正当防卫、紧急避险的情形，是否存在《刑事诉讼法》第15条规定的不予追究的情形。

(2) 证据确实、充分。所谓证据确实，是指据以定案的每一个证据经查证都具有客观性和关联性，能证明案件的真实情况。所谓证据充分，是指全案证据对案件事实具有充足的证明力，足以证明案件真实情况。它要求全案证据能形成互相联结、互相印证的完整的证据体系，构成认定案件事实的充分根据和理由。

形成完整的证据体系，是预审调查所要实现的一个重要目标。为检验全案证据是否已形成互相联结、互相印证的完整的证据体系，要对案件中所收集到的形态各异、证明效力不一的证据进行认真的分析研究，找出证据之间的联系，按照一定的次序把证据加以排列组合。证据组合的方法是：

①案件的每一事实、情节，都有相应的证据一一加以证明。要把所有的证据按照所能证明的事实情节分类排队，考察犯罪的时间、地点、手段、结果、目的、动机以及犯罪人等要素是否都有证据加以证明，证明力充分与否。只有每一需要证明的情节都有证据加以证明，证据之间可以互相联结、互相印证的时候，该案件的证据体系便组合成了。

②一人犯数罪或犯同种罪多次作案的案件，犯罪嫌疑人的每一罪行，都要有一组证据加以证明。

③对案件证据体系，可以按照案件事实的发生过程排列，也可以按照证据对案件事实的证明程度排列。前者是按犯罪的原因、时间、地点、手段、后果将证据加以排列，这种排列方法有利于从犯罪过程证明案件的事实。后者是先排列直接证据，以直接证据对案件主要事实的证明为主线，再以间接证据作为对各个情节加以证明的佐证。这种排列方法对案件事实的证明开门见山，直截了当。以何种方法排列，依案件的具体情况而定。

经过预审，全部侦查活动达到犯罪事实清楚，证据确实、充分的要求，对案件的定性、定罪准确，法律手续完备，应当结束预审，写出起诉意见书，将案件移送人民检察院审查起诉。在预审中发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的，应当及时作出撤销案件的决定。

三、几种主要案件证据调查要点

(一)故意杀人案件证据调查要点

故意杀人案件，是指故意非法剥夺他人生命的严重犯罪案件。

故意杀人案件有以下特点：第一，因果关系比较明显，除少数案件外，犯罪分子与被害人之间一般都存在某种利害关系或矛盾冲突；第二，杀人案件一般都有现场，有尸体、伤痕和大量的痕迹物证；第三，犯罪分子作案前多有预谋准备过程，作案后多有反常表现；第四，犯罪分子出于畏罪心理，被抓获后一般不会轻易供认罪行，讯问和查证工作存在一定难度。

根据杀人案件的上述基本特点，侦查活动通常是从勘验杀人现场入手，通过调查被害人交往关系、追查杀人工具和现场遗留物、调查发案前后的疑人疑事等途径查破案件。杀人案件的调查，重点是查明以下问题：1. 被害人是否他杀；2. 是何人所杀；3. 杀人的工具、手段、目的、动机以及其他情节。调查取证的方法主要是：

1. 以尸体为中心认真勘验现场

杀人案件现场，一般都留有大量的痕迹物证，认真勘验现场，是获取犯罪证据的重要途径。勘验的重点是检验尸体，发现和提取血迹、手印、脚印、杀人工具、毒物，以及各种遗留物。检验尸体一般由法医进行。检验尸体重在查明死亡原因，确定案件性质，必要时还要解剖尸体或开棺验尸。某些难以辨明死因的案件，如自缢死亡与他人勒死、失足落水与杀人后抛尸入水，打斗中突发疾病致死与被人打死等难以判明死因的案件，必须进行解剖检验。对于杀人未遂的案件，也要对被害人伤痕的部位、形状、特征、伤害程度等作出法医鉴定。遇有无名尸或尸块、高度腐败的尸体、白骨，可以组织群众对尸体、衣着、包裹物进行辨认，以确定死者身份。

2. 调查访问取得证人证言

调查中要深入细致地进行访问工作，寻找知情人或目击者，查明犯罪嫌疑人与被害人有无利害关系；犯罪嫌疑人是否具有作案时间、到过作案现场和具备作案工具等条件；发案期间犯罪嫌疑人是否在一起活动过；发案后犯罪嫌疑人有无反常表现等等。

3. 突审犯罪嫌疑人取得口供

经过侦查确定犯罪嫌疑人后，应当及时采取拘捕措施，将其抓获归案，并立即进行讯问取得口供。对犯罪嫌疑人的口供不能轻信，要从杀人的时间、地点、手段、方法、动机、目的等方面逐个进行查证，取得确凿、可靠的证据，

以印证口供。

4. 实施搜查获取罪证

在拘捕犯罪嫌疑人的同时，应对犯罪嫌疑人的住处及有关场所实施搜查，搜查的重点是获取犯罪嫌疑人作案时所穿衣、裤、鞋、袜、手套，作案工具，毒物、药物，以及被害人的衣物等。

5. 对物证、书证进行鉴定、辨认

对勘验、搜查中获取的各种物证、书证，还应进行鉴定或辨认，以确认物证、书证与案件事实的联系。对现场提取的血迹，要有鉴定结论证明是人血，并且与被害人或犯罪嫌疑人的血型一致。对现场提取的手印、脚印，要与犯罪嫌疑人的手印、脚印的样本材料进行鉴定，认定是否同一。对提取或搜查获得的杀人凶器，也应进行检验，查明凶器与被害人的伤痕是否吻合，凶器上残留的血迹与被害人血型是否一致。如系投毒杀人的，要对现场提取的毒物进行化验，确认是否致死被害人的毒物，与从犯罪嫌疑人住处搜查获得的毒物是否同一种物品。对从犯罪嫌疑人处搜查获取的衣物等，要通过组织辨认证明这些物品确系被害人的。对与证明案件有关的书信、日记等，也应进行鉴定，证明确系被害人或犯罪嫌疑人所写。

（二）强奸案件证据调查要点

强奸案件，是指以暴力、胁迫或其他手段，违背妇女意志，强行与妇女性交的犯罪案件。

强奸案件主要有以下特点：第一，被害人与犯罪分子有一定时间的正面接触，一般对犯罪的时间、地点、手段、过程，以及犯罪分子的体貌特征、衣着打扮、方言口音、说话内容、携带物品、特殊气味等提供较为详细的情况。第二，一般有痕迹物证可供查证。强奸过程中，被害人不同程度上的反抗，会在犯罪现场留下撕碎的衣服、扯落的纽扣等痕迹物品，在犯罪分子身上留下抓伤、咬伤的痕迹，犯罪分子也会留下脚印、毛发、血迹、精斑、压痕等痕迹物品。这些物品对查证强奸犯罪具有重要作用。第三，强奸案件很少有目击者，知情人证言多来自道听途说，证人提供的证言也多为旁证。第四，犯罪分子多有流氓秉性，连续作案，加上许多被害人忍辱不报案，因此强奸案件的侦查中要注意发现隐案，查破积案。

强奸案件查证的重点，一是性交行为的实施；二是犯罪分子使用了暴力、胁迫以及其他手段；三是违背妇女的意志。侦查中调查取证的方法主要是：

1. 详细询问被害人遭受侵害的过程

强奸案件的侦查一般始自被害人的控告。对被害人的询问要详细、具体，

询问的内容主要包括发案的时间、地点、周围环境；强奸的手段、情节和后果；作案的人数及犯罪分子的衣着打扮、体貌特征；有无搏斗过程，是否曾呼救，双方搏斗时造成何种伤痕，有无撕破衣裤、扯落纽扣、毛发；犯罪分子持何凶器，随身携带何物；是否抢走被害人财物，是何种类、数量、特征；罪犯讲话的内容、口音；与犯罪分子是否相识，是否见过面，等等。询问被害人一般由女工作人员或有女工作人员在场进行，要注意保护被害人的名誉，对被害人的隐私要加以保密。询问中要注意识别假被害人，防止造成假案。

2. 认真勘验现场提取物证

物证在证明强奸案件中具有重要作用。精斑、毛发、血迹、搏斗痕迹、压痕、撕破的衣裤、沾有精液的内衣等，对证明确实发生了违背妇女意志强行性交的行为，往往具有决定性的作用。因此访问被害人后应立即寻找、勘验现场。对发生在野外的拦路强奸案件，可由被害人指认现场。勘验现场要认真细致，不放过一切可证明强奸犯罪的痕迹物证。

3. 组织辨认和进行鉴定

对于经侦查确定的犯罪嫌疑人，可以组织对其进行辨认，辨认活动要符合辨认规则。辨认结果必须得到其他证据的印证，才能作为证据使用。为确定被害人和犯罪嫌疑人的某些生理特征和双方搏斗时造成的伤痕，可以进行人身检查。对于被害人一般不要进行生殖器官的检查，有特殊情况必须检查时，应征得本人或家长、亲属的同意，在指定的医院由医生或法医进行。对现场提取的精斑、血迹、毛发、指纹以及其他痕迹，要进行鉴定，为准确认定犯罪人提供有力的证据。

4. 搜查罪证

强奸案件中的搜查，主要是为了获取犯罪分子作案时所穿衣、裤、鞋、帽，所携带的凶器，以及抢劫被害人的财物。

5. 询问证人取得旁证

强奸案件中虽然很少有直接的目击者，但证人证言对印证案件的发生以及有关被害人、犯罪嫌疑人的情况具有重要作用。对现场周围的证人要了解发案时是否听到呼救声或异常的响动，是否发现有可疑人在现场附近逗留。对被害人、犯罪嫌疑人的日常表现、道德品质、生活作风，以及双方是否认识，是何关系等，也要取得证人证言。

6. 讯问犯罪嫌疑人取得口供

讯问犯罪嫌疑人，要求其讲清实施犯罪的时间、地点、手段、经过、后果、目的、动机等，并将口供与其他证据相互印证、核实，在没有矛盾的情况

下，才可以定案。

（三）抢劫案件证据调查要点

抢劫案件是指以暴力、胁迫和其他手段抢劫公私财物的犯罪案件。

抢劫案件一般有如下特点：第一，被害人与犯罪分子有一段时间的正面接触，一般能提供案件发生的过程、具体情节及犯罪分子的体貌特征。第二，被害人能详细提供被抢财物的种类、数量、特征等有关情况，有赃款赃物可查。第三，有的抢劫案件现场留有较多痕迹、物证。在抢劫过程中，有不少被害人进行反抗搏斗，在现场留下较多的痕迹物证，在被害人或犯罪分子的身上留下伤痕。第四，抢劫犯罪多系连续犯罪，犯罪手法也有一定规律性，为串案、并案侦查提供了有利条件。

抢劫案件的调查，重点是查证犯罪分子是否使用暴力等强制手段，是否抢走了财物。抢劫案件证据调查的方法主要是：

1. 询问被害人

询问被害人，重点是问清被抢的时间、地点和过程；作案人数及其性别、年龄、体貌特征、口音等特征；犯罪分子使用何种凶器或其他作案工具，采取了哪些暴力和胁迫手段，被抢财物的名称、数量和特征；是否进行了反抗，犯罪分子身上是否形成某种伤痕，现场留下哪些搏斗痕迹等等。询问被害人要注意揭露那些陈述内容自相矛盾、谎报抢劫的假受害者。

2. 勘验现场

对抢劫犯罪现场，应当进行认真、细致的勘验，提取与抢劫犯罪有关的痕迹、物证。通过实地勘验，可以了解抢劫地点周围的环境，现场周围有无犯罪分子事先隐藏、逗留的痕迹，现场上有无搏斗痕迹、足迹和交通工具痕迹，以及各种痕迹分布的状况等，有利于查明抢劫犯罪的实施过程。

3. 询问证人

调查中要注意寻找发现发案的目击者和知情人，详细询问所见所闻有关抢劫犯罪发生的时间、地点、过程，犯罪分子的体貌特征，发案前后现场附近有哪些可疑人或车辆，等等，为侦破案件提供线索，并印证被害人陈述的情况。对确定的重点嫌疑人，要查明其历史、现实表现，经济收支状况，发案时去向，有无作案时间和反常表现等。

4. 搜查

在确定重点嫌疑人后，可以通过秘密或公开的搜查，查获赃款、赃物以及凶器、作案工具等。

5. 辨认

对确定的犯罪嫌疑人，可以组织被害人、目击者进行辨认，以确认犯罪嫌疑人就是实施抢劫犯罪的犯罪分子。对搜查获取的赃物也可以让被害人辨认，确认是否被犯罪分子抢走之物。

6. 鉴定

对现场提取的各种痕迹物证应进行鉴定，对手印、脚印要认定与犯罪嫌疑人样本材料同一，血迹要与被害人或犯罪嫌疑人血型相同，车辆痕迹要与查获的作案车辆轮胎花纹同一，弹壳确系查获的作案用枪所发射。在抢劫过程中发生搏斗在犯罪分子身上形成某种伤痕的，应对犯罪嫌疑人进行人身检查，以便与被害人陈述相印证。

7. 讯问犯罪嫌疑人

讯问犯罪嫌疑人，重点要问清抢劫的时间、地点、人数、作案使用的凶器和手段、抢得的赃款、赃物的下落、销赃渠道等基本情节。共同实施抢劫的，各犯罪嫌疑人的供述应基本一致。犯罪嫌疑人的口供要与其他证据相符。

（四）盗窃案件证据调查要点

盗窃案件是指以非法占有为目的，秘密窃取较大数额公私财物的犯罪案件。

盗窃案件有以下基本特点：第一，事先选择作案目标。犯罪分子为了能作案得手，常常在作案前进行“踩点”，选择盗窃目标，熟悉地形地物，确定出入道。第二，现场一般都留有破坏痕迹。除扒窃案件外，多数盗窃案件现场都留有犯罪分子的指纹、足迹以及破坏工具的痕迹等，这些痕迹物证往往能反映出犯罪分子的个人特点及特长。第三，惯犯作案手段多有习惯性。以盗窃为常业的惯窃分子，作案手段多带有个人的习惯性，研究习惯手法有利于串案、并案侦查。第四，有被盗赃款赃物可查，这是查证盗窃案件的一个极为有利的条件。

盗窃案件的调查，一是要重点查明作案的手段；二是要重点查明盗窃的数额和赃款、赃物的去向。调查的方法主要是：

1. 勘验现场

现场勘验，重点是提取犯罪分子的手印、脚印、工具破坏痕迹、犯罪工具和遗留物，同时勘验中要对犯罪分子的出入道、进入现场的方法，破坏门窗、破锁的方法，以及作案的过程作出分析判断。

2. 询问事主

对事主的询问要做到准确细致，主要询问发现被盗的时间和发现经过；被盗财物的种类、数量和具体特征；案发前现场的原始状态，案发后的变动情

况，做好询问笔录。询问中要注意识别报假案的假事主或监守自盗的犯罪分子。

3. 询问证人

盗窃犯罪的行为方式是秘密窃取，因此一般没有目击者，但证人证言对于印证发案前后的某些情况仍是必不可少的。在发案现场附近要调查访问证人，了解案发前后有无可疑人活动，是何打扮，有何特征，发案时间是否听到有异常响动，等等。通过对犯罪嫌疑人的邻居、同事、同学的调查访问，可以了解犯罪嫌疑人有无偷摸的历史，有无暴富或收支不符的迹象，等等。

4. 搜查和追缴赃款赃物

确定犯罪嫌疑人后，应当及时采取搜查、扣押等措施，获取赃款、赃物以及作案工具。对赃款赃物，应力求找到事主，与事主的报案材料核对。对无法查获的赃款、赃物，要查明其下落。如果赃款、赃物被毁掉，应尽可能找到残迹。如果被挥霍，应查找用赃款购买的物品。赃物被变卖的，应力求找到买主，取得原物或证明。

5. 鉴定和辨认

对现场提取的手印、脚印等，要取得犯罪嫌疑人的手印、脚印的样本材料，进行同一认定。对提取或搜查得到的犯罪工具要与现场破坏工具痕迹进行同一认定。对搜查获取的赃物，要由事主进行辨认，确认是否其所失窃之物。对赃物还要做好估价的鉴定工作。

6. 讯问犯罪嫌疑人

通过讯问犯罪嫌疑人，取得有关犯罪的次数以及每次作案的时间、地点、手段、经过、获取财物的数量和特征以及赃款、赃物的下落，团伙盗窃的，要查明各同案犯在共同盗窃中所起的作用。

（五）诈骗案件证据调查要点

诈骗案件是以虚构事实和隐瞒事实真相等欺诈蒙骗方法，骗取数额较大的公私财物的犯罪案件。

诈骗案件有以下特点：第一，犯罪预谋周密细致。为了诈骗得手，犯罪分子往往事先进行骗局设计，做好物质准备，如私刻公章、伪造证件、印刷、购买或偷窃票据，等等。第二，行骗手段多样。犯罪分子行骗时，往往是冒充高级干部、军警人员、新闻记者、公司经理、外籍华人等耀眼的身份，巧立“招工”、“招生”、“签订合同”、“投资”、帮助疏通关系、批条、低价购买高档商品等各种诱人的名目，骗取对方的信任，达到行骗的目的。第三，与被害人正面接触。被害人对犯罪分子的外貌特征、讲话口音、谈话内容、诈骗的手段及

过程等有较为详细的了解。第四，有书证、物证可查。在实施诈骗过程中，犯罪分子常常留下伪造的各种证件、介绍信、印章印文、名片，向受骗单位或个人拍发的电报、邮寄的信件、书写的收条，赠送的礼品、纪念品、货样，等等，可以成为调查的线索和证明犯罪的证据。第五，诈骗犯罪分子往往连续作案，流窜犯罪，给查证工作带来较大的困难。第六，诈骗犯罪的嫌疑人在讯问中也常常施用欺骗伎俩，使讯问工作也有较大难度。

诈骗案件调查的重点，一是查清犯罪嫌疑人的真实姓名、身份；二是查清其实施诈骗活动的手法；三是查清其诈骗造成的危害后果。对诈骗案件调查的方法主要是:

1. 详细询问被害人、证人，查明受骗经过

诈骗案件的侦查，一般是从询问被害人入手。通过询问，了解是在何时、何地受骗；犯罪分子以何身份、何名目、何种方法、手段行骗；犯罪分子的人数及各自的年龄、衣着、体貌特征、口音、谈话内容；被骗财物的种类、数量和特征；有无犯罪分子留下的物品、印信和字迹；如何与行骗人发生联系，如系他人介绍，是何人介绍，被骗时还有何人在场，等等。对了解受骗经过的证人也应询问，以印证、核实被害人的陈述，从中发现线索。

2. 组织被害人或证人辨认

针对诈骗案件中被害人与犯罪分子有过接触，熟悉犯罪分子体貌特征的特点，在分析犯罪分子作案规律的基础上，可以组织被害人到犯罪分子可能活动的场所以及旅馆、饭店、车站、机场等处寻找辨认。对已查获犯罪嫌疑人的，也可以组织被害人、证人对犯罪嫌疑人进行辨认，以确认犯罪嫌疑人是否就是行骗人。破案后搜查出的赃物，也应由被害人辨认是否被骗之物。

3. 查证与诈骗相关的书证

对犯罪分子行骗时使用的证件、印信、合同文本等进行调查，由物到人发现线索。有的书证是犯罪分子偷、骗而来，又用作犯罪之用，对这些书证，只要查明了原来的持有人，了解被偷、骗的经过，就有可能获得行骗人的真实姓名、身份的线索，进而查明犯罪人。

4. 搜查、追缴赃款赃物

对已确定犯罪嫌疑人的，应当及时搜查，获取赃款、赃物，查找伪造、冒用的证件、印信、票据、合同书等书证。

5. 鉴定相关的书证、物证

对收集到的各种书证、笔迹、足迹、指纹等，在取得相应的样本材料之后，应进行鉴定，取得鉴定结论。

6. 讯问犯罪嫌疑人，查明全案

讯问诈骗犯罪的嫌疑人，要认真分析其心理特点，采取相应的讯问策略，迫其供述，才能查明案情。讯问中要问清犯罪嫌疑人的真实姓名、身份及来历；与受骗人或单位相识和交往的过程；行骗的方法手段及具体的行骗过程；诈骗所得赃款赃物的去向。团伙犯罪的，要问清各同案犯在共同犯罪中的分工、所起作用，等等。

（六）贪污案件证据调查要点

贪污案件是指国家工作人员、集体经济组织人员，以及其他经手、管理公共财物的人员，利用职务上的便利，侵吞、盗窃、骗取或者以其他手段，非法占有公共财物的犯罪案件。

贪污案件有以下特点：第一，犯罪分子大多具有较高文化素质，精通专业知识，反侦查意识和能力较强。第二，案情复杂，涉及面广，作案次数多，而且多与行贿、受贿、投机倒把、诈骗、走私、偷税等经济犯罪交织在一起，查证难度较大。第三，利用职务之便和专业知识、技术专长进行伪装和掩饰，作案手段隐蔽、狡猾。第四，贪污案件一般要在财务账中做手脚，如涂改单据、账册，虚报冒领、重复报销，故意少记、漏记收入，重记支出，销售不入账等，总会在账目中程度不同地留有犯罪痕迹。第五，贪污案件一般都有赃款赃物可查。因此，贪污案件的调查，既有一定的困难，也有一定的有利条件。

贪污案件的调查重点，一是要查明行为人是否具备特殊主体的身份；二是要查明行为人是否利用职务之便实施了盗窃、侵吞等行为；三是要查明贪污的数额。贪污案件调查取证的方法主要是：

1. 迅速采取措施，保全证据

贪污案件中，有关的账目、单据和其他文书资料是重要的证据，有的在贪污人直接掌管之下。一旦犯罪分子对侦查活动有所觉察，随时可能销毁、隐匿证据，给侦查调查带来很大困难。因此，立案之后，侦查人员应迅速采取措施，查封、扣押有关的账册、资料。

2. 清查账目，发现疑点

查账是贪污案件的重要调查方法。查账的范围和方法要根据案情确定。根据需要可聘请熟悉财会业务、有经验和较高水平的会计或发案单位及其上级主管部门主管财务工作而又与本案无关的人员参加。查账要与核对现金和盘点实物结合进行，以发现问题。

3. 提取样本，送交鉴定

清查账目中发现有涂改账目、单据，伪造凭证迹象的，应提取有关的检验

材料和嫌疑人笔迹样本，送交鉴定部门进行鉴定，获取鉴定结论。

4. 询问证人，获取证言

调查中要广泛调查访问证人，收集证明贪污的旁证材料。对查账中发现的问题，要访问有关的人员，查证、弄清问题的性质。对账面上没有反映的账外问题，更需要通过访问知情人查证贪污的方法、手段和数额。通过调查访问获得的有关嫌疑人经济来源、收支状况，有无暴富、大肆挥霍浪费等情况的证人证言，也是证明贪污的重要的旁证材料。

5. 及时搜查，获取赃证赃物

对嫌疑人正面审查的同时，应及时采取搜查、扣押措施，获取贪污的赃款、用赃款购买的赃物，以及其他与贪污犯罪有关的物品、书证，如信件、通信录、各种不记名有价证券、数字符号、用于贪污时的作案工具，等等。

6. 讯问犯罪嫌疑人，查明全案

在掌握一定的证据证明犯罪嫌疑人有贪污犯罪事实时，应及时进行讯问。取得犯罪嫌疑人贪污的次数，每次贪污的时间、手段、数额，贪污的动机、目的，赃款、赃物的去向等，以查明全案。

（七）贿赂案件证据调查要点

贿赂案件包括：受贿罪、行贿罪和介绍贿赂罪。受贿罪是指国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员，利用职务上的便利，索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。行贿罪是指为谋取不正当利益，给予国家工作人员、集体经济组织人员或从事其他公务的人员以财物的行为。介绍贿赂罪，是指以贪利或徇私为目的，为行贿人和受贿人沟通关系，使行贿和受贿得以实现的行为。

贿赂案件具有以下特点：第一，贿赂犯罪具有较强的隐蔽性。贿赂案件作案方式多是单线联系，不留痕迹，收受贵重物品时，连同发票一并收下，在财务账上一般难以直接反映贿赂罪的痕迹。作案后，多数都订立攻守同盟，由此造成此类案件证据少、查证难的情况。第二，贿赂手段多样化。贿赂犯罪一般都有一定欺骗性。如：以奖金、劳务费、提成费、酬劳费、咨询费、佣金等名义给行贿、受贿行为披上合法外衣；以减价销售、借用、试用等方式掩盖犯罪事实。第三，贿赂案件一般有赃款赃物可查。由于贿赂犯罪的发生都离不开财物，因此，贿赂物是贿赂案件中的核心证据，它作为物证对于证明贿赂犯罪起着重要作用。

贿赂案件的调查取证方法主要是：

1. 对于有账可查的要清查账目

对涉及贿赂案件的有关会计资料、账目要及时封存扣押，组织会计人员进行清查核实。审查行贿方账目，要注意账已注明“提成”、“回扣”、“手续费”等的开支项目，要注意发现原始凭证中夹有的白条，查明款项的去向。审查受贿人所在单位的账目。要注意审查受贿人与行贿人经手的每一次业务往来，弄清受贿人利用职务的便利，为行贿人谋取了什么利益。

2. 做好知情人的询问工作

对于控告人、检举人、行贿单位的知情人、受贿人的家属，要采用不同的方式、方法进行询问。特别是对受贿人家属要做好思想工作，消除顾虑，教育他们如实作证。通过询问证人，了解行贿、受贿的具体时间、地点、过程、次数，贿赂物的种类、特征、隐藏处所，有无在场人，受贿人为行贿人谋取了何种利益，以及其他与行贿、受贿有关的情况。

3. 及时搜查获取赃证物

为了获取证据防止转移、隐匿赃款赃物，对犯罪嫌疑人的住宅和可能藏匿赃款赃物的其他处所进行搜查。搜查所要获取的证据主要是，贿赂物和证明贿赂行为的各种书证。前者如受贿人收受的贿赂物品、现金以及用赃款购置的物品；后者如受贿人写的收条、记录受贿物品的笔记本以及为订立攻守同盟写给行贿人的书信等。

4. 讯问犯罪嫌疑人获取口供

讯问中，除了查明行受贿的具体时间、地点、次数、介绍人、贿赂物的来源、种类、数量、价格、有无票据收条等内容外，对行贿人还应侧重讯问是用什么方式向受贿人提出谋取利益的要求，何时、何地、何种方式获得所谋取的利益；对受贿人侧重讯问何时、何地、如何利用职务之便给行贿人谋取何种利益，给国家或集体造成了哪些损失。

（八）贩毒案件证据调查要点

贩毒案件是指以非法获取暴利为目的，制造、贩卖、运输或走私毒品的犯罪案件。近年来，毒品犯罪在我国已由死灰复燃发展到向全国蔓延，直接危害到我国人民的身心健康，破坏社会治安秩序的稳定。

贩毒案件有以下特点：第一，毒品犯罪绝大多数是共同犯罪，手段隐蔽、狡猾，而且有一套对付缉毒的手段。贩毒犯罪常常采取贩、运、销一条龙的方式进行，参与贩毒的人多为单线联系；运送方式方法多样，有的人货分离，有的由不知情人代运，有的夹在其他物品中邮寄或托运；毒品伪装的形式更是多样化。第二，毒品犯罪涉及地域广，不仅跨省、区、市，而且往往涉及境外地区和国家，调查取证十分困难。第三，毒品犯罪知情人少，不仅少有知情证

人，而且参与贩毒的人也往往知情甚少，抓获的贩毒分子能交待的往往限于毒品交易地点和对方接货人的假姓名及其外貌特征，因此侦查中很难扩大线索，一网打尽。

根据以上特点，对毒品案件的侦查一般采用公开查缉与秘密侦查相结合的方法。在毒品犯罪比较严重的地区应建立健全专业缉毒机构，加强在车站、码头、机场、口岸等处的缉查，缉查中发现可疑人应立即进行审查，从中发现贩毒分子或发现贩毒的线索。同时要建立秘密侦查网络，加强侦查情报工作，获取毒品犯罪的情报信息，准确地抓获贩毒分子。

毒品犯罪案件的调查，重点是查清毒品的种类、数量，制作、贩运、走私的方法，查清其他参与毒品犯罪的人，包括提供毒源、贩运、接货、窝藏和收毒的人。调查的方法主要是：

1. 做好讯问犯罪嫌疑人的工作

对于缉查查获的犯罪嫌疑人，要问清其参与贩毒犯罪事实，何时、何处从何人手中接到毒品，采用何种方式携带或运输，运往何处，接货人是谁，贩运毒品的种类、数量，等等。实践中贩毒的主犯、首犯一般很难抓获，从犯或胁从犯一旦被抓，一般都深知罪责重大，往往能够积极交待贩毒的罪行，提供自己所知的上、下线的情况。对犯罪嫌疑人提供的新的线索，应深入追查，以查清全案。

2. 查明毒品的种类、数量，追查去向

调查中要查明毒品的种类、纯度、数量，购进价格、销售价格，毒品来源，资金来源，毒品的去向等。毒品已经转移出去的，要查清下落，予以追缴。对收缴的毒品，应对其种类、纯度进行鉴定，证实收缴之物确系毒品。

3. 查找询问知情人

一般说来，贩毒案件很少有知情人，但通过调查访问仍可寻找到一些能够证明贩毒活动的证人，扩大证据来源。对证人的询问，主要是了解他所知道的有关嫌疑人参与贩毒的事实。

4. 搜查犯罪嫌疑人住宅，冻结其银行存款

搜查中重点是查找犯罪嫌疑人藏匿的毒品，扣押其贩毒的违法所得。通过清点其家庭或个人财产，算经济账的办法，印证其从事贩毒的时间、历史，贩运的次数和数量。对犯罪嫌疑人在银行的存款，应予冻结，用违法所得购买的物品，应予追缴。

5. 搞好协查

对涉及地域广的贩毒案件，要搞好各地区公安机关之间的协查工作，以节

省人力物力。对涉及国际贩毒集团的案件，应通过国际刑警组织中国国家中心局（设在公安部）与国际刑警组织取得联系，以取得协助配合。

6. 注意发现其他犯罪

在审理毒品犯罪案件中，要注意发现犯罪嫌疑人的其他犯罪行为，如盗窃、抢劫、诈骗等等。

第二节　检察人员证据调查实务

一、检察人员证据调查的特点

检察人员的证据调查，是指检察人员在行使检察权、办理案件的过程中，收集、审查证据，运用证据查明和证明案件事实的活动。

人民检察院是国家的法律监督机关，代表国家行使检察权。人民检察院的主要职责是对国家法律执行和遵守的情况实施监督，以保障国家法律统一、正确的实施。人民检察院的法律监督主要是通过参加诉讼、办理案件实现的。检察人员行使检察权，要以事实为根据，以法律为准绳，要依据查明的案件事实和查证属实的证据处理案件，因而在这一过程中也始终贯穿着证据调查活动。由于检察人员办理自侦案件中的证据调查与侦查人员相同，因此本章所述检察人员的证据调查，是指检察人员办理自侦案件以外的其他案件中的证据调查。检察人员的证据调查有如下特点：

（一）调查范围的广泛性

检察人员行使检察权，是依照法律规定的职责、权限和法律监督的内容、对象进行的。法律赋予人民检察院的检察权包括侦查权、批准逮捕权、提起公诉权、侦查监督权、刑事审判监督权、刑事裁判执行监督权、民事审判监督权和行政诉讼监督权。由人民检察院法律监督的范围所决定，检察人员证据调查活动所涉及的范围也是相当广泛的，既包括刑事案件事实，也包括民事案件、经济纠纷案件和行政诉讼案件事实；既包括各类案件的实体法事实，也包括程序法事实；尤其在刑事诉讼中，有关立案、侦查、提起公诉、审判、执行等的程序或适用法律方面的事实，都可能成为检察人员证据调查的内容。

在刑事诉讼中，人民检察院负责对刑事案件的批准逮捕、自侦案件的侦查、提起公诉、依法抗诉等，在这些活动中，检察人员具体承担证明责任，查明和证明案件事实，运用确实、充分的证据证明犯罪嫌疑人、被告人的犯罪事

实，是检察人员不可推卸的职责。在进行侦查监督、刑事审判监督、刑事执行监督的过程中，对侦查、审判、执行活动中存在的违法问题，也要依据查明的事实提出纠正违法的意见。在民事审判监督和行政诉讼监督中，虽然检察人员对案件事实和诉讼的主张不承担举证责任，但为履行法律监督的职责，也需要调查查明案件事实，收集必要的证据，作为提出抗诉或提出纠正违法意见的依据。

（二）调查方式的审查性

由人民检察院的法律监督职责所决定，检察人员的证据调查除自侦案件中的证据调查之外，主要是一种审查式的证据调查，在调查方式上主要是审查案件事实和证据，在调查方法上主要是审阅案卷、核实证据、补充侦查和调查。如在办理审查批捕案件中，检察人员主要是通过审查公安机关报送的提请批准逮捕书、案件材料和证据，查明公安机关提请批准逮捕的犯罪嫌疑人是否符合逮捕的条件，是否有证据证明犯罪嫌疑人有犯罪事实，并据此作出是否批准逮捕的决定。在办理审查起诉案件中，也是通过审查侦查机关制作的起诉意见书、案件材料和证据，查明犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确定、充分，据此作出提起公诉、不起诉或补充侦查的决定。在办案过程中，检察人员虽然对一些案件也需要通过自行补充侦查和调查进一步查明案件事实，补充收集证据，但这也是审查案件中的一种调查方法。

（三）调查方法的法定性

同样由人民检察院的法律监督职责所决定，检察人员的证据调查在方法上又具有法定性特点。

所谓法定性，是指检察人员在证据调查中不仅可以依职权进行一定的调查行为，而且可以依职权要求有关的机关进行一定的调查行为，或者要求有关的机关和人员对自己的调查行为给予积极的配合。如检察人员对公安机关提请批准逮捕的案件，认为不符合逮捕条件而又需要继续侦查的，在作出不批捕决定的同时，可以通知公安机关补充侦查，公安机关应当按照检察机关补充侦查的意见进行补充侦查。检察人员在办理审查起诉案件时，可以要求公安机关提供法庭审判所必需的证据材料，对于需要补充侦查的，可以提出补充侦查的意见，退回公安机关补充侦查。检察人员在侦查监督、审判监督等活动中，要求公安机关、人民法院对有关事实作出说明的，公安机关、人民法院应当予以说明，需要调阅有关材料的，公安机关、人民法院应当予以提供。检察人员依法采取的调查措施，有关人员或单位必须接受或服从。不仅一般公民、法人和其

他组织要接受和服从检察人员的调查，而且有关的国家机关及其工作人员也有义务接受和服从检察人员的调查。

二、检察人员证据调查的内容

（一）审查批捕案件调查的内容

审查批准逮捕，是指人民检察院对公安机关提请批准逮捕的案件进行审查，依据事实和法律作出批准逮捕或不批准逮捕决定的活动，简称审查批捕。审查批捕是人民检察院的一项重要职责。通过审查批捕，一方面保证逮捕的质量，防止错捕和漏捕案件的发生，维护公民的合法权益，防止犯罪分子逃避刑事追究；另一方面履行侦查监督的职责，发现和纠正公安机关侦查活动中的违法问题，保证侦查活动依法进行。

检察人员办理批捕案件，主要是通过审查公安机关移送的案卷材料和证据进行的，审查活动也是一种调查活动。检察人员审查批捕，包括程序性审查和实体性审查。

1. 程序性审查

程序性审查，是检察机关受理公安机关提请批捕的案件时进行的，审查的目的是决定是否受理案件。审查时首先要审查公安机关提请批捕的案件是否属本院管辖；其次要审查公安机关报送的案卷材料和证据是否齐全，法律手续是否完备。

《刑事诉讼法》第66条规定："公安机关要求逮捕犯罪嫌疑人的时候，应当写出提请批准逮捕书，连同案卷材料、证据，一并移送同级人民检察院审查批准。"根据这一规定，人民检察院一般受理同级公安机关提请逮捕的案件。提请逮捕的机关必须是县以上的公安机关。公安机关报送的案卷材料一般应包括下列材料：（1）提请批准逮捕书一式三份；（2）有关的证据材料；（3）应当随卷移送的物证；（4）犯罪嫌疑人已被拘留的，应有拘留证；（5）已搜查的，应有搜查证和搜查笔录；已扣押物证、书证的，应有扣押物品清单；已将追缴的赃款赃物退还失主的，应有失主的收据，等等。

对属于本院管辖，且案卷材料齐全、法律手续完备的，应予受理；对不属本院管辖，或主要案卷材料不齐、法律手续不完备，影响认定和处理案件的，应讲明理由不予受理。受理案件后，收案人应在《审查批捕案件登记簿》上逐案逐人编号登记。

2. 实体性审查

受理案件后，刑事检察部门应指定检察员对案件进行实体性审查。实体性

审查主要是审查公安机关提请批捕的案件是否符合逮捕的条件。

《刑事诉讼法》第60条规定："对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕。"这一规定既明确了逮捕必须具备的条件，也明确了检察人员办理批捕案件的标准。检察人员审查案件，应紧紧围绕逮捕的条件和检察机关的职责，对以下内容进行审查：

(1) 是否有证据证明犯罪嫌疑人实施了犯罪行为。逮捕是最严厉的强制措施，只能适用于犯罪分子，而不能施用于无辜公民或一般违法公民。因此，"有证据证明有犯罪事实"是决定逮捕的先决条件，也是严格区分罪与非罪，保证批捕工作不致发生根本性错误的决定性条件。这就要求检察人员审查批捕时，要严把事实关，认真审查案卷材料和证据，具体查明以下问题：

①客观上确实发生了犯罪事实。通过审查控告、检举、报案或投案自首的笔录材料、书面材料、受理案件登记表，以及被害人陈述、犯罪嫌疑人供述、随卷移送的物证等，查明确实发生了某一犯罪事实。

②该犯罪事实确系犯罪嫌疑人所为。犯罪嫌疑人是否实施了犯罪行为，主要在于查明：犯罪嫌疑人在什么时间、地点、采用什么手段、方法实施了什么样的犯罪行为，刑法要求有危害后果的案件还要查明发生了什么样的犯罪后果。这里的"犯罪事实"既可以是单一犯罪行为的事实，也可以是数个犯罪行为中任何一个犯罪行为的事实。审查中要认真审查卷中所有材料，注意发现矛盾，防止出现"张冠李戴"的错误而造成错捕。根据卷中材料和证据，犯罪时间、地点、手段、方法等已经查清，不存在矛盾和疑点，才能确认犯罪嫌疑人实施了犯罪行为。

③犯罪嫌疑人是达到法定责任年龄、具有刑事责任能力的人。审查中要对卷中所载犯罪嫌疑人的基本情况进行核实，查明犯罪嫌疑人的姓名、性别、年龄、责任能力、职业、职务等。在年龄和精神状况方面发现矛盾和疑点的应进行调查核实，必要时还要对犯罪嫌疑人做精神病鉴定，防止错捕的发生。犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，如果有证据证明其实施了犯罪行为，可以按其自报的姓名批准逮捕。

④有证据证明犯罪嫌疑人实施了犯罪行为。经过审查核实，证据应当是确实的，而且从数量上讲证据数量要充足，能够证明犯罪嫌疑人实施了犯罪行为。孤证不能作为批准逮捕的依据。

(2) 是否可能判处徒刑以上刑罚。根据犯罪嫌疑人行为的性质、情节、危害等，依照刑法和有关法律的规定进行衡量，审查公安机关认定的犯罪性质、

罪名是否正确，是否可能判处徒刑以上刑罚。

(3) 是否有逮捕的必要。审查中要综合考虑犯罪嫌疑人犯罪的性质、情节、犯罪后的认罪态度、悔罪表现以及犯罪嫌疑人自身的情况，审查采取取保候审、监视居住等方法能否防止发生社会危险性，对那些采取取保候审，监视居住的方法，仍有可能逃跑、自杀、串供、毁灭罪证、妨碍诉讼活动的正常进行，或可能进行行凶报复、继续作案等犯罪活动，给社会带来危害，确有逮捕必要的，应坚决逮捕。

(4) 有无遗漏应当逮捕的同案犯和犯罪事实。根据检察机关侦查监督的职责，检察人员在审查批捕时，还要注意审查公安机关移送批捕的案件是否遗漏犯罪嫌疑人的罪行和应当追究刑事责任的同案犯。审查中发现有遗漏犯罪事实的，应通知公安机关进一步查清犯罪嫌疑人的犯罪事实；发现应当逮捕而公安机关未提请批捕的同案犯，应建议公安机关提请批准逮捕，以保证公安机关侦查工作的质量。

(5) 公安机关在侦查活动中有无违法情形。检察人员在办理审查批捕案件时，应注意审查公安机关的立案、侦查、取证等活动中是否有违法行为，如发现有违法行为，应及时予以纠正。

承办批捕案件的检察人员在审阅案卷和核实证据的基础上，应依据案件的不同情况，分别提出批准逮捕或不批准逮捕的意见，制作《审查逮捕犯罪嫌疑人表》报刑事检察部门负责人审核后呈报检察长决定，重大案件应提交检察委员会讨论决定。

(二) 审查起诉案件调查的内容

审查起诉，是指人民检察院对侦查终结的案件进行全面审查并作出是否提起公诉决定的活动。

审查起诉是人民检察院的一项重要职责。《刑事诉讼法》第 136 条规定："凡需要提起公诉的案件，一律由人民检察院审查决定。"这表明，无论是公安机关侦查终结的案件，还是人民检察院侦查部门侦查终结的案件，需要对犯罪嫌疑人提起公诉的，都必须由人民检察院审查决定。审查起诉的任务，就是对侦查终结的案件在认定事实、收集与运用证据、适用法律等方面是否符合法律的要求进行全面的审查，并作出相应的决定，以确保追诉犯罪的准确性和合法性，维护公民的合法权益，防止放纵犯罪分子。

人民检察院受理移送起诉的案件，首先也要进行程序性审查。对公安机关移送审查起诉的案件以及本院侦查部门侦查终结的案件，与物品清单是否相符。经审查，法律文书和案卷材料齐全，法律手续完备的，予以受理。受理

后，刑事检察部门应指定专人承办案件。承办案件的检察人员应及时、认真地阅卷审查，制作阅卷笔录，复核犯罪事实、证据，讯问犯罪嫌疑人，调查补充必要的证据。

根据《刑事诉讼法》第137条的规定，检察人员审查起诉，必须查明以下内容：

1. 犯罪事实、情节是否清楚

查明犯罪事实、情节是否清楚，要求全面查明犯罪嫌疑人的犯罪事实和情节。所谓犯罪事实，是指犯罪行为。所谓犯罪情节，是指构成犯罪事实的各事实要素，包括犯罪的时间、地点、手段、侵害的具体对象和造成的后果，以及行为人的动机、目的、犯罪后的态度，等等。所谓犯罪事实、情节清楚，是指犯罪嫌疑人实施犯罪行为的事实以及影响定罪量刑的情节已经查清。犯罪事实、情节清楚，是正确处理案件的基础，也是正确量刑的依据。因此，凡是影响对犯罪嫌疑人定罪量刑的事实和情节，都必须审查清楚。不仅要查明犯罪嫌疑人的主要犯罪事实，也要查明次要的犯罪事实；不仅要查明主要犯罪嫌疑人的犯罪事实和情节，也要查明同案犯犯罪事实和情节，分清各自在共同犯罪中的地位和作用；不仅要查明不利于犯罪嫌疑人的从重、加重处罚的情节，也要查明对犯罪嫌疑人有利的从轻、减轻或者免除处罚的情节；对犯罪嫌疑人的每一项罪行，都必须全面查明其犯罪的时间、地点、手段、后果、因果关系和目的、动机等。当然，全面查明犯罪事实和情节，并非要求对不影响定罪量刑的细枝末节也都必须一概查清。对那些不影响定罪量刑的情节可以不要求查清，对那些不影响认定主罪又确实难以查清的次要事实，也可以不要求查清，而就其主罪起诉。

通过审查，如果认为犯罪事实、情节已经查清，可以提起公诉；如果认为主要犯罪事实不清，可以退回公安机关补充侦查，检察机关也可以自行补充侦查，以保证在认定事实上不发生错误。

2. 证据是否确定、充分

犯罪事实和情节是靠证据来证明的。犯罪事实、情节清楚，要有确实、充分的证据加以证明。

所谓证据确实，是要求提起公诉所依据的每一个证据都必须是客观存在并对案件事实有证明力的事实。这就要求在审查起诉时，要对证据是否具有客观性、关联性和合法性逐一进行审查，保证据以认定犯罪事实和情节的证据是客观真实的，保证提起公诉的案件建立在客观真实的基础之上。

所谓证据充分，是指全案证据所组成的证据体系对全案的事实具有充足的

证明力。这就要求在审查起诉时，要把全案证据与案件事实、情节相互对照，看犯罪事实和各个情节是否都有相应的证据一一加以证明；要把证据相互印证核实，看证据之间是否可以互相印证，并且不存在矛盾；要把全案证据排列组合起来，看全案证据能否形成完整的证据体系，对全案事实形成充分的证明，对案件事实的认定构成充足的理由。

经过审查，认为证据确实、充分的，应当提起公诉。如果发现证据之间存在矛盾的，应当认真调查核实，排除矛盾。对证据不足的，可以退回公安机关或本院侦查部门补充侦查，也可自行补充侦查，收集调取必要的证据。

3. 犯罪性质和罪名的认定是否正确

根据查明的犯罪事实，审查起诉意见书所认定的犯罪性质和罪名是否正确，也是审查起诉的一项内容。所谓犯罪性质，是指刑法规定的某一类犯罪的本质属性。所谓罪名，是指具体犯罪的名称。犯罪性质认定错误包括混淆罪与非罪界限，把无罪定为有罪，以及混淆此罪与彼罪界限，把此罪定为彼罪。犯罪性质和罪名认定错误，都会影响法律的正确适用，因此必须认真审查对犯罪嫌疑人犯罪性质和罪名的认定是否正确。

审查犯罪性质和罪名认定是否正确，首先要把犯罪嫌疑人的行为与犯罪的本质特征相对照，审查犯罪嫌疑人的行为是否具有社会危害性、刑事违法性和应罚性，是否构成犯罪。其次，将起诉意见书中所认定的犯罪性质和罪名，与犯罪嫌疑人的犯罪事实及刑法的有关条款相对照，审查犯罪嫌疑人的行为是否符合该种犯罪的构成要件，审查犯罪性质和罪名认定是否正确。

经审查，发现将不构成犯罪的认定为犯罪时，应及时作出不起诉的决定，以维护犯罪嫌疑人的合法权益；发现认定的犯罪性质和罪名有错误时，应及时改正，以保证提起公诉在适用法律上的准确性。

4. 有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人

审查起诉是人民检察院侦查监督的一种形式。因此既要防止错误追究犯罪嫌疑人的刑事责任，又要防止遗漏犯罪嫌疑人的罪行和其他应当追究刑事责任的人。

在审查案件中，不仅要审查移送单位认定的事实和意见，而且还要深挖犯罪，扩大战果。在审查累犯、惯犯、流窜犯时，应注意深挖其遗漏罪；在审查共同犯罪案件时，应注意深挖漏网的同案犯；审查青少年犯罪案件时，应注意发现教唆犯；审查犯罪嫌疑人作案后曾外逃的案件时，应注意发现窝藏犯和包庇犯；审查盗窃、诈骗、抢劫等案件时，应注意发现窝赃犯、销赃犯；审查经济犯罪案件时，应注意发现贪污犯、受贿犯等。

经审查发现有遗漏罪行或同案犯需要进一步侦查的，检察机关应提出具体意见，退回公安机关或本院侦查部门补充侦查，也可以自行补充侦查。

5. 是否属于不应追究刑事责任的

凡是被依法提起公诉的人，都必须是依法应当追究刑事责任的人。如果犯罪嫌疑人的行为不构成犯罪，或者虽然构成犯罪，但依法不应追究刑事责任的，就不能提起公诉。在审查起诉中，除应审查犯罪嫌疑人的行为是否构成犯罪外，还应注意审查是否具有《刑事诉讼法》第15条规定的六种不应追究刑事责任的情形。如果发现具有法定的六种不追诉情形的，应作出不起诉的决定。

6. 有无附带民事诉讼

检察人员在审查起诉中，应当同时查明犯罪嫌疑人的行为是否给国家、集体和公民个人造成了物质损失，以及物质损失的大小。查明被害人遭受物质损失的，应当告知被害人有权提起附带民事诉讼。如果查明国家、集体财产遭受了物质损失，应当在提起公诉时，提起附带民事诉讼。

7. 侦查活动是否合法

对侦查活动是否合法实行监督，是审查起诉工作中的一项重要内容。检察人员在审查案件材料、讯问犯罪嫌疑人、询问证人和被害人、复核证据的过程中，如果发现侦查人员在侦查活动中有违法行为，应及时提出纠正意见。对于触犯刑法构成犯罪的，应依法追究刑事责任。因侦查活动中的违法行为而造成证据失实的，应当重新取证，以保证案件质量。

承办案件的检察人员对上述内容进行审查后，应写出《案件审查报告》，提出起诉或者不起诉的意见，报刑事检察部门负责人审核后，报请检察长或检察委员会作出提起公诉或者不起诉的决定。

（三）刑事二审、再审案件调查的内容

刑事二审、再审案件的调查，是检察人员在刑事诉讼中为出席二审、再审法庭，对案件事实和证据所进行的调查。

《刑事诉讼法》第188条规定："人民检察院提出抗诉的案件或者第二审人民法院开庭审理的公诉案件，同级人民检察院都应当派员出庭。"《人民检察院组织法》第18条第2款规定："按照审判监督程序审理的案件，人民检察院必须派人出席法庭。"根据上述规定，人民检察院派员出席二审、再审法庭的范围包括：人民检察院按照二审程序提出抗诉的案件；二审人民法院开庭审理的公诉案件；人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的案件；人民法院按照审判监督程序自行决定再审的案件。

检察人员出席二审、再审法庭的任务，是继续支持公诉和实行审判监督。具体地说，一是阐明抗诉的理由和根据，指出原审裁判的错误，反驳原审被告人的无理辩解，支持抗诉；二是批驳原审被告人的无理上诉，维护人民法院正确的裁判；三是对上诉理由正当充分，原审人民法院的裁判确有错误的，提出改判意见；四是对二审、再审法庭的审判活动是否合法实行监督。

为搞好出庭工作，出席法庭的检察人员在出庭前，应当认真审阅案件，调查核实证据，为出庭作好充分的准备。二审、再审案件的调查，与审查起诉时的调查相比，要求更高，难度更大。因为检察机关派员出庭的二审、再审案件往往都是重大、复杂的案件。人民检察院抗诉的案件，都是检察机关认为人民法院作出的判决、裁定确有错误的案件，二审法院开庭审理的上诉案件也往往是重大、复杂的案件，对事实清楚的上诉案件，二审法院可以实行书面审理，无需开庭。因此，调查的要求高。加之《刑事诉讼法》规定的二审法院通知人民检察院查阅案卷的时间是在开庭10日以前，再审案件的阅卷时间一般也参照这一规定，而且办理二审、再审案件的已不是原审查起诉、出席一审法庭支持公诉的检察人员，因此，在较短的时间内查明较为复杂的案件事实，也有相当大的难度。针对二审、再审案件的上述特点，在调查内容的把握上既要全面审查，又要突出重点。

1. 全面审查

所谓全面审查，是指对原审案件的案卷材料和证据要进行全面的审查，不受上诉抗诉范围的限制。通过全面审查，全面了解案情和证据情况以及原审法院审理的情况，提出合乎实际、符合法律的处理意见。

《刑事诉讼法》第186条规定："第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。"这一规定精神同样适用于检察人员办理出席二审、再审法庭的案件。只有全面审查案件的事实情况、证据情况、适用法律情况以及审判的情况，才能对上诉、抗诉的理由以及原审裁判是否正确作出客观、全面、公正的结论。如果只局限于审查抗诉或上诉的理由所涉及的案情，就可能出现以偏概全的情况。全面审查的具体要求是：

(1) 全面审阅案卷。通过全面审查原出庭支持公诉的检察机关的检察卷和原审法院的审判卷，了解案件的来源，侦查、起诉、审判的过程，弄清案件的全貌和来龙去脉。

(2) 全面熟悉案情。通过阅卷对被告人的基本情况、犯罪事实、共同犯罪中的地位和作用、认罪态度、上诉的理由等进行全面的了解，并对照原审判

决、裁定认定的事实进行审查，对原审法院对事实的认定和适用法律是否正确作出判断。

（3）全面了解证据情况。对原审案件中的证据材料和随案移送的实物证据进行审查，对案件中有哪些证据材料和实物证据，这些证据证实的主要内容是什么，证据之间是否存在矛盾，口供、证人证言、被害人陈述等人证在审判过程中是否有变化等情况做到心中有数。

（4）审查诉讼活动是否合法。通过阅卷，审查原审卷中法律文书是否齐全，法律手续是否完备，诉讼程序是否合法等问题，注意发现原审法院的审判活动中有无违法情况。

2. 重点审查

在全面阅卷的基础上，还要进行重点审查。全面审查是重点审查的基础，没有全面审查就难以发现案件需要重点审查的问题；没有重点审查，全面审查也就难以解决案件的关键问题，因此在全面审查了解了案件的全貌后还要重点审查二审、再审出庭所要解决的问题。

重点审查的内容是原审判决、裁定认定犯罪事实、适用法律是否正确，证据是否确定、充分，量刑是否适当，以及抗诉或上诉的理由是否正确。具体包括：

（1）原审判决、裁定认定犯罪事实是否正确，证据是否确实、充分。要通过把判决书认定的事实与起诉书认定的事实，与上诉书或抗诉书，与各种证据相互对照，注意发现判决书认定事实上是否存在事实不清、证据不足的问题。对上诉或抗诉理由为事实不清、证据不足的；对原审认定的事实与起诉书认定的事实有较大变化的，或证据发生变化的案件，更要认真审查证据，查清证据和案件事实发生变化的原因，以及是否存在事实不清、证据不足的问题。

（2）原审判决、裁定适用法律是否正确，量刑是否适当。要通过把判决书与有关的法律条文，与上诉书或抗诉书，与起诉书相互对照，查明原审判决、裁定在适用法律定性、定罪和量刑上是否正确。对起诉书中指控犯罪，而原审法院未予判处刑罚的案件，要审查有无免除处罚或不处罚的条件；对量刑在法定刑期以下的案件，要审查是否具有刑法规定的减轻处罚的理由；对上诉理由为量刑过重的案件，要审查是否存在量刑畸重的问题，是否有从轻、减轻、免除刑罚的情形而原审法院未予认定的问题；对改变定性的案件，要结合刑法分则的条款，审查定性是否准确。

（3）抗诉或上诉的理由是否正确。对抗诉或上诉的理由，要结合审阅案件和核实证据认真加以分析，作出抗诉或上诉理由是否正确的评判。对抗诉有理

有据的，予以支持；抗诉基本正确，只有部分理由不充足的，加以补充后支持抗诉；对抗诉无理或理由不充分的，应撤回抗诉。同样，经审查认为上诉有理的，也应予以支持，对无理的上诉，应准备反驳。

(4) 阅卷中发现的问题。对抗诉或上诉中没有提到，而检察人员在阅卷中发现的问题，如有遗漏罪行或同案犯的，有从轻、减轻或从重、加重处罚的情节而原审法院未加注意的，也应予以查明，提出处理意见。

(5) 审判活动是否合法。包括原审法庭组成人员是否合法，审判案件有无严重违反诉讼程序和严重侵犯当事人的诉讼权利等问题，也应予以查明。

出席二审、再审法庭的检察人员在审查案件的基础上，应提出审查意见，经集体讨论并经检察长同意后，制作抗诉词、出庭意见和辩论提纲，为出席法庭作好准备。

(四) 侦查活动监督与刑事审判活动监督调查的内容

侦查活动监督，是指人民检察院对公安机关的侦查活动是否合法所实行的法律监督；刑事审判活动监督，是指人民检察院对人民法院的刑事审判活动是否合法所实行的法律监督。

侦查活动监督和刑事审判活动监督与侦查监督和刑事审判监督是不同的概念。侦查监督包括审查批捕、审查起诉和侦查活动监督，侦查活动监督是侦查监督的一个组成部分。刑事审判监督包括抗诉和刑事审判活动监督，刑事审判活动监督是刑事审判监督的一个组成部分。有关审查批捕、审查起诉和抗诉的证据调查已有论述，这里只对侦查活动监督与刑事审判活动监督调查的内容进行论述。

1. 侦查活动监督调查的内容

人民检察院侦查活动监督的内容，是公安机关从立案到侦查终结所进行的各项侦查活动，包括讯问犯罪嫌疑人，询问证人、被害人，勘验、检查、搜查，扣押物证、书证，鉴定，通缉等侦查活动，是否符合刑事诉讼法规定的程序；对犯罪嫌疑人采取强制措施，是否符合刑事诉讼法规定的条件、要求和期限；补充侦查活动是否合法，等等。对侦查活动监督，重点是发现和纠正以下违法行为：(1) 对犯罪嫌疑人刑讯逼供、指供、诱供的；(2) 对被害人、证人以体罚、威胁等非法手段获取证言，收集证据的；(3) 伪造、隐匿、销毁、偷换以及私自涂改证据的；(4) 徇私舞弊，放纵、包庇犯罪分子的；(5) 有意制造冤、假、错案的；(6) 利用职务之便谋取非法利益的；(7) 违反有关赃款、赃物保管处理规定，贪污挪用的；(8) 违反法定期限和有关强制措施规定的；(9) 其他违反刑事诉讼法有关规定的。

上述侦查活动监督的内容，同时也是需要调查的内容。检察人员在进行侦查活动监督时，除当场提出纠正意见外，对一切控告侦查人员违法的材料，都必须认真调查核实，然后提出纠正意见。不重视群众和当事人的控告，对控告置之不理，是检察机关的失职；同样，轻信控告材料，对控告的事实不认真调查核实就提出纠正违法通知，也会失去监督的严肃性。因此，凡是检察机关提出纠正违法意见的，都要经过调查，要有充分的事实根据。

对侦查活动中的违法行为进行调查，一是要注意全面、客观地进行调查。不仅要向控告人和有关知情人调查，还要向被控告的侦查人员核对，特别是对犯罪嫌疑人的控告必须进行认真的查证核实，不能轻信。二是要注意掌握确实的证据。特别是对于侦查人员的行为已构成犯罪的，一定要在查明犯罪事实、取得充分确实证据的基础上，依法追究刑事责任。

2. 刑事审判活动监督调查的内容

人民检察院刑事审判活动监督的内容，是人民法院从决定开庭审判时起至依法宣判为止所进行的全部审判活动是否符合法律的规定。刑事审判活动监督的重点是：(1) 人民法院审理案件是否遵守法定审理和送达时限；(2) 法庭组成人员是否合法；(3) 人民法院审理案件是否依照法定程序进行；(4) 被告人及其他诉讼参与人的合法利益是否得到保障；(5) 审判人员有无徇私枉法的行为；(6) 审判活动中有无其他违法行为。

检察人员在进行刑事审判活动监督中，对于当时发现违法的应当及时提出纠正意见。对于控告、申诉、检举中涉及审判活动违法的，则应通过调查，查明审判人员违法的事实后，提出纠正违法的意见。

（五）民事审判监督和行政诉讼监督调查的内容

民事审判监督，是指人民检察院对人民法院审判民事案件和经济纠纷案件的活动是否合法所实行的法律监督。行政诉讼监督，是指人民检察院对行政违法行为和行政诉讼活动所进行的法律监督。

根据《民事诉讼法》第185条和《行政诉讼法》第64条的规定，人民检察院对民事审判和行政诉讼实行监督的方式主要是按照审判监督程序提出抗诉。最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有法定情形的，应当按照审判监督程序提出抗诉。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有法定情形的，应当提请上级人民检察院按照审判监督程序提出抗诉。

检察人员办理民事、行政抗诉案件，应当通过从法院调阅案卷材料、审查

证据、询问当事人、证人等方式，对案件事实和证据进行调查。调查的内容，应围绕着法律规定可以提出抗诉的情形，即：1. 原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；2. 原判决、裁定适用法律确有错误的；3. 人民法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；4. 审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。调查查明有上述情形之一的，即可提出抗诉。

三、检察人员证据调查的方法

（一）审阅案卷

审阅案卷，是检察人员查明案件事实、办理案件的一项基本方法。检察人员办理审查批捕、审查起诉、出席二审、再审法庭等案件，阅卷都是必经的工作程序。通过阅卷，检察人员既可以熟悉和掌握案情、核实证据，又可以发现侦查、审判中存在的问题。阅卷的步骤、方法是：

1. 全面阅卷

审阅案卷，首先应对全部案件材料和证据进行全面审阅，以全面熟悉案件情况，了解案件的全貌。只有全面审阅案件材料，才能对侦查、审判机关进行了哪些诉讼活动，查明或认定了哪些案件事实，收集到哪些证据，证据是否确实、充分，还存在哪些问题等方面情况获得完整的认识，为搞好批捕、起诉、出庭等项工作奠定基础。

全面审阅的要求是：

(1) 按一定顺序有步骤地进行。阅卷的过程，也是一种调查、认识案件情况的过程，只有按照一定的顺序、步骤，有条不紊地进行，才能取得较好的效果。尤其是在案卷材料较多的情况下，合理地确定阅卷的步骤，可以提高阅卷的效率。全面阅卷，一般采用从主到次，分类审阅的方法。

从主到次，是指按照先审阅主要案件材料再审阅其他材料的顺序阅卷。主要案件材料是指主要诉讼文书、主要证据材料等。在工作中，阅卷一般是按照从主要诉讼文书到其他诉讼文书，从诉讼文书到其他案件材料，从主要证据材料到其他证据材料的顺序进行。这样阅卷的优点是可以尽快熟悉案情。主要诉讼文书中一般都高度概括了案件的主要事实和情节，提出对案件的定性和处理意见，先审阅主要诉讼文书，就可以提纲挈领，对案件的主要事实有个清楚的了解。在此基础上再审阅其他材料，就可以很快熟悉全案的情况。

分类审阅，是指将案件材料分门别类，按照类别的顺序进行审阅。如把诉讼文书分为一类，供述材料分为一类，被害人陈述、证人证言等分为一类，勘

验、检查以及技术鉴定材料分为一类，一类一类地审阅。这样阅卷的好处，是通过分类把零星、分散的材料加以分析、综合而系统化、条理化，形成对案件事实、办案过程的清晰、完整的认识。

从主到次和分类审阅两种方法应当结合使用。确定主次顺序时可以类别为序，在分类审阅时也可以按主次顺序进行。

在案件材料不多的情况下，也可以按照卷宗装订的顺序进行审阅。

（2）要审阅全部的案件材料，不要有所遗漏。全面阅卷的目的就在于全面了解和掌握案件的情况，为此就应对卷内所有的材料全部阅到，不应有所遗漏。尤其是案情比较复杂或者是证据有反复、认定事实上有变化的案件，只有审阅了全部案件材料后，才能理清头绪，发现犯罪嫌疑人、被害人、证人供述或陈述的前后变化，找到案件中存在的问题或疑点。

（3）认真审阅，不要马虎草率。阅卷必须认真细致。只有认真审阅，才能熟悉全案案情，也才能发现矛盾和疑点，提出需要进一步查明的问题。如某检察机关的办案人员在审查一起公安机关移送起诉的诈骗案件时，从一份很不惹人注目的材料里发现了犯罪嫌疑人的姓名是“李文成”的记载，而卷中其他材料里都写着犯罪嫌疑人名叫李鑫。这一矛盾引起检察员的注意。经与犯罪嫌疑人住地公安机关核实，果然没有叫李鑫的，又经反复讯问犯罪嫌疑人，查明李文成是他的真名，而他在侦查中所供述的年龄、民族、文化程度等自然情况都是编造的。从而补充查明了犯罪嫌疑人的基本情况。

2. 重点审查

在全面阅卷了解了案件基本情况的基础上，还要针对所办理的不同案件所要查明的重点问题，进行重点审阅。重点审查的内容因案而异。审查批捕案件，重点审查是否符合逮捕条件；审查起诉案件，重点审查是否符合起诉条件；出席二审、再审法庭案件，重点审查抗诉书、上诉书与原审判决书对案件事实、适用法律和量刑上的分歧点和理由；民事、行政诉讼抗诉案件，重点是审查人民法院生效判决、裁定是否确有错误。

重点审查，通常采用对照审查的方法，即把诉讼文书中对案件事实的认定和提出的处理意见，与证据相互对照，与法律相互对照，以审查对案件事实的认定或提出的处理意见是否符合法律的规定。如审查批捕案件，要对照提请批准逮捕书认定的犯罪事实与犯罪嫌疑人供述及其他证据是否一致；对照犯罪嫌疑人口供与口供，包括前后口供及同案犯相互间的口供，口供与其他证据，其他证据与其他证据是否一致；对照认定的犯罪事实与确定的犯罪性质和罪名，看定性、定罪是否恰当；对照法律规定与犯罪嫌疑人的罪行和认罪态度，看是

否应当逮捕。审查起诉案件，要把起诉意见书中认定的犯罪事实与口供、证据相对照，看犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分；把犯罪嫌疑人口供与证据、证据与证据、口供与口供相对照，看是否相符；把犯罪事实与起诉意见书确定的犯罪性质、罪名相互对照，看是否恰当；将犯罪嫌疑人的犯罪事实与法律规定互相对照，看是否应追究刑事责任，并审查起诉意见书的处理意见是否正确。对二审、再审案件，要把判决书与上诉书或抗诉书相对照，找出上诉、抗诉的理由、根据及与判决书的分歧；把判决书与起诉意见书相对照，弄清公、检、法三机关在认定事实、适用法律上有无分歧；把判决书认定的事实与各种证据相对照，查明犯罪事实是否清楚，证据是否确实充分；把判决书与法律规定相对照，审查适用法律是否正确，刑罚是否适当。

通过对照审查，发现事实不清、证据不足，或者证据之间存在矛盾的，应当作为进一步调查或补充侦查的重点，进一步查明案件事实。实践证明，通过对照审查，往往可以发现案件中的矛盾和难点，防止错捕、错诉，起到审查把关的作用。如某县检察机关在办理一起审查批捕案件中，运用对照审查的方法，发现案卷中存在的十余处矛盾，从而纠正了一起假案。

本案中，公安机关提请批准逮捕书认定的犯罪事实是：甲、乙、丙三犯罪嫌疑人赶场回村路上，将某村女青年雷××拦住，拖到附近茶山里，先将裤袋里的10元钱搜走，后将其轮奸。办理此案的检察人员对案卷材料进行了认真的审查，发现卷中只有被害人陈述和犯罪嫌疑人的供述，无其他证据，且三犯罪嫌疑人口供前后矛盾很多，被害人陈述前后也不一致。主要矛盾点是：

(1) 三犯罪嫌疑人供述策划作案的过程、地点不一。提请批准逮捕书认定11月22日发案，11月21日三犯罪嫌疑人商定22日赶场时搞女人。对此，乙供述是11月21日在村外杉树山上商定的；甲供述是11月21日分别到乙、丙家里约定的；丙供述是他11月初对甲提起的。

(2) 三犯罪嫌疑人对11月22日在路上遇见被害人时是谁先提出作案的说法不一。甲供述是丙提出的；丙供述是乙提出来的；乙则供述是自己先提出来的。

(3) 三犯罪嫌疑人及被害人对谁从被害人身上搜出的10元钱，说法也不一。乙供述是他和甲把被害人的尼龙衣脱了，是丙从被害人右裤兜里搜出10元钱交给了甲；丙供述是甲、乙二人搜被害人的身上，搜出多少钱没看到；被害人陈述是高个的（乙）从她右裤兜里搜走10元钱。

(4) 三犯罪嫌疑人和被害人对把她往茶山上拖时踩掉鞋，是谁捡给她穿的，说法不一。被害人陈述是自己捡起穿上的；乙供述是丙捡给被害人穿的；

甲、丙各自供述是他们捡给她穿的。

(5) 甲供述中有一情节：他们在把被害人往茶山里拖时，被害人大声喊救命，他就从被害人左衣兜里掏出手绢把她的嘴堵住了；而乙、丙的供述和被害人陈述中都未提及此情节。

(6) 被害人陈述在抢钱和轮奸时，她的裤子被撕破，现已补好，已交给公安局，但物证既未随案移送，又无鉴定结论。

(7) 被害人陈述的犯罪人的特征是长头发、八字胡、身穿呢上衣、喇叭裤、青毛线衣，脚穿高帮解放鞋等，均未查证。

(8) 被害人陈述一名犯罪分子裤带上挂有钥匙圈，串着五把钥匙，是怎么看到的不清楚。

(9) 在讯问笔录中，记有“要我交代可以，但要把我原来的口供烧掉。”似有隐情。

检察人员带着以上疑点讯问了犯罪嫌疑人。讯问中三人同时翻供，均不承认作案，并说以前的口供是在被刑讯的情况下根据办案人的问话乱供的。于是检察人员深入实地调查，查明这是一起“被害人”报假案，办案人刑讯逼供造成的错案。在办理这起审查批捕案件中，检察人员认真阅卷，发现了证据之间存在的大量矛盾和疑点，为纠正错案奠定了基础。

3. 制作阅卷笔录

检察人员审阅案卷材料，应当制作阅卷笔录。制作阅卷笔录，既有助于检察人员分析案情，抓住案件事实的主要脉络和关键情节，加深对案情的认识；也有利于检察人员理清各种证据材料之间以及证据与案件事实之间的关系，为进一步调查指明方向；同时还便于检察人员做好出庭工作。

阅卷笔录一般包括以下内容：

(1) 犯罪嫌疑人、被告人的基本情况以及有关责任年龄、责任能力的情况。包括：姓名、性别、年龄、工作单位、职务、居住地、前科等情况。对作案时不满 18 岁涉及刑事责任年龄的，必须写明出生年月日，抄录证明出生日期的书证。对犯罪嫌疑人、被告人属于精神病人、又聋又哑的人、盲人、患有严重疾病的人，或者是正在怀孕、哺乳婴儿的妇女，应记明病情和具体情况，抄录有关的鉴定结论。

(2) 犯罪的事实和情节。对各种证据中反映的犯罪行为的时间、地点、情节、手段、动机、目的、后果等，要做摘记。多次作案的，要对每一起案件的事实、情节进行摘记。共同犯罪的，对每一同案犯在犯罪中的地位、作用进行摘记。如犯罪嫌疑人、被告人有法定的从轻、减轻、免除处罚或从重、加重处

罚情节的，也应摘记。

(3) 有关证据的情况。对各种证据证实的主要内容都要摘记。对犯罪嫌疑人、被告人的历次口供要按照时间的顺序扼要摘记供述和辩解的主要内容，前后供述是否一致，有无翻供。对时供时翻的，要记明是在什么情况下供述，什么情况下翻供的。证人证言、被害人陈述、物证、书证、勘验、检查笔录、鉴定结论等均应记明取证时间、证实的主要内容、证人与案件有无利害关系等。对定案依据的主要证据，摘记要准确详细。

(4) 需进一步调查、核实的问题。对于阅卷中发现的供与供、供与证、证与证之间的矛盾，以及有供无证或有证无供的情况，应当详细摘录，以便进一步调查、核实或退回公安机关补充侦查。

(5) 诉讼程序是否合法，法律文书是否齐全。

制作阅卷笔录的方法，可以按案件事实、情节的顺序记录，也可以按犯罪构成要件记录，还可以按证据归类或按证据形成的时间顺序记录。但实践中一般采用按案件事实、情节的顺序记录。采用这种方法，可以把证明每一事实情节的证据情况都相应地集中在一起，使证据更加系统，证据间的异同点通过对照更加明显，问题更加集中，便于审查使用。

制作阅卷笔录的形式，一般有摘录式、归纳式、复制式、图表式，其中最常见的方式是摘录式，或以摘录式为主，辅之以其他形式。摘录案卷材料，不要一概照抄，而应在能够充分反映案卷全貌的前提下，有重点而又不失原意地摘记原文。对于证据材料较多、较长的，可以在忠实于原意的基础上对其证明的问题进行归纳。对一些书证或技术检验、鉴定类的材料，应复制、复印原文。为阅卷方便，也可以把案件事实、证据、存在的问题等列表记录，以便于审查。

阅卷笔录中记录的各种材料，均应注明在原卷的卷、页、行。对每个证据都要在记录其内容的同时，记明证人、鉴定人等的名称和出证时间。阅卷笔录结构要完整，记录的字迹要清楚。

(二) 讯问犯罪嫌疑人、被告人

讯问犯罪嫌疑人、被告人，是检察人员审查案件，查明案件事实必须进行的一项工作。《刑事诉讼法》明确规定，人民检察院审查起诉，应当讯问犯罪嫌疑人。检察人员办理审查批捕、二审、再审案件中，对于案情重大、复杂的，口供多次反复或与其他证据相矛盾的案件，也要讯问犯罪嫌疑人、被告人。

检察人员在审查案件中讯问犯罪嫌疑人、被告人，重在审查核实案件事实

和证据，因而与侦查机关为收集证据而进行的讯问，在目的、方法上都有所不同。

检察人员讯问犯罪嫌疑人、被告人，目的主要在于：1. 直接听取犯罪嫌疑人、被告人对犯罪事实的供述，核实诉讼文书中认定的犯罪事实和情节，包括犯罪的时间、地点、手段、目的、动机、后果以及其他情节，以查明全案情况。2. 听取犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻的辩解，查明是否具有法定的从轻、减轻、免除处罚的情节或不追诉情形。3. 及时发现有无遗漏的罪行或应当追究的同案犯。4. 核实其他证据，发现新的证据或线索。5. 了解和掌握犯罪嫌疑人、被告人的认罪态度、思想动态及申辩理由，为出庭作好准备。此外，还可以及时发现侦查、审判活动中的违法情形。

讯问犯罪嫌疑人、被告人，应事先做好充分的准备。在审阅案卷的时候，检察人员就应当全面掌握案情和证据的情况，特别是犯罪嫌疑人、被告人历次供述和辩解的情况，以及供证之间的矛盾，在此基础上，拟出讯问提纲。讯问提纲一般指：1. 犯罪嫌疑人、被告人的情况，拘留、逮捕的时间；2. 犯罪前科及受行政拘留、劳动教养等的情况；3. 全面核实犯罪事实，重点弄清作案时间、地点、手段等情节；4. 犯罪的动机、目的、后果；5. 犯罪嫌疑人、被告人对犯罪事实有何补充及申辩；6. 犯罪根源。

讯问的方法，一般是先让犯罪嫌疑人、被告人将犯罪事实从头至尾供述一遍；然后按照事先准备的讯问提纲，逐一核实犯罪的各个情节；对于供证不一致的地方，应当详细地讯问；对于讯问中可能涉及的新的犯罪事实、同案犯或重要证据的线索，应当一追到底，不要遗漏。

（三）询问被害人

检察人员审查案件，还应当询问被害人。被害人是犯罪行为直接侵害的人，是行使控诉职能一方的当事人。被害人有权就案件的处理等问题提出自己的意见。因此检察人员询问被害人，一方面是为了核实案情和证据，一方面也是为了听取被害人对案件处理的意见。《刑事诉讼法》明确要求人民检察院审查起诉时，应当听取被害人、被害人委托人的意见。审查批捕时，为核实案情和证据，也可以询问被害人。办理二审、再审出庭案件的检察人员也应当询问被害人，特别是对请求检察机关抗诉的被害人，更应当听取他们对原审判决的意见。

询问被害人也应当事先拟好询问提纲。询问的内容主要是核实被害人所感受到的遭受犯罪侵害的事实和情节，对以前的陈述中事实情节陈述不清之处要重点提问，要被害人仔细回忆，补充陈述清楚。询问中还要注意提问被害人有

无新的证据、证人的线索。如果有，也应询问清楚。询问中要注意保护被害人的合法权益，尤其是强奸、流氓案件的被害人，询问前应做好充分准备，力争一次询问清楚，对以前的陈述中事实情节都已陈述清楚的，也可不再详细询问被害的细节，只听取他们对案件处理的意见。

（四）调查核实证据

检察人员审查案件，应当全面调查核实证据。所谓全面调查核实，就是既要调查核实人证，也要调查核实物证；既要调查核实证据是否真实可靠，也要审查证据的证明作用；既要对全案证据逐一调查核实，也要将证据互相对照印证核实。通过调查核实证据，不仅可以查明证据本身是否真实可靠，而且还可以进一步核实案情。特别是遇到复杂、疑难的案件，证据不够充分或证据之间有矛盾的案件，更要认真做好调查核实证据的工作，通过复核证据和补充收集新证据，以肯定真实的证据，否定不真实的材料，消除矛盾，取得证据的一致性。

检察人员调查核实证据的方法主要是：

1.讯问犯罪嫌疑人、被告人，询问证人时同时做好复核证据的工作。除通过讯问犯罪嫌疑人、被告人核实口供外，对于随案移送的物证、书证等也要让犯罪嫌疑人、被告人辨认。对被害人陈述，也应通过询问复查其陈述中有无自相矛盾之处。

2.询问证人和鉴定人。对证人证言中存在陈述不清楚、有自相矛盾之处的，或证人证言与其他证据相互矛盾的，要通过询问证人调查核实；调查中发现新的证人的，也要通过询问收集新的证言。对鉴定结论有疑问的，可以询问鉴定人，请鉴定人对鉴定结论作出说明，必要时也可以要求鉴定人重新鉴定，或另聘请鉴定人重新鉴定。对物证、书证应进行鉴定而没有进行鉴定的，可以补充鉴定。

3.复验、复查。对侦查机关的勘验、检查笔录有疑问，认为需要复验、复查的，可以要求侦查机关复验、复查，检察人员也可以参加复验、复查。

4.审核物证。对随卷移送的物证，要进行认真的审核，除了要审核物证的来源和可靠性外，还要注意把物证与勘验、检查笔录，鉴定结论，以及其他物证相互印证，着重审查物证与案件事实的联系和它所能证明的案件事实。

5.深入实地调查核实。深入发案地，依靠群众调查核实证据，是检察人员调查核实证据的一个非常重要的途径。通过深入发案地，不仅可以查看犯罪地点和场所，熟悉发案时的空间状态，准确客观地核实案件的各种证据；同时还可以找到新的证人，准确地查明案件事实。如某检察机关在审查一起公安机

关移送起诉的抢劫案时，发现证据之间存在的矛盾之后，深入发案地调查核实，准确地认定了主犯，从而避免了一起错诉案件。

公安机关的起诉意见书认定，主犯梁××在行窃时被事主发现，即从市场上卖猪肉摊抄起一把砍猪肉刀，砍伤事主的弟弟。检察人员核实证据时发现，砍刀致伤的伤口应是长型，而法医检验证明，被害人的伤口长1.5厘米，宽0.5厘米，深3厘米，显系锐器所致，说明被害人伤口状况与犯罪嫌疑人梁××所用的凶器不相吻合。经对被害人伤口状况和衣服破损情况进行检验，确认了这点。办案人员经深入发案现场的集贸市场，找到三位目睹发案经过的小贩，证实当时拿砍猪肉刀的人没有砍中被害人，而是他的另一个同伙用一把尖刀刺中了被害人的后腰部。经核实三位证人所述拿砍刀人的衣着、面貌特征等，均与梁××一致，从而证实被害人不是梁××砍伤，并进一步查明刺伤被害人的是这个团伙中的另一名同案犯。从而保证了起诉案件的质量。

（五）补充侦查和调查

检察人员办理审查批捕、审查起诉案件，发现案件事实不清、证据不足的，除按规定退回公安机关补充侦查外，也可以自行补充侦查或调查。检察人员办理二审、再审案件，进行民事、行政抗诉，也需要进行调查，查明案件事实，收集证据。

检察人员办理审查批捕案件时，对于不符合逮捕条件但需要继续侦查的，在通知公安机关不批捕决定的同时，还应通知公安机关补充侦查。批捕时的退补侦查，主要适用于证据不足以证明犯罪嫌疑人有犯罪事实的案件。如果犯罪事实已基本查清，只是证据不太充足，或有某些次要情节尚需补充查明，而又具备侦查条件的，检察人员也可以自行侦查。退回公安机关补充侦查的，应制作《退回补充侦查决定书》，写明退回补充侦查的理由和需要补充侦查的事项，连同不批准逮捕决定书、案卷材料和证据退回公安机关。

在审查起诉中，检察机关认为需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。对于犯罪事实不清、证据不足的案件，或者发现有遗漏的罪行和其他应当追究刑事责任的人需要补充侦查的案件，一般都要退回公安机关补充侦查。退回公安机关补充侦查的，就制作《退回补充侦查决定书》，并附补充侦查提纲，连同案卷材料和证据一并退回公安机关。而对于侦查中有刑讯逼供行为，口供和证据失实的案件，在认定事实和证据上与公安机关有分歧的案件，或者退查可能延误办案时间的案件，一般由检察机关自行补充侦查，或协同公安机关共同补充侦查，以及时、准确地查明案件事实，正确处理案件。

已经提起公诉的案件，在法庭审理过程中，检察机关认为案件需要补充侦查的，可以由出庭的检察人员建议法庭延期审理，对案件补充侦查。检察人员建议补充侦查的，一般适用于在庭审中案件事实和证据发生重大变化的案件(如被告人翻供、被害人翻证、主要证人改变证言的案件等)，以及发现被告人有新的犯罪事实或有遗漏的同案犯应当补充侦查的案件。对延期审理补充侦查的案件，一般应由检察机关承担，但对发现被告人另有重要犯罪事实以及遗漏同案犯的案件，也可以退回公安机关补充侦查。

检察机关自行补充侦查，除了要讯问被告人以外，根据需要还可以询问证人、被害人，补充鉴定、重新鉴定，并可以采取必要的强制措施。

第三节　审判人员证据调查实务

一、审判人员证据调查的特点

审判人员是我国法院中行使国家审判权的专门人员的总称，包括人民法院正、副院长、各审判庭正、副庭长、审判员、助理审判员以及人民陪审员。审判人员应当具有法律专业知识，并按照法定的条件，经过法定的任命程序取得资格。

审判权由人民法院行使原则是我国宪法、诉讼法所确立的基本诉讼原则之一。在司法实践中，审判权的行使是通过审判人员的审判活动来体现的，即通过认定事实，适用法律，确定案件当事人的法律责任，并以判决书、裁定书或调解书按照法定程序发生法律效力之后，诉讼当事人必须承担判决书、裁定书或调解书的形式将审理的结果记载下来。判决书、裁定书或调解书所确定的法律责任。

审判人员正确行使审判权，即严格依法审理依法判决案件是至关重要的。它不仅关系到案件当事人的合法权利能否得到有效的保护，行为人的违法侵权行为能否得到制止，被告人的犯罪行为能否得到及时准确的处罚，也关系到社会公共秩序、生活秩序能否得到有力的维护，国家政治、经济的发展是否能在有序的法制环境下顺利进行。审判人员正确行使审判权，其中最为基本的环节之一是搞好证据调查。审判人员的证据调查是依法定程序认定案件事实，适用法律作出判决的基础，从这一意义上来讲审判人员的证据调查活动具有其独特的特点。

1. 审判人员证据调查是在诉讼活动的最后阶段进行的，对于证据所进行的审查、判断与采信具有终极性的特点。

以刑事诉讼为例，侦查人员、检察人员证据调查的结果使诉讼活动进入下一个诉讼阶段。侦查人员证据调查的结果是案件由侦查阶段进入起诉阶段，检察人员证据调查的结果是案件由起诉阶段进入到审判阶段，而审判人员证据调查的结果是判决、裁定的生效，即案件在一级审级的结束。

从刑事诉讼程序来讲，审判人员进行的证据调查是对案件事实的最后把关，这一最后把关具有双重意义，一是通过审判活动对侦查人员、检察人员依职权进行的诉讼活动予以制约和监督；二是在坚持准确、及时惩治犯罪的同时，保障公民的合法权利。

2. 审判人员的证据调查带有中立性的特点。

审判人员证据调查是对按照法定程序提供的证据进行调查，无论当事人提出诉讼请求，还是国家公诉机关依职权提起的诉讼请求，都必须向法院提供证明发生某种事实的证据。这种经过法定程序所提供的证据其证明力是双向的：即提供证据的诉讼机关或诉讼当事人在收集证据时是以其职权或者其诉讼请求为依据的，因而所提供的证据必然是带有倾向性的。如刑事诉讼案件中，公诉人依据其职权向法庭所提供的证据是证实被告人有罪的证据，而辩护人接受被告人的委托所收集以及向法庭提供的证据是证实被告人罪轻或无罪的证据。在民事诉讼、经济纠纷诉讼案件中，双方当事人以及诉讼参与人出于切身的经济利益各自提供证据的倾向性就更明显了。那么，审判人员在审查、判断证据时，所应遵循的原则只有一个，即“以事实为依据”。对所提供的证据进行审查、判断以及确定是否采信时，只能是尊重事实，而不得先入为主，带有个人的感情色彩或者是带有倾向性。

3. 审判人员的证据调查具有确定性的特点。

侦查人员、检察人员证据调查的目的是运用证据，认定案件事实。但这种认定并不是法律意义上的最终认定，即在侦查阶段、起诉阶段所收集的证据不是最终定案的依据。而审判人员证据调查的目的也是运用证据认定案件事实，但这种认定是法律意义的最终的认定，即经过了法庭庭审核实的证据是最终定案的依据。

未经法庭庭审核实的证据不能用作定案的依据，这是我国诉讼制度的基本原则。从这个意义上来讲，审判人员所进行的证据调查是查清案件事实，确定被告人或者诉讼当事人法律责任，决定适用实体法的基础。

4. 审判人员的证据调查的另一特点为程式性。

审判人员的证据调查是按照法定方式进行的，我们这里所说的法定方式是指诉讼法所严格规定的法庭庭审所必须遵循的程式性的操作规范，即包括顺序也包括原则和方法。审判人员证据调查主要是在法庭，以主持法庭调查、法庭辩论的方式进行。刑事、民事、行政等诉讼法在审判程序中详细规定了进行法庭调查、法庭辩论各个环节的先后顺序，审判人员以及审判组织主持法庭庭审，合议庭合议以及审判委员会讨论的原则和方法。最高人民法院先后就适用刑事诉讼法、民事诉讼法以及行政诉讼法的适用作出了司法解释。诉讼法以及司法解释关于审判程序的操作规定（证据调查）是审判人员在审理案件期间进行证据调查时所必须严格遵循的。

二、审判人员证据调查的难点

我国诉讼法律体系各诉讼法律中对证据种类的规定基本上相同。如刑事诉讼法规定的证据为七种：物证、书证；证人证言；被害人陈述；犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；鉴定结论；勘验、检查笔录；视听资料。民事诉讼法规定的证据为七种：书证；物证；视听资料；证人证言；当事人陈述；鉴定结论；勘验笔录。行政诉讼法规定的证据也是七种，除了在第七种证据勘验笔录后加上了现场笔录外，与民事诉讼法规定的证据种类以及排列方式都是一样的。

在审判实践中，审判人员对各类案件的证据调查常常会遇到一些问题，对这些问题仅仅按照证据调查的一般原则、方法是无法解决的。除了要求审判人员必须具备的执法意识以及审判技巧外，还要求审判人员调动经历、阅历以及在此基础上的综合分析、判断能力。现仅就审判实践中常见的带有共性的难点问题作一些介绍。

（一）书证中的公文书证

书证是以其记载、表达的内容证明案件事实的文字材料。书证中的公文书证是指国家机关、企事业单位、社会团体在法定的权限内依职权所制作的文书。公文书证中有的内容是涉及案件事实的，如账簿、书信、合同、公证等；而有的公文书证除了能够证明案件的事实外，同时又涉及到实体法的内容，如国家在某一段时间内对某一方面的问题所作出的政策性规定，这些政策性较强的公文书证的采信，往往关系到案件的性质或者直接决定着行为人的法律责任。在审判实践中，对这类涉及政策性以及法规性的公文书证的审查应注意以下几个方面：

1. 公文书证的内容与国家改革开放政策不一致的，应以国家政策为依据，根据案件的实际情况决定是否采信公文书证

这种情况在刑事诉讼案件中较为常见，如改革开放初期，经济体制改革与立法不同步使得私营企业无法合法经营，许多私营企业采取挂靠到集体企业或者自愿与集体企业合并的方式生存，私营企业主在挂靠或合并后对企业财产的支配行为往往被控告为贪污罪。工商管理部门为私营企业挂靠的或合并的集体企业所颁发的营业执照，所出具的相同内容的公文书证就成为私营企业主成为贪污罪主体的证据。审判人员在审查、判断这些公文书证时，如果不注意核实企业的真实性质，从企业的资金来源，实际对企业的支配等因素判断、分析有罪证据，就会造成错判。

2. 无效公文书证

国家行政管理部门所作出的规定中有些内容是涉及证据效力。如国务院办公厅 1993 年 2 月国办发（1993）11 号《关于严禁行政机关为经济活动担保的规定》，重申行政机关不得为企事业单位的经济活动提供担保。对于违反规定自行为企事业间经济活动提供担保的，要追究批准人的责任；对于造成经济损失的，要对行政机关领导以及责任人给予处罚，直至追究其刑事责任。在审判实践中如遇到诉讼当事人所提供的担保是行政机关，该担保的证据是无效的。

近年来，随着我国改革开放的深入，涉外案件逐渐增加，尤其是公民涉外婚姻、涉外继承等案件增加，各种公证在诉讼活动中的证明作用日益重要。最高人民法院对公证的效力所作出的司法解释是审判人员在审判活动中所必须遵循的。如最高人民法院在 1992 年 9 月（1992）法民字第 17 号《关于我原驻苏联使馆教育处出具的证明效力不具有证明效力的复函》中，明确我国驻外使领馆内具有涉外公证认证职能的部门为领事部，其他部门如教育处、文化处、商务处等无权出具涉外公证认证文书。审判人员审查、判断我国涉外机构出具的证明效力时，只能依据这一司法解释所确立的原则。

（二）被告人翻供

被告人是指因实施了犯罪行为经过法定追诉程序而处于审判阶段的人。被告人翻供包括被告人在审判阶段推翻自己在侦查、起诉阶段的供述和辩解，以及被告人在不同诉讼阶段或者同一诉讼阶段推翻自己所作的供述和辩解。

1. 被告人翻供的原因

从审判实践来看，被告人翻供的情况较为常见，这是被告人诉讼地位、诉讼权利以及法律意识水平等原因所决定的。

被告人在整个诉讼活动中均处于被司法机关追诉的地位，诉讼活动一开始人身自由就受到了限制，诉讼活动结束后，被告人可能会为自己的行为承担刑事责任，即丧失自由、财产直至生命。

在诉讼过程中，被告人虽然享有法定的诉讼权利，但这种权利不是对国家司法权利的限制，也就是说，被告人并不具备与国家司法权利相抗衡的手段。此外，我国的法律传统，文化传统对社会公众法律意识的影响根深蒂固，公众价值观、道德观的取舍具有浓厚的传统色彩，即趋众、趋同而不注意个性的发展，不注重个人的权利，法律观念淡薄，尤其是用法律手段保护自己权利的观念淡薄。所以当一个公民被司法机关传讯或者被司法机关采取了强制措施，通常的心态是要尽早摆脱不自由的状态，而不去考虑如何维护自己的权利。这种情况只有随着国家政治、经济的发展，法制的完善以及全民族文化修养与整体素质的提高而逐步解决。

2. 被告人翻供的种类、内容、方式、形式

(1) 被告人翻供的种类有两种，即无罪者的翻供及有罪者的翻供。

无罪者的翻供大致有两种情况：①被告人确实无罪，由于侦查机关采取强制措施，甚至于对被告人进行了刑讯逼供、诱供，被告人不得不按照侦查人员的口径供述犯罪事实，而案件移送到检察院或者起诉到法院，被告人就彻底翻供，有的被告人还在侦查阶段就彻底翻供。②被告人的行为属于违法行为，侦查机关或者是检察机关以犯罪追诉的，被告人最初由于不了解法律的规定，承认自己的行为是犯罪。随着诉讼程序的递进，被告人自己通过学习或者通过所聘请律师的帮助，对法律以及有关政策规定有了了解，故在承认自己的行为同时，不再承认犯罪。

有罪者的翻供情况较为复杂，与被告人以往的个人经历有关，可以分为初次犯罪被告人的翻供和多次犯罪被告人的翻供。

初次犯罪的被告人在预审时对自己的犯罪行为能够如实供述。尤其是初次犯杀人罪等重罪的被告人会对自己的犯罪行为愧疚，也会如实供述，甚至于会夸大自己的罪责，以求尽快得到惩罚摆脱负罪感。随着时间的推移，这种心态会有所变化，被告人常常会将案件发生的主要责任推给被害人，以求得从宽处罚。也有些初次作案的被告人在不知道自己行为后果的情况下如实供述，而一旦知道被害人死亡，死无对证，也会彻底翻供。

多次犯罪被告人是指那些有劣迹、有前科的被告人，这种被告人翻供的情况要复杂的多。被告人有劣迹或者有前科意味着常与公安机关打交道，熟悉司法机关的工作方式以及有关的程序，再加上这种被告人从不受社会道德规范的约束等原因，在审判实践中，让这种被告人如实供述犯罪事实相当困难，翻供就更为常见了。

(2) 被告人翻供的内容包括了被告人供述和辩解的全部内容。即有是否实

施了犯罪行为，实施犯罪行为的原因、动机、目的，实施犯罪行为的经过、犯罪手段、犯罪方法、犯罪情节等方面的供述，又有对自己行为是否构成犯罪，构成什么犯罪，罪轻还是罪重的认识和辩解等。

(3) 被告人翻供的方式包括全面翻供、部分翻供以及重复翻供。全面翻供是指被告人不再承认自己实施了所指控的犯罪行为；部分翻供是指被告人推翻原所作的关于犯罪动机、情节、手段的供述，如承认自己实施了所指控的犯罪行为，但不再承认对该行为的后果承担主要责任；或者是承认自己是因过失或者因正当防卫而犯罪，不再承认是故意犯罪。有的被告人翻供涉及范围是自我辩解，即不再承认自己的行为构成犯罪，或者不再承认自己犯有严重的罪行。重复翻供是指被告人在同一的诉讼阶段供了翻，翻了又供。或者是在侦查阶段作出的供述，在起诉讼阶段、审判阶段翻供。或者虽然在起诉阶段翻供，而在案件进入审判阶段又恢复原来所作供述等。

(4) 被告人翻供的形式有口头与书面两种。即被告人在法庭庭审前的提审中向审判人员口头或者书面提出；被告人在法庭庭审时口头提出，或者在上诉时以口头或者书面的方式提出。犯罪嫌疑人翻供亦有口头、书面两种形式。

3. 如何审查判断翻供被告人翻供

被告人翻供意味着被告人在不同的诉讼阶段作出的供述、辩解不一致，这种不一致的内容在法庭庭审时应予以核实。从一般意义上来讲，对被告人翻供进行审查与判断时通常不会有太多的困难，因为审判人员查清犯罪事实时，并不完全依据被告人的供述和辩解，而是要综合审查、判断、运用全案其他各种证据。但是，审判人员审查、判断、运用证据的目的是查清案件事实，根据刑法决定被告人的刑事责任。而刑法规定有些犯罪是以主观动机为要件的；在确定刑期时，被告人是否悔罪是审判人员考虑的酌定情节。由此，不论被告人翻供的原因是否成立，翻供的内容是否真实，翻供以后是否会影响对被告人的定罪以及是否需要重新调查收集证据，审判人员都应先假设被告人翻供是成立的，然后再根据全案其他证据逐一排除被告人翻供中的虚假成份。根据审判经验，在审查、判断被告人翻供时，应注意以下几个方面：

(1) 被告人翻供前作出的供述和辩解是否自然、合乎情理。被告人是在初次预审时作出的供述和辩解，还是在侦查人员多次讯问的过程中逐步供述的。被告人初次预审时的所作的关于犯罪经过的陈述是否自然，关于犯罪原因、犯罪手段、犯罪结果以及悔罪表示的叙述是否合乎情理。被告人在多次讯问的过程逐步供述中涉及案件事实的内容，尤其是犯罪情节的供述与其他证据间的吻合程度是否过于严密。从审判实践来看，被告人关于犯罪事实供述和辩解如果

是逐渐接近案件其他证据的，且与其他证据完全吻合的，这种供述的可信性是要打折扣的，不能排除诱供、逼供的可能性，尤其被告人是初次犯罪或者是初次被司法机关传讯的。

(2) 被告人翻供的理由是否充足。被告人无论在哪一个诉讼阶段翻供都会解释其翻供的原因，所主张的理由无外乎侦查人员、检察人员诱供、逼供，无法忍受刑讯，无法忍受在看守所生病无医无药等等。从审判经验来看，侦查人员、检察人员是否诱供逼供是最难以核实的。无罪者以及初次犯罪被告人解释其翻供的理由是否充足判断起来困难不大，而有罪者以及多次犯罪被告人解释翻供的原因，尤其是全面翻供的被告人解释其翻供的原因以及理由是最不容易判断真伪的。

(3) 被告人翻供的内容能否能与其他证据互相印证，在其他证据不够充足的情况下，则判断是否与客观规律或者一般常识相符合。被告人翻供不论涉及的是犯罪动机、手段、方法、后果等情节还是涉及无罪、罪轻，也不论其翻供是全面翻供还是部分翻供，是反复翻供还是先供后翻，判断其翻供是有意逃避法律的制裁，避重就轻，还是懂得了运用法律保障自己合法权利，主要的方法是综合运用全案其他证据，或者是按照客观规律一般常识判断被告人翻供的可信性。

某夏日傍晚，被害人刘利骑自行车路过一机房时，被一男人劫持。在机房内，被害人被强奸，手表、书包、自行车被抢走。被害人及时向公安机关报案。在侦破案件期间，公安机关对案发地附近青年男性中符合被害人描述的犯罪嫌疑人年龄、身高的人逐一排除，选出有作案时间以及在案发前后路过机房的人，让被害人先指认照片后实际辨认。通过这些方法，将卫盛安作为犯罪嫌疑人逮捕。卫盛安在案发前后确曾路过机房，身高与面容与真正的罪犯又很相似，但他不是犯罪行为的实施者。在侦查阶段，由于侦查人员的逼供、诱供，卫盛安很快就承认了全部犯罪事实，在许多基本的细节上与被害人的陈述可以完全印证，与现场勘验笔录也能完全印证。如卫盛安的供述中包括手表、自行车的品牌，书包里的物品；被害人所穿衣物甚至与可以说出被害人内裤、内衣的颜色；可以准确地画出自己所穿鞋的鞋底图案等等，但是卫盛安始终不能供述所抢的手表、书包、自行车的下落。由于卫盛安的认罪供述，案件不仅顺利的移送到检察院，且很快地起诉到法院。卫盛安在检察院起诉期间即全面翻供，在法院一审庭审时，卫盛安向法庭解释原作的有罪供述是逼供、诱供的结果，要求法庭予以核实。在一审法院对其作出有罪判决之后，又以相同的理由提出了上诉，二审法院对他的上诉予以驳回，裁定维持一审以强奸、抢劫罪判

处其死刑的判决。在执行死刑判决时，卫盛安刑场喊冤并给家人留下替他申冤的遗书。数月后，强奸、抢劫刘利一案的真正的罪犯周励因盗窃犯罪被公安机关抓获，为了争取宽大处理，主动交代了强奸、抢劫刘利一案的犯罪事实。按照他的交代，公安机关起获了手表、书包以及自行车等物证。卫盛安最终被宣告无罪，但教训是惨痛的。在某种意义上来讲，卫盛安的生存权利是经过合法的程序被非法的剥夺了。

卫盛安在诉讼过程是中先供后翻的，翻供前关于犯罪事实的供述就有不少疑点，如犯罪事实、手段、方法等细节的供述是逐步接近其他证据的，赃物下落不明；有些情节的供述与其他证据的吻合程度是不可信的。如常人谁能够准确的画出所穿鞋底的花纹。又如强奸案发生在傍晚，机房内能见度较差，被告人作案时高度紧张，根本不可能看清被害人所穿内衣、内裤的颜色等。对于这些按照客观规律和一般常识稍加分析就会发现的问题，即使卫盛安不翻供也应该能够发现的。负责审理本案的检察人员、审判人员都为自己的失职承担了法律责任。我们在这里举这个案例的目的是为了说明审判人员对被告人翻供的审查与核实的重要性，审判人员的认真审查不仅可以避免类似卫盛安被冤杀情况的再次发生，也可以避免出现认定事实以及适用法律方面的错误。

（三）鉴定结论

鉴定结论是基本的诉讼证据，不论刑事诉讼、民事诉讼还是行政诉讼，鉴定结论都是法定的证据。在审判实践中，鉴定结论在各类案件中的证明作用日益重要，有的案件必须依据鉴定结论才能定案。审判人员审查判断鉴定结论的主要难点是如何判断鉴定结论意见的公正性、科学性。

鉴定结论的公正性是指鉴定人客观地对案件中的专门性问题进行检验、分析、判断并实事求是地作出结论意见。鉴定结论的公正性是对事实而言，不以被告人或者诉讼当事人的认同为准。科学性是指鉴定手段、方法的科学性以及鉴定结论结论所表述意见的科学性。我国诉讼制度中鉴定人或者鉴定机构是以司法机关的委托为鉴定工作依据的，鉴定的委托是国家司法机构依职责而行使的权利，无论从立法角度还是从实践角度来讲，按照法定程序进行鉴定所得出的结论意见应该是公正的、科学的。

从审判实践来看，具体案件的鉴定结论并不是都能够达到公正、科学的要求的。影响鉴定结论的因素很多，除了要受到科学理论、生产技术整体发展水平的制约外，还会受到鉴定人的专业水平、职业道德水平以及人际关系、社会关系等综合因素的影响。此外，鉴定机构设置、鉴定机构管理、鉴定人资格审查等机制的不够十分完善，立法以及司法解释中关于鉴定结论的规定过于原

则，缺少程序性、可操作性的规定等原因，不仅给鉴定工作造成一定难度，也为审判人员审查判断鉴定结论带来一定的难度。

鉴定结论所涉及的某一技术性专门问题是审判人员依据常识所不能判断的，这是审判人员审查与判断鉴定结论是否科学的难点，鉴定人往往不能摆脱复杂社会关系的影响，这是审判人员审查判断鉴定结论是否公正的难点。对这两个方面的问题，审判人员在法庭庭审或者书面审理案件时，仅仅依据书面的鉴定结论是无从进一步审查判断的。根据审判经验，可从以下几点着手：

1. 对鉴定结论提出疑义的理由和根据进行分析，认为确实有道理的就应决定重新鉴定

鉴定结论与其他证据一样，必须要经过法庭庭审的核实才能具有证据的效力。当事人、诉讼参与人、被告人、辩护人、公诉人、被害人等都有权在法庭上对鉴定结论提出不同意见，有权请求重新鉴定。

审判人员在庭审时（包括审查上诉书），对不同意鉴定结论的意见以及请求重新鉴定的申请应给予足够的重视，尤其应注意不同意鉴定结论以及请求重新鉴定的理由和根据。如提出鉴定的经过不符合程序，鉴定人不具有鉴定资格；鉴定人与当事人有利害关系；鉴定结论的得出缺乏科学根据等。

如前所述，鉴定结论的科学性、公正性是审判人员审查判断并决定是否采信鉴定结论的难点，对鉴定结论提出疑义的理由和根据进行分析，也会遇到同样的困难。如对提出鉴定经过不符合程序及鉴定人不具有鉴定资格的理由，审查与判断起来相对容易一些。而对提出鉴定人与当事人有利害关系以及鉴定结论不科学的理由，审查与判断起来确实相当困难。尤其是提出鉴定人与当事人有利害关系的，审判人员几乎无法判断其理由是否属实。

根据审判经验，对提出鉴定结论不科学的，审判人员应凭借个人对客观规律的了解，对科学常识的掌握以及对鉴定结论核心问题的理解，审查鉴定结论是否科学，判断所提出的鉴定结论不科学是否有道理。对于那些超出审判人员个人知识、经验所能了解、掌握、理解的问题，应向鉴定人或者向有关专家咨询。在没有弄清楚所有能够影响判断鉴定结论是否科学的问题之前，审判人员不要急于作出决定，即决定采信已有的鉴定结论或者决定重新鉴定。

2. 审判人员在鉴定人出庭作证时，通过控辩双方对鉴定人的询问、质证来审查鉴定人的资格、资历，判断鉴定人的专业水平

鉴定人是否有资格从事鉴定工作，其所在的工作单位或者学术团体所属的机构等是否为国家认可的鉴定机构，是判断其出具的鉴定结论是否具有证据效力的法定条件。

鉴定人从事本专业工作的资历，包括鉴定人所接受的专业教育、技术培训以及从事这一专业工作的年限。鉴定人专业水平即包括专业理论水平的高低、又包括实际操作能力的强弱。鉴定人的资历以及专业水平是判断其出具的鉴定结论是否科学的技术条件。

鉴定人出庭作证是审判人员对其资格、资历以及专业水平进行审查的必经程序，法庭上对鉴定人资格与资历的审查通常在鉴定人出庭时进行，审判人员通知鉴定人出庭之后，鉴定人就应向法庭说明自己的自然状况以及工作单位等。对鉴定人专业水平的审查主要是在法庭调查以及法庭辩论阶段进行。因此，审判人员对鉴定人专业水平的审查与判断是直观的、感性的，即不仅可以从鉴定结论的文字语言还可以从鉴定人在法庭上回答询问，解释鉴定结论的口头表述，来综合判断鉴定人的专业水平。在认可鉴定人的专业水平的基础上再进一步判断其所作的结论意见的科学性。

3. 从鉴定结论的书面内容判断其是否科学、公正

鉴定结论是证据的载体，应以详尽的文字说明鉴定的提起、鉴定的经过、鉴定所采用的手段、方法、鉴定结论的推理过程以及对所涉及案件事实的专门问题所作出的科学判断。对鉴定结论的书面审查有两种方法，一是形式审查，一是实质审查。

(1) 形式审查

鉴定结论既然是证据的载体，就要求鉴定结论具有一定的格式，一定的内容，对鉴定结论格式以及内容的审查都可以在不涉及鉴定结论的科学性的前提下进行，可以叫做形式上的审查。审判实践中，通过这种形式上的审查，是能够判断鉴定结论科学性的。如司法精神病学鉴定结论，根据《关于精神疾病暂行规定》的规定，司法精神病学鉴定书应具有的内容为：一般资料；案情及提起鉴定的理由、要求；案卷材料及鉴定调查材料摘要；摘录被鉴定人精神状态的事实材料；对被鉴定人进行精神检查所见的描述；对被鉴定人精神状态进行病理分析；对被鉴定人是否具有法定能力作出评定意见。司法精神病学鉴定书的格式要求是一案制作一份，在结论意见处鉴定人签名，鉴定机构盖章。司法精神病学鉴定书如果缺少上述内容，就不能成为证据，或者说没有证明的效力。如果司法精神病学鉴定书对鉴定手段、方法未详细地予以说明，审判人员也就无法了解对被鉴定人所作的鉴定经过，以及鉴定结论意见的科学依据，从而也就无法进一步去判断结论意见的科学性。鉴定结论中评定被鉴定人为智商发育迟滞（中度)，限定责任能力，而鉴定结论中的鉴定手段、方法中没有对被鉴定人进行智商测定的内容，这样的鉴定结论显然是缺少科学依据的。此

外，司法精神病学鉴定书如果不是以一案一份的形式，而是填写在制式表格或者以医学诊断证明代替鉴定书的，或者在鉴定结论意见处没有鉴定人的签名、鉴定机构的公章，都是没有证明效力的。审判人员遇到这样的情况，应该要求鉴定人重新制作鉴定意见书，补充缺少的内容，或者决定重新鉴定。

(2) 实质审查

鉴定结论是对科学技术方面的专门性问题作出的判断。对鉴定结论进行实质性的审查，包括两方面的内容，一是审查鉴定的手段和方法，二是审查鉴定的判断意见。

①审查鉴定的手段和方法

鉴定的手段和方法是指对鉴定对象进行检测、定性、定量分析所运用的科学知识，所依照的科学标准以及所凭借的仪器、技术手段、分析方法。从审判实践经验来看，鉴定所涉及的科学已由原有的法医学扩展到其他科学，如心理学、考古学、建筑学、化学、毒物学、遗传学、社会学等，仅化学就涉及到了工程化学、生物化学、物理化学等分支学科。与其相适应，鉴定所能的采用手段、方法也越来越多，越来越先进，鉴定结果也越来越准确。如显微分析法、DNA 检验法、智商测定法，指纹鉴定已可以采用激光、染色剂、激发能量和化学等方法，这些先进科学技术在刑事鉴定中的采用，对物证判断的准确性可以说达到了无懈可击的精确程度。在我国就已经出现了采用 DNA 检验法的案例。一起重大抢劫案，现场所能提取到的仅有一蒙面用具，对这唯一的物证采用 DNA 检验法进行鉴定，根据蒙面用具上微量汗液所显示的遗传物质与犯罪嫌疑人血液样本中的遗传物质一致的结论意见，认定该犯罪嫌疑人就是被告人。

鉴定手段、方法的日益科学，日益先进，降低了审判人员审查判断的难度。如毒品含量、纯度的鉴定，现可以采用的方法有显色检验法、色谱法、分光光度法、显微结晶实验以及免疫分析技术，其中有的方法是凭借精密仪器进行的。审判人员审查毒品鉴定结论时，直接运用结论意见的数据就可以了。审判人员审查运用先进科学技术手段、分析方法的鉴定结论时，应注意的内容是鉴定经过鉴定所凭借的仪器、分析方法；所得出的数据；鉴定对象的提取与保管是否及时，固定的方法是否安全、可靠等。

②审查鉴定的判断意见

鉴定的判断意见是指对鉴定对象的状况、属性作出结论意见的基础上，对鉴定对象与行为之间的因果关系、与案件事实的内在联系所作出的判断意见。对鉴定的判断意见是审判人员审查鉴定结论的重点。

我们这里所说的对鉴定的判断意见进行实质性的审查，并不是要求审判人员能够从科学的角度去审查，审判人员对于科学知识和技术手段的了解是相当有限的，所遇到的案件类型是不同的，需要鉴定的专门问题也各不一样，审判人员不可能对鉴定意见进行专业性的审查与判断。审判人员是从运用证据证明案件事实的角度来审查鉴定的判断意见的，即运用自己掌握的法学知识、审判经验、综合全案各种证据，对鉴定的判断意见进行再判断。

刑事诉讼案件中的司法精神病学鉴定结论，是在对被告人是否患有精神疾病作出医学诊断的基础上，对被告人作案时是否因病而丧失控制能力、辨认能力，或者因病致使其控制能力减弱，辨认能力下降作出评定意见的。审判人员对被告人作案时是否因患精神疾病而不具有法定能力的评定意见，必须进行再判断。精神疾病患者实施犯罪行为时，因病不具有辨认能力、控制能力，或者辨认能力降低，控制能力减弱的，不仅会表现出犯罪心理的异常，还会在实施犯罪行为的具体环节上表现出来。如犯罪动机不明或以病态错觉、病理妄想为动机；作案动机简单地出于激情或激愤；作案动机明确但对犯罪对象、地点不加选择；作案无计划、不周密；犯罪手段残忍、笨拙；作案后不知自我掩护，不知逃避，对自己行为的后果无认识，没有悔罪表示等。这些能够证明被告人整体精神状态以及精神异常的证据分散在证人证言、书证、被告人供述和辩解的内容里，审判人员应综合被告人的主观犯意；犯罪方法、手段；对自己犯罪行为的认识；被告人犯罪行为与所患精神疾病之间的关系等方面的证据，对司法精神病学鉴定的评定意见是否科学、正确进行再判断。

被告人张然，曾因患有精神分裂症接受治疗而在家闲居半年，后因病情好转，能够向常人一样的生活，家人同意他回到所在的远洋公司继续作海员。张然服务的远洋货船在海上航行后，张然即与船员黄力因工作发生矛盾，经人劝解，两人都表示了互相谅解。张然初上船还能坚持服药，渐渐不吃药了，也渐渐表现出了反常，如时常自言自语、发呆，不愿意和其他船员接触，脾气暴躁等，常常抱怨黄力控制他、监视他、有意整他等。某日晚，张然与黄力同值夜班，黄力先让张然打扫船舱，后又让张然替他倒水，张然从工具箱里拿出斧头，趁黄力不备从黄力身后朝黄的背部砍去，黄力被砍倒后向张然求饶，张然不听，接连砍了黄力数刀，黄力当场死亡。之后，张然用床单包裹了黄力的尸体，扔进大海。又回到案发现场，用拖布擦洗血迹。接班的船员发现黄力失踪，经再三询问，张然供认杀人的经过。在解释杀人的原因时，张然称黄力平时就故意嘲笑他，发动全体船员孤立他等。案发时，黄力用眼睛告诉他，命令他自杀。黄力向他求饶时，想到黄力反正是活不了了，索性让他死吧。

对张然的刑事责任能力进行鉴定，鉴定结论意见是张然患有精神疾病作案时无责任能力。案件进入审判程序后，一审法院对这一鉴定结论提出疑义，张然患有精神疾病；作案前有反常表现；犯罪动机有病态的因素也有正常的因素；犯罪手段残忍但实施犯罪后表现出对自己的行为有一定的辨认能力，如抛尸灭迹，知道自己活不成了等。由此一审法院决定重新鉴定。第二次鉴定的结论意见为，张然患精神分裂症，作案时因精神疾病辨认能力降低，控制能力减弱，为限定责任能力。根据这一鉴定结论，一审法院对张然以杀人罪判处了有期徒刑。一审法院对第一次鉴定结论的分析与判断即有事实依据又有法律根据，即是在综合运用全案其他证据的基础上，对张然无责任能力的评定意见所作出的不科学的再判断是准确的。但这种再判断需要证据予以证明，不经过重新鉴定，没有新的鉴定结论，对张然不能以犯罪论处。

（四）间接证据的认定问题

间接证据是指不能直接或单独证明案件事实，必须与其他证据相结合才能证明案件事实的证据。从证明效力上来讲，间接证据即可以印证直接证据，又能够弥补直接证据不足的缺陷，在无法获得直接证据的情况下，只要间接证据之间能够形成“链条”，也能起到证明的作用。

审判实践中，无论是刑事诉讼案件、民事诉讼案件还是行政诉讼案件都会经常遇见没有直接证据，不得不依靠间接证据定案的情况。刑事诉讼案件依靠间接证据定案的情况虽然并不一定较其他诉讼案件多，但是由于刑事诉讼的任务是要惩罚犯罪，保障无罪的公民不受法律追究，在直接证据无法获得或者直接证据不足的情况下，要保障有罪的人受到应有的惩罚，确保无罪的人不受到错误的追究，确实是有一定的难度的。因此在这里，我们只就刑事诉讼案件审理中，审判人员如何依据间接证据定案的问题作些介绍。

刑事案件间接证据认定的难点在于审查各个间接证据是否能够形成“链条”，所谓“链条”应具备以下条件：

1. 每个间接证据都与案件事实发生一定的联系，这种联系是指每个间接证据只证明案件事实的一个环节，就其只证明案件事实的一个环节来讲，间接证据的证明效力应该是确定性的。

如杀人案现场遗留的血痕、指纹、鞋印；被害人刘英尸体；被害人财务被窃；被告人王贵案发前曾出入现场；案发后迅速离开案发地，且花钱出手大方，举止反常等。这些间接证据各自均证明杀人案的某一个环节，即犯罪行为发生地点、手段、后果、可能的犯罪嫌疑人是谁等。

2. 每个间接证据在基于各自与案件事实联系的基础上相互之间的联系必

须能够形成一个完整的"链条"，这种"链条"所证明的是案件事实的所有环节，因此形成"链条"的间接证据是能够作为定案依据的。

如前述杀人案，经鉴定现场指纹系被告人王贵所留；经查，刘英生前与王贵相识，王贵向刘借过钱。案发前，王贵失业；案发后王贵逃离案发地后经常出入大宾馆，对公安人员的讯问词不答意，所答非所问，不能举出证明其案发时不在现场的证人等。通过对这些间接证据的综合分析，运用审查、判断证据的一般规则即可发现这些间接证据与刘英被杀一案之间的内在联系，尽管王贵始终不供述杀人的事实，又没有直接目击证人，依据所掌握的证据完全可以认定王贵犯故意杀人罪。

间接证据之间所形成的"链条"与案件事实之间的联系方式是多种多样的，有的是直链式，即间接证据之间能够互为因果，互为前后，此证据与彼证据之间一环连接一环，所形成的链条与案件事实之间的联系呈环状；有的是并列式，即每个间接证据互相没有直接的联系，但各自均与案件事实发生确定的联系，间接证据与案件事实之间的联系呈放射状；有的是交错式，即每个间接证据即相互之间互为因果，互为前后，又都与案件事实发生确定的联系，间接证据与案件事实的联系呈网状。不论间接证据所形成的"链条"与案件事实的联系是那一种方式，在审查与判断其是否形成"链条"时必须注意的是，一定要排除其他合理解释的可能性。

我们这里所讲的排除其他合理解释的可能性即包括对每个间接证据要排除其他合理解释的可能性，又包括对间接证据形成的"链条"排除其他合理解释的可能性。

在无法获得直接证据的情况下，运用间接证据定案，仅仅每个间接证据都能够排除其他合理解释的可能性是不够的。如前述杀人案，案发现场留下的指纹，经鉴定证明是被告人王贵的，排除了指纹是其他人的可能性。但仅有指纹鉴定只能证明被告人到过现场，并不能证明被告人到过现场的行为与被害人的死亡之间有任何联系，因为对指纹的形成作出的合理解释可能有两个或者两个以上。即有可能是被告人作案留下的，又有可能是被告人案发前后到过现场留下的，还有可能是其他人的栽赃陷害。因此，在对每个间接证据环节都排除其他合理解释的可能性的基础上，必须对各个间接证据之间形成的因果关系、前后关系进行综合判断、综合分析，通过证实间接证据环节与环节之间的内在联系，来排除其他合理解释的可能性。如将被告人王贵在现场留下的指纹与其有作案时间、有证人看见他在案发前出入现场、王贵案发后的反常举止以及他与被害人相识、案发现场无破门而入痕迹等证据相互印证，就能够进一步证明被

告人不仅到过现场，而且与被害人死亡之间有内在的联系。通过运用所有的间接证据，对被告人王贵到过现场作出解释，除了得出被害人系被告人王贵所杀的结论之外，不可能再有其他的合理解释，即排除被害人是自杀或者是其他人所杀的可能性。

（五）一对一证据的审查

所谓一对一证据是指案件某一事实的当事人是两个人，而且这两个人所提供的证据是相互对立的。一对一证据既可能是陈述、供述，又可能是书证、物证，还有可能是视听资料。一对一证据的相互对立，则包括全部事实的相互对立及部分事实的相互对立，核心事实的相互对立或者是关于核心事实解释的相互对立。

审判人员审查、判断一对一证据的难点，是无法依靠其他证据的印证来判断案件事实的真实情况。在审判实践中，刑事诉讼中的强奸犯罪案件、受贿犯罪案件，民事诉讼中的借贷纠纷案件、离婚财产分割案件关于婚前财产约定等，经常会遇到如何认定一对一证据的问题。

1. 一对一证据的特点

从一对一证据与案件事实的联系、两个人之间的关系、举出相互对立证据的原因等角度分析，一对一证据的特点如下：

（1）这种相互对立的证据所涉及的案件事实的知情者、经手人只有两个人，通常没有第三人，各自主张的事实没有其他证据可以印证；

（2）这两个人或者在案发前素不相识或者相当熟悉，有某种特殊关系。素不相识的两个人在案发前后的言行通常没有证人。相当熟悉及有某种特殊关系的这两个人由于利益相同，或者出于对对方有某种特殊需要而共同经手、共同从事了某一事情，共同经历了某一事件。两个人之间的关系以及密切往来是周围的同事、亲友所有目共睹的；这两个人在一定时间内或者口头、书面约定共同遵守的协议，或者心照不宣达成一种默契，对此，两个人可能会对其他人有所流露；

（3）这两个人举出相互对立证据的主要原因是一方的合法权益受到另一方违法行为的侵害；双方利益发生冲突或者利害关系的改变。案发前素不相识的两个人之间是否一方的合法权益被另一方违法行为所侵害，一般不会有其他证据予以印证。原来相当熟悉或者有某种特殊关系的两个人之间利益冲突、利害关系改变的原因及发生的经过通常是有其他证据相互印证的。

2. 一对一证据的审查

从对一对一证据的特点的分析来看，尽管在案件某一事实上相互对立的每

一方证据都没有其他证据可以印证，但是在两个人的关系上、各自举出相互对立证据的原因上都是可以收集、调查到其他证据。运用关于两个人关系、各自举出相互对立证据的原因的间接证据，逐一排除一对一证据中不合乎情理、不合乎客观规律的因素，所认定的事实就会相对接近案件事实的真实情况。这种方法是审判人员审查、判断一对一证据的主要方法。

如刑事诉讼中的强奸犯罪案件，亲身经历案件全过程的仅有被告人、被害人两个人。在被告人是否强奸、采取什么手段方法强奸被害人等基本事实上，被告人的供述和被害人的陈述经常是不一致的。如被害人陈述说是被强奸，被告人采取了何种暴力、胁迫手段、方法等；被告人则有可能仅承认猥亵，不承认与被害人有过生殖器官的接触；或者供述双方自愿发生性行为。审判人员应先从被告人与被害人之间是素不相识还是相当熟悉等入手。如被害人与被告人素不相识的，分析被害人诬告被告人的可能性，而与被告人相当熟悉的被害人控诉被强奸的，就应重点审查其控诉被强奸的原因是否合乎情理。其次，从被害人陈述强奸经过的言词、表情以及对性行为的描述等所表现出的情感、生活常识与其年龄、经历、受教育程度是否相一致等入手，通过分析来判断被害人陈述的真实性、可靠程度。这样，即使被告人不如实供述，亦能够认定其是否犯有强奸罪。

第四节　律师证据调查实务

一、律师收集、调查证据的原则

律师收集、调查证据，是为了查明案件事实真相，切实维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益，而依法进行的发现、调查、收取、获得能够证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的一切情况和材料的活动。

（一）律师收集、调查证据的法律依据

收集、调查证据是律师的职责，也是律师的权利。《刑事诉讼法》第35条规定："辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。"第37条规定："辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人

民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。”第36条规定，“辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料，可以同在押的被告人会见和通信。”《律师法》第30条规定：“律师参加诉讼活动，依照诉讼法律的规定，可以收集、查阅与本案有关的材料，同被限制人身自由的人员会见和通信，出席法庭，参与诉讼，以及享有诉讼法律规定的其他权利。律师担任诉讼代理人或者辩护人的，其辩论或者辩护的权利应当依法保障。”律师担任辩护人时，有权利调查取证，担任诉讼代理人时，同样有权利调查取证。律师担任诉讼代理人的责任是根据事实和法律，维护被害人、自诉人或者附带民事诉讼当事人的合法权益。最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》规定，律师担任诉讼代理人的，可以查阅、摘抄、复制与本案有关的材料，了解案情，需要收集、调取与本案有关的材料的，因证人、有关单位和个人不同意的，律师可以向人民法院提出申请，人民法院认为必要的，应当同意并签发准许调查决定书。

（二）律师收集调查证据的意义

律师是否能够收集、调查、掌握足够充分的证据，对于行使好辩护权和诉讼代理权至关重要。律师收集、调查证据的意义在于：

1. 收集、调查证据是律师掌握证据、提出证据，进而运用证据证明案件事实的前提，证据虽然是客观存在的，但它得靠人们主动地去发现和利用它，使之纳入到诉讼程序中来，它才能够对案件事实起到证明作用。律师如果不去发现它、收集它，那么也就无法掌握它、运用它，更不用说是用它来证明案件事实。

2. 收集、调查证据是律师开展辩护或代理工作的基础。律师担任辩护人或诉讼代理人，其责任是维护犯罪嫌疑人、被告人或委托人的合法权益。其辩护论点或代理意见的提出，必须建立在扎实的案件事实和法律的基础上。案件事实是靠证据来证明的。律师认为犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任，空口无凭，他必须收集、调查并提出确实、充分的证据来，加以证实。

3. 收集、调查证据是律师维护犯罪嫌疑人、被告人或委托人合法权益的保障。律师担任辩护人反驳控诉，为犯罪嫌疑人、被告人辩解不仅要独立地收集、调查证据，以支持证明自己的观点，而且还要收集、调查与检察机关相反

的证据。检察机关执行控诉职能，律师执行辩护职能，控辩双方在论辩立场上是针锋相对的。检察机关要收集证据，律师也要收集证据，因为只有证据才能够证明案件真实情况。在案件事实面前，证据是最具有说服力的，谁收集和拥有了证据，谁就最具有发言权。律师也只有通过收集证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的证据，才能够切实维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，收集不到证据，律师的辩护论点就会成为空中楼阁。自诉案件，法律规定自诉人负有举证责任。根据《刑事诉讼法》第170条、第171条的规定，自诉人或其委托的律师在向人民法院提出控诉时，必须提出证据来支持自己的控诉，人民法院才立案受理，如果提不出证据或证据不充分的，自诉人或律师又提不出补充证据的，人民法院就要说服自诉人撤回自诉或者裁定驳回自诉。可见，自诉案件，自诉人或律师收集、调查不到证据，就无法实现告诉。不能实现告诉，自诉人的合法利益也就得不到保护。因此，对证据的收集、调查和运用是律师辩护或代理成败的关键。尤其是修改后的刑事诉讼法，审判方式发生了重大改革，强化了控辩双方的举证责任和辩论，收集和掌握确实、充分的证据更是成为控辩双方制胜的法宝。因为它不仅是检察机关指控犯罪的依据，也是律师维护犯罪嫌疑人、被告人或委托人合法权益的保障。

（三）律师收集、调查证据的原则

1. 依法进行原则

法律赋予律师以调查取证权，但律师必须严格地依照法律规定的程序收集、调查证据，律师可以通过会见犯罪嫌疑人、被告人，阅卷、调查访问等途径发现和收集有利于犯罪嫌疑人、被告人的证据。在侦查期间，律师不得向证人或者其他有关单位和个人收集与本案有关的材料。在起诉和审判阶段，律师可以向证人或者其他有关单位和个人收集、调取与本案有关的材料，但必须经过他们本人的同意，方可进行。如果他们不同意，律师不得强行进行，而是要向人民检察院、人民法院提出申请，由人民检察院、人民法院收集、调取证据，通知证人出庭作证，或者签发准许调查决定书。律师可以向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集证据，但要向人民检察院或者人民法院提出申请，经人民检察院或者人民法院的许可，签发准许调查决定书并征得被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，方可向他们收集与本案有关的材料。律师收集、调查的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者其他不宜提取情况时，才可以拍摄足以反映原物外形或者内容的照片、录像。律师收集调取的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时，才可以是副本或复制件。律师向有关单位收集、调查的书面证据材料，必须由提供人签名，并加盖

单位印章；向个人收集、调查的书面证据材料，必须由本人确认无误后签名或者盖章。

律师可以向在押的犯罪嫌疑人、被告人了解案件情况，收集证据，律师会见在押犯罪嫌疑人、被告人的日期、地点由公安机关、人民检察院确定。会见时，律师要向公安机关、人民检察院提交犯罪嫌疑人、被告人的聘请书或委托书、律师执业证和律师事务所介绍信。律师会见被监视居住的犯罪嫌疑人，应当经公安机关批准。律师会见犯罪嫌疑人需要聘请翻译人员的，也要经公安机关批准。涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人是否准许，由公安机关、人民检察院决定。在侦查阶段，律师不得同时接受两个或者两个以上同案犯罪嫌疑人的委托。会见时，律师不得向犯罪嫌疑人了解同案犯、被害人、证人的身份情况以及去向，不得询问与本案无关的问题，不得与在押犯罪嫌疑人交换文书或物品，不得进行录音、录像，不得使用通讯工具与外界联系。

律师只有严格按照法律规定的要求和程序，收集、调查证据，才能够保证一切与案件有关或者了解案件情况的单位和个人有客观充分地提供证据的条件，也只有这样，律师才能够收集、调查到真实、可靠的证据；为进一步运用证据，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益打下坚实的基础。

2. 忠于事实真相原则

律师收集、调查证据，要尊重事物发展的客观规律。证据是客观存在的事实，它之所以能够证明案件真实情况，是由证据本身的特征所决定的，即证据的客观性、关联性和合法性。收集证据，也要尊重证据的客观性、关联性和合法性，按照事物本来的面目如实加以反映，缺少了某一点，证据就会违背事实的真相，就会失去它应有的证明价值。因此，律师在收集、调查证据时，必须坚持忠于事实真相的原则，客观地去收集和反映证据，不能够主观臆断，随心所欲，也不能弄虚作假，歪曲事实，伪造证据。《律师职业道德执业纪律规范》第 13 条第 4 项规定，律师不得诱使委托人、证人和其他人在诉讼和仲裁活动中制造、提供伪证，作虚假陈述或者改变、毁坏、隐藏证据。《律师惩戒规则》第 10 条第 12 项规定，指使引诱当事人或其他人作虚假陈述，提供伪证的予以取消律师资格的处分。同样，律师不得采取威逼、利诱的方式，向有关单位和个人收集、调查证据，不得唆使他人提供虚假证据。也不得以非法的手段妨碍、阻止对方当事人合法取得证据。依照《律师法》第 44 条的规定，律师妨碍对方当事人合法取得证据的，由省、自治区、直辖市以及设区的市的人民政府司法行政部门给予警告，情节严重的给予停止执业 3 个月以上 1 年以下的处罚，有违法所得的，没收违法所得。依照《律师法》第 45 条的规定，律师提

供虚假证据，隐瞒重要事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据，隐瞒重要事实的，各省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

忠于事实真相原则，要求律师在调查取证时，必须进行深入细致地调查研究，善于发现和收集能够反映案件真实情况的证据。要尽量收集、获得第一手原始的证据材料，对证据材料要认真仔细地分析，经过分析后，去伪存真。收集证据的指导思想和方法要客观、科学。不能按照主观的需要去收集证据。而是要按照案件事实的需要去收集证据，对于证据的取舍，也要尊重案件事实，不能主观臆断，更不能以主观臆断代替证据的客观事实。只有这样，才能够保证律师收集、调查证据的客观性和真实性。

3. 积极迅速原则

律师在接受委托后，应积极迅速地开展调查取证工作，证据虽然是客观存在的，但因时间和外部环境的变化，不及时收集、固定、保全很容易灭失、毁坏或因其他情况而丧失证明价值。例如证人因时间的推移可能遗忘。刑事案件案发后到犯罪嫌疑人、被告人委托律师介入诉讼已经流逝了一段时间，律师接受委托后，如果再不及时迅速行动，恐怕就难以收集到有效的证据。调查取证工作是一项时间性很强的工作，律师应抓住有利时机，收集一切对犯罪嫌疑人、被告人或委托人有利的证据，切不可无故拖延贻误时机，以致收集不到证据，起不到维护犯罪嫌疑人、被告人或委托人合法权益的作用。律师收集、调查证据除了要迅速及时外，还应积极主动，二者是相辅相成的。迅速及时，是发现和收集证据的关键，积极主动是发现和收集证据的保障。只有迅速及时，但不积极主动，同样会贻误收集证据的大好时机。例如律师接受委托后，调查取证动作迟缓、慢慢吞吞、磨磨蹭蹭，不赶紧采取措施收集证据，致使一场暴雨过后，使遗留在室外的脚印全部被刷掉，无法收集。有的个别律师自己干脆就不去调查收集证据，只是消极坐等犯罪嫌疑人、被告人或被害人、证人提供证据来，这是不对的，这是有悖律师职业道德和执业纪律的，是对律师工作的懈怠。律师应该勤勉敬业，收集调查证据不应投机取巧，坐享其成。有的律师图省事，就利用公安机关、人民检察院收集到的现成的证据。殊不知，公安机关和人民检察院作为控诉机关，与律师作为辩护人收集证据的角度是不同的。尽管公安机关、人民检察院也要收集对犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、罪轻或者罪重等有利的或不利的各种证据，但其侧重点不同，这是由它们的诉讼地位所决定的。它们的职责重心是追究犯罪，控诉犯罪。律师则不然，律师完全可以全力以赴地收集对犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑

事责任等有利的证据，侧重点在于维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。因此，律师不能够以公安机关、人民检察院的调查取证，来代替自己的调查取证。

4. 运用科技手段原则

随着现代科学技术的飞速发展，犯罪分子作案的手段也是不断花样翻新，技术越来越高明，手段越来越隐蔽。这给律师调查取证的工作带来了一定的难度。为了适应新形势下律师工作的需要，这就要求律师要不断地更新观念，更新知识结构，广泛地涉猎科技的各个领域和各个学科，尽可能地掌握各专业知识，将自己培养成为一专多能的职业律师。在调查收集证据时，律师必须注重对科学技术的运用，学会运用科技手段发现、收集、固定、获得证据。运用科技手段，会使律师的调查、取证工作取得事半功倍的效果。特别是一些尖端技术领域的犯罪，律师如果不采用先进的技术手段就很难收集或根本无法收集到证据，以致影响日后的辩护或代理工作。因而，一方面，律师要掌握各种技能，为运用科技手段做准备；一方面，律师事务所要加强和改善技术装备，为律师运用科技手段开展调查取证工作创造条件，提供便利。

5. 依靠群众原则

依靠群众是刑事诉讼的一项基本原则。《刑事诉讼法》第 6 条规定："人民法院、人民检察院、公安机关进行刑事诉讼，必须依靠群众，必须以事实为根据，以法律为准绳。"不仅如此，律师进行刑事诉讼，也同样必须依靠人民群众。因为，人民群众是做好刑事诉讼工作的坚实后盾。人民群众最接近犯罪的发生地，最先发现犯罪，对犯罪的情况最为了解，对犯罪遗留下来的证据也最先掌握。因此，律师进行刑事诉讼，在调查取证时，必须相信群众，依靠群众，调动群众的积极性，注意走群众路线，学会做群众工作，争取群众的支持与配合。调查取证是一项艰巨而复杂的工作，没有群众的协助，就可能会丧失有利的时机，不利于迅速、及时地收集到有效证据。律师除了要树立依靠群众的观念外，还要深入群众调查研究，广泛地接触群众，听取群众对案件的反映，按照群众提供的证据线索，进一步调查核实。在向群众了解案件情况，调查取证时，律师应注意自己的行为举止，展示自己良好的形象。注意自己的职业道德和执业纪律。为便于开展调查取证工作，要首先向人民群众讲明自己的身份，出示自己的证件，包括律师执业证、律师事务所专用调查证明、介绍信等，然后向人民群众讲明自己调查取证的目的，为的是赢得人民群众的充分信任，打消他们的顾虑，愿意向你提供他们所了解的案件的全部情况。在和群众接触过程中，律师应注意自己的仪表要端庄，态度要温和、诚恳，言明为提供

案件情况的群众保守秘密，免得他们有后顾之忧，律师不得采取威胁、侮辱、殴打或利诱、收买等非法手段收集、调查证据。对于有顾虑，一时不愿提供证据的群众，律师要做耐心细致的工作，向他讲明利害关系及作为公民提供证据的义务，直到他自愿提供证据为止。切不可操之过急，伤害了群众感情而给自己的调查取证工作带来不利，有的律师由于不注意调查取证的方式方法，对群众态度生硬，经常用命令式口气，你应该如何如何，你应该向我提供什么什么证据，常常是弄得群众不满，自己也碰了一鼻子灰。所以，在律师收集、调查证据工作中贯彻群众路线，坚持依靠群众原则，对于律师顺利完成调查取证工作具有重要的意义，对于善于做群众工作的律师，可以避免走很多弯路。

二、律师收集、调查证据的范围和途径

（一）律师收集、调查证据的范围

律师收集、调查证据的范围是与其辩护论点的确立分不开的。证据是为辩护服务的，是支持辩护论点的，辩护应该建立在证据的基础上，但在还没有掌握证据之前，应首先确立收集、调查证据的方向和范围。辩护论点的确立即决定了调查取证的方向和范围，辩护论点的确立，即决定从哪个角度进行辩护或者说辩护的出发点是什么，或者说采取哪种方法进行辩护。从辩护的角度或方法来说，律师可以作无罪辩护，不追究刑事责任的辩护，轻罪辩护，从轻、减轻或免作处罚辩护，疑罪辩护和程序上的辩护等。每种辩护的方法不同，调查取证的范围也就不同。

1. 作无罪辩护时律师收集、调查证据的范围

律师作无罪辩护时，应注意收集、调查以下几个方面的证据：

（1）犯罪事实没有发生的证据。例如起诉书指控被告人犯有盗窃罪，律师收集盗窃事实根本就没有发生或不存在的证据。

（2）犯罪行为并非为犯罪嫌疑人、被告人所实施的证据。例如，犯罪行为不是张三所为而是李四所为的证据；犯罪嫌疑人、被告人没有作案时间或不在现场的证据。

（3）行为本身不构成犯罪的证据。如行为本身仅仅是一般违法行为，触犯的是《中华人民共和国治安管理处罚条例》而不是犯罪行为，没有触犯刑法的证据。例如偷窃 200 元钱，不构成盗窃罪立案的起点数额的证据。

（4）不符合犯罪构成要件，不构成犯罪的证据。如聚众赌博，没有营利的目的或以赌博为业的证据；犯罪嫌疑人、被告人有收受贿赂的行为，但是犯罪嫌疑人、被告人不是国家工作人员（不符合受贿罪的主体）的证据；过失伤害

他人，没有造成重伤的危害后果的证据。

(5) 犯罪嫌疑人、被告人没有达到刑事责任年龄，没有刑事责任能力的证据。如犯罪嫌疑人、被告人是未满 12 岁的人或精神病人，是在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果的证据。

(6) 犯罪嫌疑人、被告人没有主观罪过的证据。如以故意或过失为构成要件的犯罪，犯罪嫌疑人、被告人没有主观故意或过失的证据。例如销售有毒有害食品罪，犯罪嫌疑人、被告人主观上必须是明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品而销售的。如果犯罪嫌疑人、被告人不知道是有毒有害的食品而销售的，即没有主观故意，不构成此罪。

(7) 属于不可抗力、正当防卫、紧急避险行为的证据。如犯罪嫌疑人、被告人的行为在客观上虽然造成了损害结果但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因引起的；或者是在为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害的情况下，而采取的行为或免受正在发生的危险的情况下，而不得已采取的行为的证据。

(8) 危害后果与犯罪嫌疑人、被告人的行为没有因果关系的证据。

2. 作不追究刑事责任的辩护时，律师收集、调查证据的范围

律师在为犯罪嫌疑人、被告人作不追究刑事责任的辩护时，应注意收集、调查以下几个方面的证据：

(1) 情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪的证据；

(2) 犯罪已过追诉时效期限的证据；

(3) 经特赦令免除刑罚的证据；

(4) 依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的证据；

(5) 犯罪嫌疑人、被告人死亡的证据；

(6) 具有其他法律规定免予追究刑事责任的情形的证据。

3. 作轻罪辩护时，律师收集、调查证据的范围

当起诉书中指控的罪名重于犯罪嫌疑人、被告人实际所实施的犯罪行为时，律师应为犯罪嫌疑人、被告人作轻罪辩护。如将抢夺罪指控为抢劫罪；将过失致人死亡罪指控为故意伤害致死罪；将流氓罪指控为强奸罪等，此时，律师收集调查证据的范围应严格从各罪的构成要件、特征以及相邻两罪的区别入手，着重收集、调查能够划分此罪与彼罪界限的证据。例如犯罪嫌疑人、被告人实施抢夺行为时，没有使用暴力、胁迫或其他方法的证据；犯罪嫌疑人、被告人在实施侮辱妇女的行为时，没有使用暴力、胁迫或其他手段，违背妇女意志，强行与其发生性关系的证据；犯罪嫌疑人、被告人过失致人死亡，主观上

没有伤害致人于死地的故意的证据。

4. 作从轻、减轻或者免除处罚辩护时，律师收集、调查证据的范围

当犯罪嫌疑人、被告人具有法定的或者酌定的从轻、减轻、免除处罚的情节时，律师应为其作从轻、减轻或者免除处罚的辩护。律师在为犯罪嫌疑人、被告人作从轻、减轻或者免除处罚辩护时，应注意收集、调查以下几个方面的证据：

(1) 已满 14 岁不满 18 岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚的证据。

(2) 尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪，可以从轻或者减轻处罚的证据。

(3) 又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚的证据。

(4) 正当防卫超过必要限度造成重大损害的，应当减轻或者免除处罚的证据。

(5) 紧急避险超过必要限度，造成不应有的损害的，应当减轻或者免除处罚的证据。

(6) 预备犯，可以从轻、减轻或者免除处罚的证据。

(7) 未遂犯，可以从轻或者减轻处罚的证据。

(8) 中止犯，没有造成损害，应当免除处罚的证据；造成损害，应当减轻处罚的证据。

(9) 从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚的证据。

(10) 胁从犯，应当减轻或者免除处罚的证据。

(11) 如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，教唆犯可以从轻或者减轻处罚的证据。

(12) 犯罪后自首的，可以从轻或者减轻处罚的证据。犯罪较轻，可以免除处罚的证据。

(13) 犯罪后有立功表现的，可以从轻或者减轻处罚的证据，有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚的证据，犯罪后自首又有重大立功表现，应当减轻或者免除处罚的证据。

(14) 在我国领域外犯罪，依照我国刑法应当负刑事责任的，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚的证据。

(15) 犯罪嫌疑人、被告人具有酌情从轻情节的证据，如犯罪动机不恶劣的证据；犯罪手段不残忍的证据；犯罪的危害后果不严重的证据；认罪态度好，有悔罪表现的证据；初犯、偶犯的证据；犯罪嫌疑人、被告人一贯表现良好的证据等。

5. 作疑罪辩护时，律师收集、调查证据的范围

当起诉书指控犯罪嫌疑人、被告人犯有某种罪行但证据不足，不能据以认定犯罪嫌疑人、被告人犯有该罪时，律师可以为犯罪嫌疑人、被告人作疑罪辩护，提出起诉书指控的犯罪证据不足，指控的犯罪因此不能够成立的证据。此时，律师收集、调查证据的范围的重心应放在注意收集、调查不符合被指控的犯罪的犯罪构成要件的证据或缺乏某一犯罪构成要件的证据上。

6. 作程序上的辩护时，律师收集、调查证据的范围

当律师发现公安人员、检察人员在侦查、起诉阶段，有违反诉讼程序的行为，可能会影响案件的公正处理时，或者在审时，发现一审法院在审判时，有违反法律规定的诉讼程序的行为，可能影响案件的公正审判时，可以为犯罪嫌疑人、被告人从诉讼程序上进行辩护。此时，律师收集、调查证据的范围应注意以下几个方面：

(1) 违反有关侦查阶段诉讼程序的规定的证据。例如，在侦查阶段，在押犯罪嫌疑人提出申请，要求聘请律师，为其提供法律咨询，代理申诉、控告的，公安机关不将有关材料或有关情况转交或通知律师管理部门或者犯罪嫌疑人的家属、法定代理人或者单位的证据；对患有严重疾病的犯罪嫌疑人、被告人或者正在怀孕、哺乳自己不满一周岁婴儿的妇女执行逮捕的证据等。

(2) 违反有关起诉阶段诉讼程序的规定的证据。

(3) 违反回避制度的证据。例如。审判员与被告人过去有冤仇，可能影响公正处理案件的，被告人申请其回避，审判员没有回避的证据。

(4) 剥夺或者限制了犯罪嫌疑人、被告人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的证据。例如，不让犯罪嫌疑人、被告人作最后陈述或进行辩解的证据。

(5) 审判组织的组成不合法的证据。例如，合议庭的组成人员是双数的证据；二审时，合议庭的组成人员中有人民陪审员参加的证据；适用普通程序审理的案件，应当由合议庭审理，而由审判员一人独任审理的证据等。

(6) 其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响案件公正审理的证据。

(二) 律师收集、调查证据的途径

1. 查阅、摘抄、复制案卷材料

案卷材料是公安机关和检察机关在侦查、起诉各个阶段所形成的工作记录，是指控犯罪嫌疑人、被告人犯罪的依据。查阅、摘抄、复制案卷材料是律师全面了解案情，发现证据线索，收集、调查证据的重要途径之一，是律师做好辩护工作的基础。《刑事诉讼法》第 36 条规定，辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材

料；辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料。

诉讼文书包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书等为采取强制措施和其他侦查措施以及立案和提请审查起诉而制作的程序性文书。技术性鉴定材料包括法医鉴定、司法精神病鉴定、物证技术鉴定等由有鉴定资格的机构、人员对人身、物品及其他有关证据进行鉴定所形成的记载鉴定情况和鉴定结论的文书。指控犯罪事实的材料包括起诉书、证据目录以及能够证明所指控犯罪行为的性质、情节等内容的主要证据复印件或者照片，证人、鉴定人、勘验检查笔录制作人名单等材料。

(1) 查阅、摘抄、复制案卷材料的原则

律师查阅、摘抄、复制案卷材料，目的在于了解案情、发现证据线索、调查收集证据，为辩护作准备。因此，律师在查阅、摘抄、复制案卷材料过程中，要认真、仔细地分析、研究案卷材料，从中发现问题，以找出对犯罪嫌疑人、被告人有利的线索和材料。查阅案卷材料，要坚持全面的原则，无论案情重大与否，案卷材料多与寡，律师都要耐心、细致地逐页逐页地一一查看，不要有任何遗漏，只有这样才能保证律师对案情有个全面的了解，做到心中有数。与此同时，律师还要认真做好阅卷笔录，对于日后调查、出庭、辩护将要用到的材料要重点摘抄，并标明出处，必要时可以进行复制。对于重点摘抄的材料，要全文摘录，不能断章取义，对于全文摘录有困难的，比如篇幅较长，内容较多，最好采取复制的方式，以节省时间和保证准确。

(2) 查阅案卷材料应解决的问题

①侦查、起诉程序的各种法律手续和诉讼文书是否完备，以解决侦查、起诉程序是否合法的问题。

②犯罪嫌疑人、被告人被指控的犯罪行为是否存在，是否为该犯罪嫌疑人、被告人所为。

③犯罪嫌疑人、被告人被指控的行为是否构成犯罪。

④犯罪嫌疑人、被告人被指控的犯罪事实、犯罪情节是否清楚，犯罪性质和罪名的认定是否准确。

⑤犯罪嫌疑人、被告人是否具有刑事责任能力。

⑥犯罪嫌疑人、被告人是否有属于不应追究刑事责任的情形。

⑦犯罪嫌疑人、被告人有无法定的从轻、减轻或免除处罚的情节。

⑧认定犯罪的证据是否确实、充分，证据之间有无矛盾。

⑨有无新发现的证据线索。

⑩有无需要核查的事实和材料。

(3) 查阅案卷材料的方法

律师在查阅案卷材料之前，必须首先仔细研究起诉书。起诉书是人民检察院对案件作出的结论性的文件，它是在公安机关侦查终结的基础上，经过人民检察院的审查，人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任，而代表国家向人民法院对犯罪嫌疑人提起公诉的重要法律文书。起诉书的主要内容就是对被告人犯罪的事实进行的叙述，它具有依法将被告人交付人民法院审判的作用。起诉书不仅是人民检察院在法庭上指控犯罪、发表公诉词的依据，也是人民法院对被告人进行合法审判的依据。同时，它还是律师开展辩护工作的基本立足点和出发点。律师的辩护，主要是针对控诉。因此，律师具体的辩护工作，如辩护论点的确立，主要是针对起诉书的内容而进行的。律师研究起诉书的目的，在于对起诉书的内容有个全面的了解，明确起诉的基本事实。如被告人所犯的罪行，罪名是什么，情节如何，定罪是否准确，证据是否确实、充分，以从中发现矛盾点，如证据之间、事实之间，以及和事实之间是否有矛盾等。在收集、调查证据阶段，律师要着重通过研读起诉书，力图发现有利于被告人的证据线索和材料。例如起诉书中认定被告人系投案自首，可证据目录中没有投案自首的证据材料，那么律师就要设法收集到有关被告人投案自首的证据材料。

在查阅案卷材料时，要主次分明，粗细结合，重要的内容要仔细阅读、重点摘记，一般的内容要快速翻阅，但切记粗看不等于不看，为节省时间，可采取边查阅边摘记的方法，在查阅的过程中，发现重要问题或重要材料时，随时摘抄随时记录，这样可避免反复查阅，提高办案效率。为研究案情，迅速发现问题，可采取结合对比的方法，律师在查阅案卷材料时，把起诉的事实同证据情况和需要调查核实的问题结合起来，一一进行比较，以便从中发现矛盾，为调查取证提供线索。

(4) 查阅案卷材料应注意的问题

查阅案卷材料是律师了解案情，发现证据线索，获取证据的重要途径之一，是律师工作必不可少的环节。法律赋予以律师查阅、摘抄、复制案卷材料的权利。但律师在行使这一权利时必须注意以下几个问题：

①律师应凭律师事务所介绍信（函），律师执业证，辩护委托书等有效证件到人民检察院或者人民法院去查阅案卷材料。

②到人民检察院去查阅案卷材料，应当向审查起诉部门设置的文书室提出书面申请。

③查阅案卷材料要在人民检察院或者人民法院指定的地点进行。有文书室的，应当在文书室内进行。律师不得将案卷携带出人民检察院或者人民法院，更不得带回家中。

④查阅、摘抄、复制的案卷材料范围限于本案的诉讼文书、技术性鉴定材料和本案所指控的犯罪事实的材料。审判委员会和合议庭的讨论记录及有关其他案件的线索材料，律师不得查阅、摘抄、复制。

⑤律师在制作阅卷笔录时，要注明出处，以便在法庭上申请宣读。摘抄案卷材料时，要注意保持原意，全文摘抄，不能断章取义，随意取舍。

⑥对于查阅案卷材料过程中发现的问题，要及时记录，以便事后调查核实。

⑦律师查阅案卷材料态度要认真仔细，注意分析、思考，不能走马观花，心不在焉。

2. 会见犯罪嫌疑人、被告人

会见犯罪嫌疑人、被告人，也是律师发现证据线索，收集、调查证据的重要途径之一。犯罪嫌疑人、被告人是被指控犯罪的人，他们对案件情况的了解最为全面、系统，对证据情况也最为清楚。况且，犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解本身就是证据的一种。律师会见犯罪嫌疑人、被告人的目的在于了解案情，调查、核实可疑情况，发现对犯罪嫌疑人、被告人有利的证据线索和材料。《刑事诉讼法》第36条规定，辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以同在押的被告人会见和通信。在侦查阶段，律师为向犯罪嫌疑人提供法律咨询，代理申诉、控告，也可以同在押的犯罪嫌疑人会见，并向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。《刑事诉讼法》第96条第2款规定，受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。

(1) 会见犯罪嫌疑人、被告人前的准备

律师在会见犯罪嫌疑人、被告人之前，要进行必要的准备工作。如果先是查阅了案卷材料，而后去会见，那么准备工作要在全面了解案情的基础上做到有的放矢，带着问题去会见。如果还没有查阅案卷材料，而先去会见，那么准备工作要从研究起诉书开始，仔细分析起诉书的内容，了解指控的事实、指控的罪名和指控的证据。无论采取哪种方式，是先查阅案卷材料，后会见，还是

先会见，后查阅案卷材料，律师在会见犯罪嫌疑人、被告人之前都要拟定会见提纲，列明此次会见的目的，谈话的内容，以及询问的顺序。会见提纲应该包括以下几项主要内容：

①律师要向犯罪嫌疑人、被告人介绍自己的身份，讲明自己参与诉讼的职责以及所要做的工作，向犯罪嫌疑人、被告人宣传辩护制度的意义、律师辩护应遵循的原则。

②询问犯罪嫌疑人对指控犯罪的意见，询问被告人对起诉书的意见。例如，起诉书指控的事实有没有，认定的罪名对不对。听取犯罪嫌疑人、被告人的陈述和解释，发现和掌握控诉与反驳之间存在的分歧、矛盾。

③律师就对案件中不清楚的地方向犯罪嫌疑人、被告人进行询问，以进一步了解、核实案件真实情况。

④了解犯罪嫌疑人、被告人犯罪的动机、目的，犯罪前的表现，犯罪后的思想状况以及目前对犯罪的认识。向犯罪嫌疑人、被告人进行法制宣传。

⑤询问犯罪嫌疑人、被告人有没有新的证据或新的证据线索要提供。

（2）会见犯罪嫌疑人、被告人的要求

①律师在侦查期间会见在押犯罪嫌疑人、被监视居住的犯罪嫌疑人，应当经公安机关批准，会见的日期、地点由公安机关确定。在起诉阶段，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当在3日以前告知人民检察院。律师凭人民检察院的同意会见证明或者由人民检察院派员陪同会见在押的犯罪嫌疑人。

②律师要求会见犯罪嫌疑人、被告人要向公安机关、人民检察院、人民法院提交犯罪嫌疑人、被告人的聘请书（委托书）、律师执业证和律师事务所介绍信（附）。

③律师会见在押犯罪嫌疑人、被告人，应当遵守监管场所的规定，在侦查期间，对会见过程中了解的案件情况应当保密。

④律师会见在押犯罪嫌疑人，需要聘请翻译人员的，应当经公安机关批准。

⑤律师会见在押犯罪嫌疑人、被告人，公安机关和人民检察院、人民法院可以根据案件的情况和需要决定是否派员在场。

（3）律师会见犯罪嫌疑人、被告人应注意的问题。

①在侦查期间，律师会见在押犯罪嫌疑人时，不得向犯罪嫌疑人了解同案犯、被害人、证人的身份情况以及去向，不得询问与本案无关的问题，不得与在押犯罪嫌疑人交换文书或物品，不得进行录音、录像、拍照，不得使用通讯工具与外界联系。

②律师会见犯罪嫌疑人、被告人时，不得携带犯罪嫌疑人、被告人的家属或者其他人会见，不得借职务之便，违反规定为犯罪嫌疑人、被告人传递信件、钱物或与案情有关的信息。

③律师不得借会见之机，帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供。不得进行有碍司法机关诉讼活动的行为。

3. 调查、访问

调查、访问是律师收集、获取证据的重要途径之一。律师为了使自己的辩护建立在扎实、可靠的事实、证据基础上，必须进行调查、访问工作。尽管在律师介入刑事诉讼以前，公安机关和检察机关已在证实犯罪方面，收集了大量的证据，但律师的调查取证工作与公安机关和检察机关的调查取证工作侧重点是截然不同的。从诉讼职能看，公安机关和检察机关执行的是控诉职能，它们的调查取证工作侧重于控诉犯罪方面的，属于控诉证据，律师执行的是辩护职能，他的调查取证工作更侧重于辩护方面的，属于辩护证据。因此，律师不能图省事，投机取巧，要知道事实胜于雄辩，律师要使自己的辩护论点站得住脚，必须进行大量而细致的调查访问工作。特别是对于关键性的问题，影响案件的性质、定罪量刑的重要事实必须进行调查、访问。

(1) 调查访问的范围

①案件中涉及到的一些专业性问题，如投毒案件中毒物的成份、剂量等，律师自身专业知识所不及的，要走访专业人士，向他们了解有关此专业方面的知识。

②在查阅案卷材料和会见犯罪嫌疑人、被告人过程中了解到的有利于辩护的新证人、新证据。例如律师在办理一起盗窃案中，通过会见被告人得知，他当时是在一位朋友的劝说和带领下去公安局投案自首的，律师掌握此情况后，设法找到了那位朋友，经向他调查、了解，那位朋友证实确有此事，并详细地向律师介绍了当时的情况，而且表示愿意为此出庭作证。律师经过自己的调查访问工作，使法庭对被告人的这一有利情节得以认定。

③存在疑点的证据。例如，证人证言前后有矛盾的，证据有伪造痕迹的。例如，律师在办理一些受贿案中，在查阅案卷材料中，发现有一份被告人1993年任职的聘用书（受贿罪的构成要件是国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员，利用职务上的便利，索取他人财物的或者非法收受他人财物为他人谋取利益的）。聘用书的稿纸边上印有（95.4）的编号，经向印刷该稿纸的印刷单位了解，此编号代表此稿纸是1995年4月印刷的。1993年的聘用书，怎么会用1995年的稿纸，由此可以证明此聘用书纯系伪造。

④需要进一步调查核实的问题。例如起诉书中指控被告人盗窃公私财物价值为20010元，其中有一台摄像机作价为5800元，律师经走访发现高于市场价的中等价格。经再次作价，此台摄像机作价为5320元，这样被告人的盗窃数额就降为19530元，根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》的规定，盗窃数额由原来的“数额特别巨大”降为“数额巨大”，量刑的幅度因而也发生了改变。新《刑法》第264条规定，盗窃公私财物数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。律师的这一调查访问工作对被告人的量刑产生了重大影响。

(2) 调查访问的方式

调查访问工作律师可以独立进行，也可以申请人民检察院、人民法院的办案人员共同进行。根据《人民检察院实施〈中华人民共和国刑事诉讼法〉规则》的第282条、第283条的规定，辩护律师向证人或者其他有关单位和个人收集、调取与本案有关的材料，证人、有关单位和个人不同意，辩护律师向人民检察院申请收集、调取的，人民检察院认为必要时，可以收集、调取。对辩护律师直接向人民检察院申请收集、调取证据，人民检察院认为辩护律师不宜或者不能向证人或者其他有关单位和个人收集、调取，并确有必要的，可以收集、调取。人民检察院根据辩护律师的申请收集、调取证据时，律师可以在场。辩护律师向人民检察院提出申请要求向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料的，人民检察院应当在接到申请后7日内作出是否许可的决定，通知律师。根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第43条、第44条、第45条的规定，辩护律师向证人或者其他有关单位和个人收集、调取与本案有关的材料，因证人、有关单位和个人不同意的，辩护律师可以向人民法院提出申请，人民法院认为必要的，应当同意并签发准许调查决定书。辩护律师申请向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料，人民法院认为确有必要的，应当准许并签发准许调查决定书。辩护律师直接申请人民法院收集、调取证据的，人民法院认为辩护律师不宜或者不能向证人或者其他有关单位和个人收集、调取，并确有必要的，应当同意。人民法院根据辩护律师的申请收集、调取证据时，律师可以在场。人民法院根据辩护律师的申请收集、调取的证据，复制后应当及时移送申请人。

(3) 调查访问应注意的几个问题

①律师向证人或者其他有关单位和个人进行调查访问、收集证据，事先要征得他们的同意，向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人调查访问、收集证据，除要征得他们本人的同意外，还要取得人民检察院或者人民法院的许可。

②侦查期间，律师不得向证人或者其他有关单位和个人调查访问，收集与本案有关的材料。

③调查访问时，律师态度要和气，问话要简明扼要，不能带有倾向性或诱导性。

④对证人或者有关单位和个人、被害人及其近亲属调查访问时，不得采取收买、利诱，或威逼、要挟、侮辱、殴打等手段获取证据，更不得强迫他人制造、提供伪证，作虚假陈述或者改变、毁坏、隐匿证据。

⑤调查访问时涉及个人隐私的内容，律师要言明为对方保守秘密，取得被调查者的信任。

⑥调查访问要有针对性。不可泛泛提问，泛泛而谈，要抓住主要内容，围绕一个中心来提问。

⑦遇到不合作的被调查者，律师要沉稳、耐心、不急躁，慢慢引导，打消被调查者的顾虑，取得他们的配合。

第五节　证据的收集和保全

一、收集证据的概念及意义

（一）收集证据的概念和特征

收集证据是指侦查、检察、审判人员和律师等享有收集证据权利的主体，通过侦查或调查，依法发现和取得与案件有关的各种证据材料的诉讼活动。它具有以下特征：

1. 收集证据是在刑事诉讼过程中进行的

收集证据是刑事诉讼中最基本的活动，贯穿于刑事诉讼的全过程。在侦查阶段，公安机关或人民检察院只有运用各种方法，通过深入细致的侦查活动，去发现和取得与案件有关的各种证据材料，才能查明案件事实，揭露和证实犯罪。在审查起诉、一审、二审、死刑复核和再审程序中，如发现证据不足，人民检察院或人民法院为了进一步查明案件事实，还需要继续收集证据。例如，

人民检察院审查公安机关移送起诉的案件，如认为犯罪事实不清，证据不足，需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查，收集证据。在第一审人民法院审理案件的过程中，合议庭认为证据不充分时，可以延期审理，退回人民检察院补充侦查或自行调查。

2. 收集证据是法律赋予司法机关的职责，也是律师享有的权利

我国《刑事诉讼法》第 43 条明确规定："审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪，犯罪情节轻重的各种证据。"第 45 条第 1 款又规定："人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。"可见，收集证据是法律赋予特定机关和特定人员的职责和权利。只有司法机关的办案人员才依法享有收集证据的权利，其他单位和公民个人在刑事诉讼中只享有提供证据、协助调查的权利，自己无权去收集证据。同时，任何单位和公民个人都不得阻碍司法机关行使收集证据的权利。否则，就要承担一定的法律责任。

另外，律师向有关单位和个人所作的调查，就包括收集证据的内容。这是法律赋予律师的一项诉讼权利，也是律师在刑事诉讼中行使其辩护、代理职责所必需的。我国《刑事诉讼法》对此也应作出明确规定，以保障律师在刑事诉讼中享有充分收集证据的权利。

3. 依照法定程序收集诉讼证据

审判、检察、侦查人员收集证据能否遵循法定程序，不仅影响着所收集证据的真实有效性，而且还关系到保障公民的人身权利和民主权利问题。为了使收集证据的工作能够顺利有效地进行，防止可能出现的错误和偏差，《刑事诉讼法》第 43 条明确规定，司法人员必须严格按照法定程序，收集与案件有关的各种证据。并且，"严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据"。另外，《刑事诉讼法》第 89 条至 122 条，还对收集证据的各种具体活动规定了行为方式和方法。例如，侦查中讯问被告人，必须由人民检察院或公安机关的侦查人员负责进行，并且不得少于两人；询问证人应当个别进行；侦查人员进行勘验、检查，必须持有所在地机关的证明文件等。对于这些规定，审判、检察、侦查人员在收集证据的过程中，都必须严格执行，不得违反。

（二）收集证据的意义

司法机关要正确处理刑事案件，首先就必须查明案件事实。但由于犯罪行为都是在刑事诉讼开始以前发生的，侦查、检察和审判人员对于犯罪的发生和发展过程都没有耳闻目睹，而且犯罪分子为了逃避法律的惩罚，大都采取隐蔽

的方式和狡猾的手段进行犯罪活动。在犯罪之后，又往往伪造现场，毁灭、转移罪证，制造假象，千方百计地掩盖罪行。同时，随着时间的推移，犯罪时所留下的物品、痕迹，可能发生变化甚至灭失，知情人的记忆也可能出现障碍，不能准确提供现场情况。因此，司法机关要查明犯罪事实，就必须深入实际，开展周密、细致的侦查和调查活动，广泛收集与案件有内在联系的、能够反映案件真实情况的各种证据材料。只有掌握了大量确实、充分的证据材料，并对其进行科学的分析和研究，鉴别真伪，才能查明案件的事实真相，对案件事实作出符合客观实际的结论。所以，收集证据是查明案件事实的前提，是司法机关侦破刑事案件的首要工作。

收集证据还是审查判断证据的基础。只有收集到充足而且有效的证据，才有可能对证据材料的真实性、证明力和可靠性进行分析、比较、鉴别和判断，确定案件事实，从而揭露犯罪，证实犯罪，使真正的犯罪分子受到应有的惩罚，无罪的人不致被蒙冤受罚，保证刑事诉讼法的任务得以实现。如果没有收集证据，也就谈不上对证据的审查判断，更谈不上使用证据客观地认定案情。如果收集的证据不充分，不能全面反映案情，也不能正确地认定案件事实。司法人员如果根据不充分、不确切的证据来认定案件事实，必然会得出错误的结论，导致冤假错案的发生。因此，认真收集证据，对于正确认定案件事实，保证刑事诉讼的顺利进行，具有十分重要的意义。

二、收集证据的主体

（一）明确收集证据主体的意义

收集证据的主体，是指依法享有行使对刑事案件进行调查和侦查的职权，以发现和收集与案件事实有关的各种证据材料的专门的司法机关和人员。

根据我国刑事诉讼法的有关规定，刑事案件收集证据的主体是特定的。即只有公安、检察、审判人员、辩护律师及其他符合法律规定的单位和个人，才依法享有收集案件证据的职权，成为收集证据的主体。

法律之所以对收集证据的主体加以限定，是因为收集证据是针对刑事犯罪所进行的一项艰苦、细致和复杂的专门工作。由于它直接关系着案件事实的正确认定和法律的正确实施，因而，它也是一项政策性、法律性、策略性很强的工作。特别是涉及到方法策略、侦查技术等一些专门问题，都不是一般单位和个人所能做到的，必须依靠专门机关有组织、有目的、有计划地进行。而且，在收集证据的过程中，往往需要采取诸如扣押、检查、搜查、拘留、逮捕等强制性的措施和手段。如果法律对行使这些职权的单位和个人不加以限定的话，

就会导致私设公堂，非法审讯，检查，搜查，拘禁等侵犯公民的人身、民主和其他权利的情况发生，造成司法的混乱。因此，为了维护社会主义法制，保障公民的合法权益不受侵犯，刑事诉讼法应当而且必须对收集证据的主体加以明确的限定。

（二）我国刑事诉讼中收集证据的主体

根据我国《刑事诉讼法》和有关法规、司法解释的规定，收集证据的主体主要有：公安机关、检察机关、审判机关、辩护律师、司法行政机关以及县以上机关的保卫部门。

1. 公安机关

公安机关（包括国家安全机关）是国家专门的治安、保卫和刑事侦查机关。在刑事诉讼中，它肩负着对绝大多数的刑事案件收集证据进行侦破的任务。根据《刑事诉讼法》的规定，除了由人民法院直接受理和人民检察院自行侦查的刑事案件外，其他一切刑事案件，均由公安机关负责立案侦查。

公安机关收集证据的活动主要是在侦查阶段进行的。侦查既是收集证据的开始，也是整个诉讼过程中收集证据活动最为关键的一个阶段。案件的绝大部分证据材料，都需要在侦查阶段完成收集。否则，侦查就不能终结，刑事诉讼就不能继续进行。公安机关侦查工作的好坏，直接决定着所收集的证据是否充分确实。如果在侦查阶段，公安机关收集的证据较为全面、充分、客观，那么，就会大大减少以后诉讼阶段检察和审判机关收集证据的工作，加快刑事诉讼的过程，因此，公安机关收集证据的活动，对于保证刑事诉讼的顺利进行，从重从快打击犯罪都有着十分重要的意义。

为了保证公安机关收集证据活动的顺利进行，《刑事诉讼法》明确规定，公安机关可依照法定程序采取讯问被告人、询问证人和被害人、勘验、检查、搜查、扣押书证、物证、鉴定、通缉等侦查措施和手段来收集证据。并且，为防止被告人或犯罪嫌疑人逃跑、毁灭罪证、串供、再次犯罪等，还可以依法对其适用逮捕、拘留、拘传、取保候审、监视居住等限制其人身自由的强制措施。

对于公安机关依法采取的上述侦查措施，任何单位和个人都不得干扰或阻碍。否则，就要承担相应的法律责任。

公安机关在采取上述侦查措施时，也必须符合法定的程序。否则，就会对公民和企事业单位的合法权益造成损害。如公安机关逮捕人犯，必须经同级人民检察院审查批准后，才可以对有关人犯实施这种最严厉的强制措施。

2. 人民检察院

在刑事诉讼中，人民检察院收集证据的活动，是分作两个方面来进行的：一是自行侦查部门在侦查阶段所进行的，一是起诉部门在审查起诉阶段进行的。

(1) 自行侦查部门收集证据的活动

依照《刑事诉讼法》的规定，人民检察院的自侦部门负责对贪污罪、渎职罪、侵犯公民民主权利罪以及人民检察院认为需要自己受理的其他案件等进行立案侦查。

人民检察院的自侦部门也是属于广义的国家专门的侦查机关，在对其所管辖的案件进行侦查收集证据的过程中，也依法享有与公安机关基本相同的侦查职权，可以使用讯问被告人、询问证人、鉴定、勘验、检查、扣押等侦查措施，而且在必要的时候，也有权采取拘留、逮捕等强制措施。

(2) 审查起诉部门收集证据的活动

对于侦查终结，需要提起公诉或者免予起诉的案件，应由人民检察院的审查起诉部门审查案件证据是否确实、充分。对于案件证据不够充分、确实的，依照《刑事诉讼法》第140条的规定，既可以退回公安机关或自侦部门补充侦查，也可以由审查起诉部门自行侦查。因此，审查起诉部门收集证据的活动是在公安机关或自侦部门终结的基础上进行的，是对侦查机关收集证据的一种必要的补充。

由于检察机关的起诉部门并非专门的侦查机关，因而其自行侦查、收集证据的活动就有一定的范围和限制。一般来说，对于案件基本犯罪事实不清，基本证据不齐全或有矛盾的；发现新罪行或漏掉犯罪分子，需要重新侦查的；或需要采用特殊手段进行补充侦查的案件，应退回侦查机关补充侦查。对于侦查阶段有逼供行为，口供与其他证据不符的；起诉部门在认定犯罪事实和证据上与公安机关或自侦部门有分歧的；次要证据不齐，起诉部门有能力进行收集的，一般由起诉部门补充侦查。

起诉部门补充侦查，一般可采取讯问被告人、询问证人、被害人等方式进行，必要时也可以进行鉴定或重新鉴定，可要求公安机关复验、复查、追捕人犯等，以收集案件有关证据。

3. 人民法院

人民法院作为国家的审判机关，根据《刑事诉讼法》的规定，对于告诉才处理的和其他不需要进行侦查的轻微的刑事案件，由人民法院直接受理。人民法院对这类案件可通过讯问被告人、询问证人、提取有关物证、书证等方法收集案件证据，一般不需要采取强制性的措施。

对于检察机关提起公诉的案件，人民法院也必须对案件的证据进行审查。如果发现案件证据不够充分，但又不需要退回人民检察院补充侦查；或者对已有证据的真实可靠性发生疑问，需要进一步查证核实；或者在审理案件过程中，被告人提出新的证人、物证，以及对已有的证据提出质疑，要求重新调查核实的，人民法院依照《刑事诉讼法》第 158 条的规定，有权采取勘验、检查、搜查、扣押和鉴定等调查措施，进一步收集案件证据，以查清案件事实。对于主要犯罪事实不清，证据不足的，人民法院应退回人民检察院补充侦查，不应自行调查。这是由人民法院的性质决定的，其工作的重心在于审查，而非侦查和收集案件证据。

4. 辩护律师

我国《刑事诉讼法》并没有对辩护律师收集证据的权利加以明确规定，但《中华人民共和国律师法》第 30 条作了规定。因此，这条规定，就成为刑事诉讼中律师有权收集证据的法律根据。

刑事诉讼中律师履行辩护的职责不能只讲空话，必须凭证据来进行辩护。而要掌握充分有力的辩护证据，有的案件单靠查阅案卷是不够的，律师还必须亲自开展调查活动，以收集被告人无罪或罪轻的证据，只有收集了充分确实的证据，律师的辩护才可能有理有据，也才可能是有力的。否则，律师的辩护就会苍白无力，不能真正起到维护被告人合法权益的作用。因此，刑事诉讼法赋予辩护律师收集证据的诉讼权利是十分必要的。

5. 司法行政机关

根据《刑事诉讼法》第 221 条第 1 款和有关司法解释的规定，罪犯在服刑期间又犯罪的，或者发现了判决时所没有发现的罪行，应由监狱和劳动改造机关负责进行侦查和收集证据工作后，移送人民检察院处理。可见，由司法行政机关主管的监狱等劳动改造机关也享有对服刑罪犯再犯新罪或发现罪犯遗漏罪行案件的侦查权，可以依法对这类案件进行收集证据的活动，是独立的收集证据的主体。

6. 保卫部门

根据有关司法解释的规定，县（市辖区）直属以上的机关、团体、企业、事业单位的保卫部门，对于在本单位发生的一般反革命案件和其他一般刑事案件，可以在公安机关指导下，依照法定程序进行现场勘查、询问证人和被害人、讯问被告人、追缴赃款赃物等活动。保卫部门在侦破案件过程中，通过上述工作所收集的证据材料，报送县以上公安机关审核认可后，可以在刑事诉讼中使用。因此，县（市辖区）以上机关、团体、企事业单位的保卫处（科），

在特定情况下，也享有收集刑事案件证据的权利。但由于这种收集证据的活动要在公安机关指导下进行，因而它们不是独立的收集证据的主体。

三、收集证据的基本要求和方法

（一）收集证据应遵循的原则和基本要求

收集证据主要是司法机关为了发现和取得证据所进行的一项重要的诉讼活动。为了保证它的顺利进行和取得成效，必须遵循一定的原则，符合一定的要求。

1. 收集证据必须坚持专门工作和群众路线相结合的原则

所谓专门工作，就收集证据而言，主要是指公安、检察机关开展的侦查活动以及法院在审理阶段所进行的调查活动。对于刑事公诉案件，收集证据基本上是在侦查阶段由公安机关或人民检察院进行的。侦查人员在收集证据时，除了应掌握政策、法律和犯罪对策学、犯罪心理学的知识外，还必须具有诸如痕迹学、指纹学、法医学、司法精神病学、刑事照相、刑事化学、刑事物理学等专门的刑侦技术。有时还必须拘留现行犯或者重大犯罪嫌疑人，进行现场勘验、尸体检验、人身检查、搜查、扣压物证和书证等活动。这些都不是一般群众所能做到的，必须依靠司法机关的专门工作。如果离开了这些专门工作，就不可能收集到充分确实的证据。

同时，我们也应认识到，专门工作也存在着局限性，它只有同广大群众与犯罪作斗争的积极性结合起来，才能发挥应有的效能。这是因为刑事犯罪总是在一定的时间、地点发生的，犯罪分子也不是生活在真空当中，无论其行为如何诡密，也逃脱不了人民群众的耳目。人民群众在刑事诉讼中，不仅可以对亲眼目睹的犯罪行为直接作证，而且能够为司法机关收集证据的工作提供线索，辨认证据，指认犯罪人和保全证据。

2. 收集证据必须严格依照法定程序进行

如前所述，司法人员是否依照法定程序收集证据，不仅影响着所收集的诉讼证据的真实有效性，而且还关系到公民的人身权利、民主权利和其他权利问题。我国刑事诉讼法对司法人员讯问被告人、询问证人和被害人、勘验和检查、搜查、扣押物证和书证、鉴定等收集证据的方式、方法，都作了明确、具体的规定。因此，司法人员在收集证据过程中，必须严格依照法定程序进行，如果以非法手段收集证据，必然引起相应的法律后果。

3. 收集证据必须主动、及时

证据是客观存在的事实，但它并非永远不发生变化。作为证明刑事犯罪的

证据，多表现为犯罪分子在作案现场留下的一些痕迹，如手印、足迹、血痕、毛发、精斑等，也可能表现为赃物、犯罪工具、文字材料等物品。这些物品或痕迹在未经收集、保全以前，极容易因人为或自然因素而发生变化甚至灭失，因而收集证据是一项时间性要求很强的工作，稍有迟缓，就可能因为时过境迁而贻误战机，有些证据甚至会永远灭失。司法实践中，常常遇到的“老大难案”和“无头案”，多是由于在收集证据上错过了时机，情况发生了变化，不能收集到真实的证据，甚至收集了假证据，以至于不能查明案件真实情况。这样，不但不能及时惩治犯罪，反而助长了犯罪分子的气焰，影响了办案质量，甚至冤枉好人，使司法机关陷入被动境地。

4. 收集证据必须客观、全面、深入、细致

真实、准确是整个收集证据工作的核心。没有收集证据工作的准确性，就没有惩治犯罪的准确性，就可能放纵罪犯，冤枉无辜，损害法律的尊严。为了准确无误地收集证据，除了要依靠群众，主动、及时、合法地收集证据外，还必须做到“客观、全面、深入、细致”。

客观，就是要实事求是，从案件的实际出发，按照证据材料的本来面目如实地进行收集。绝不容许从主观需要出发，以主观想象代替客观事实，按照主观设想的框框去收集证据。更不能弄虚作假，歪曲事实，制造假证据。否则，收集到的证据材料，不仅是片面的，而且也是不真实的。实践中，有的办案人员，常常先入为主，带着自己对案件的成见去收集他所需要的证据，置客观事实于不顾。甚至在询问证人时，用引诱和逼问的方法，把自己的意志强加于人。其结果，不是搞错了案件，就是使侦查工作走了弯路。因此，在收集证据时，办案人员必须克服主观主义倾向，坚持唯物主义的反映论，尊重客观事实。

全面，是指在收集证据的范围和内容上要进行全面调查，不能抓住一点，不及其余。要注意收集正反两个方面的客观事实，不仅要收集有罪证据，而且要收集无罪证据，以及犯罪情节轻重的证据；不仅要听取被害人的陈述，也要听取被告人的辩护。在收集证据时要兼听兼顾，反对和防止片面取证。只有充分收集正反两方面的证据，并对其进行对照比较，合理排除矛盾点，才能去伪存真，查明案件真实情况。

深入，是要深入到案件的实际当中，去把握各种证据材料与案件的实质联系，不为表面现象所迷惑。司法实践中，犯罪分子为逃避罪责，故意制造假象的情况是十分常见的。假象也是一种客观存在，但它是对事物本来面貌的歪曲反映。办案人员在收集证据时，只有深入实际，深入群众，才能够识破假相，

不受其影响，积极发现和收集那些不易发现或被犯罪分子掩盖、隐匿的证据，查清案件本来面目。

细致，是指在收集证据的过程中，要细致入微，善于从微小的情节中发现重要证据。特别是在勘查现场时，更需如此。办案人员不能忽略现场上任何一件细小的、微不足道的物品和痕迹。一根头发，一滴血迹，片纸只字，都可能成为证明案件事实的有力证据。在讯问被告人、询问证人、被害人时，也要让他们尽可能地叙述案件的具体细节，严防粗枝大叶和草率从事。

5. 收集证据要注意充分利用现代科学技术手段

在收集证据的过程中，常常会遇到一些复杂的情况和专门性的问题。如果单靠办案人员的经验，采用传统收集证据的方法，是很难发现和取得有关证据的。必须借助现代科学技术手段，才能搞好收集证据的工作。例如运用紫外线检验法判断被检查物的发光性能，恢复被掩盖或消退的文字和血迹，辨别伪造的钞票证券，鉴别肉眼看不清的印迹等；运用激光显微分析，检测某些微观物证中的物品和痕迹等。

另外，随着现代科学技术的发展，犯罪方法和手段也在不断发生变化。近年来出现了一些利用高科技技术进行的“智能型”犯罪。如利用计算机进行的贪污和盗窃犯罪，利用微波传真技术泄露国家机密，利用窃听装置进行的间谍犯罪等。同时，犯罪分子还千方百计地研究各种反侦查方法，以更狡猾的手段与侦查人员周旋、较量。要对付这类犯罪，就更需要将先进的科学技术手段运用到收集证据的工作中来。“魔高一尺，道高一丈”，才能够及时发现犯罪，证实犯罪，惩治犯罪，保证刑事诉讼的顺利进行。

（二）法定证据的收集方法

1. 物证、书证的收集方法

物证和书证是两种不同形式和内容的证据，但由于它们都表现为实际存在的物品，因而对它们的收集方法，刑事诉讼作了大致相同的规定，主要有以下几种方法：

（1）通过勘验、检查来收集

勘验、检查是侦查人员对与案件有关的场所、物品、尸体、人身等进行实地勘验或检查，以发现和收集犯罪活动所遗留下来的各种痕迹和物品的一种诉讼活动。它是一种重要的侦查活动，也是收集物证、书证的主要途径。

侦查人员在勘验、检查中发现的可以用来证明被告人有罪或无罪的各种物证、书证，应当采用扣押的方式予以收集。

（2）通过搜查来收集

搜查也是一项重要的侦查措施。《刑事诉讼法》第109条规定："为了收集犯罪证据，查获犯罪人，侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查。"这里所说的"收集犯罪证据"，主要是发现和收集对于案件具有证明作用的物证、文件和财产。

搜查必须依法进行。对于在搜查中发现的与案件有关的物证、书证，办案人员也应采取扣押的方式予以收集。

任何单位和个人，都有义务按照人民检察院和公安机关的要求，交出与案件有关的物证、书证。对于个人保存的物证、书证，如不交出，侦查部门可以强制索取。对于国家机关、企事业单位保存的物证、书证，侦查机关可以要求他们提供。如原件不便交出的，可以复制副本交出。

(3) 通过深入群众调查来收集物证、书证

任何犯罪分子都不可能脱离社会而孤立存在，他进行犯罪时留下的痕迹、物品和文字材料，可能被群众所察知和掌握。因此，深入群众进行调查，发动群众提供线索和证据，也是收集物证和书证的一个重要方法。

2. 证人证言的收集方法

收集证人证言一般采用询问证人的方式进行。在特殊情况下，也可由证人出具书面证言，提交给司法机关。

根据我国刑事诉讼法的规定，询问证人必须注意以下几点：

(1) 询问证人要注意选择适当的地点。为了便利群众，少影响或不影响正常的生产和工作，一般应尽可能地到证人所在单位或住所进行询问。在必要的时候，也可以通知证人到司法机关询问，以便对某些证人做到深入细致的思想政治工作，保证顺利取证。

(2) 在侦查阶段，询问证人是一种侦查行为，只能由侦查人员来进行。侦查人员到证人所在单位或住所进行询问时，必须出示人民检察院或公安机关的证明文件。

(3) 询问证人应当个别进行。对于一案有多名证人的，应当分别询问。询问一个证人时，未询问过的证人不能在场，已经询问过的证人应禁止同未询问过的证人谈论案情。更不能采取开座谈会或者集体询问的方法，以免证人互相影响，形成统一口径，使证言失去互相印证的基础。

(4) 在询问之前，应告知证人的法律责任。《刑事诉讼法》第98条规定："询问证人，应当告知他应当如实地提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。"这样做，可以增强证人的责任感，提高证言的可靠性。

(5) 询问证人应依法制作询问证人笔录，并交给证人核对。对于没有阅读能力的，应向他宣读。如有遗漏、差错，证人可以提出要求进行补充和修改。证言笔录经证人核对无误后，应由证人签名盖章，询问人员也应同时签名。

3. 被害人陈述的收集方法

被害人的陈述，就其证据性质来说，与证人证言基本相同。因而其收集的程序和方法与证人证言的收集方法也基本相同。《刑事诉讼法》第 100 条就规定："询问被害人，适用本节（询问证人）各条规定。"

但是，由于被害人具有与证人不同的诉讼地位和自身特点，在收集被害人陈述这种证据时，还应注意以下几点：

(1) 被害人是犯罪行为的直接承受者，其心理状况十分复杂，因而在询问被害人之前，首先要了解被害人。对某些不愿陈述真情的被害人，应对症下药，做好思想工作，使其对司法机关建立信任感，从而打消思想顾虑，如实揭露犯罪。

(2) 被害人的陈述具有不可替代性，应努力收集被害人本人的陈述。对于生命垂危的被害人，应在医生的配合下，抓紧时机，进行询问，以免其一旦死亡而失去被害人陈述这一重要证据。

4. 被告人供述和辩解的收集方法

对于被告人的供述和辩解，一般是采用讯问的方式予以收集。根据刑事诉讼法的有关规定，在对被告人进行讯问时，必须注意以下几点：

(1) 讯问被告人必须由人民检察院或者公安机关的侦查人员负责进行，其他任何机关和个人无权讯问被告人。另外，为了防止讯问中可能发生的差错或者意外情况，保证讯问工作的顺利进行，法律规定，讯问被告人时侦查人员不得少于二人。

(2) 对于不需要逮捕、拘留的被告人，可以传唤到指定地点或者到他的住处、所在单位进行讯问，但应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。

(3) 在讯问被告人时应严格依照法定程序来进行。严禁刑讯逼供和用威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法进行讯问。对于一个案件有多名被告人的，应分别讯问，以防止同案被告人互相串供。

(4) 讯问被告人应依法制作讯问笔录，讯问笔录应交被告人核对。如果笔录有遗漏或者差错，被告人可以提出补充或者改正。被告人承认笔录没有错误后，应当签名或者盖章。侦查人员也应在笔录上签名。

5. 视听资料的收集方法

视听资料作为一种新出现的诉讼证据，由于其本身具有的直感性、真实

性、动态连续性等特点，虽然尚未被刑事诉讼法明确加以规定，但在刑事诉讼实践中，已发挥着越来越重要的作用。同收集物证、书证一样，收集视听资料的方法，也主要是通过勘验、检查、搜查、扣押和向群众调查，来发现和取得有证据意义的视听资料。

在涉及国家安全和其他重大刑事案件的侦查过程中，利用技术设备对犯罪过程秘密进行录音、录像，是一种特殊的收集视听资料的活动。其特殊性在于，这种活动不是既成的视听资料，而是对犯罪分子的犯罪过程直接进行录制。应当强调的是，由于这种收集证据的活动，涉及对公民自由权和其他民主权利的保障问题，因而只有侦查机关在侦查过程中，出于工作上的需要并且履行了一定的法律手续之后，才有权进行这种活动。其他任何单位和个人都无权进行这种活动。否则，将被视为侵犯公民言论自由和人身自由的违法行为，依法予以追究。

（三）采用非法方法收集证据的问题

《刑事诉讼法》第 43 条明确规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”。作为一条禁止性规范，它体现了法律对于司法机关办案人员的限制和约束，具有十分重要的意义。

在司法实践中，刑讯逼供和采用其他非法方法收集证据的现象，在某些地区和某些部门还较为普遍，一些办案人员在这一问题上，还存在着十分错误的认识。因此，对非法取证的形式、性质、法律后果加以阐明，也是十分必要的。

1. 非法取证的表现形式

总结司法实践，非法取证的表现形式主要是：刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。

所谓刑讯逼供，是指办案人员用肉刑或变相肉刑等非法方法逼迫被告人招供的行为。

除此之外，不按法律和有关政策的规定，擅自扣押物品、搜查人身或住宅、拆检信件，以及窃听、秘密摄影或录像等行为，也是法律所不允许的非法取证行为，应当加以禁止。

2. 非法取证行为的性质

采用刑讯逼供等不法行为来收集证据，不是一般的工作错误问题，而是违法犯罪的问题，其性质是十分严重的。尤其是刑讯逼供，这种行为，不仅侵犯了公民的人身权利，而且也严重妨害了国家司法机关的正常活动，影响了司法机关在群众中的威信，社会危害性极大，必须依法惩处。为此，我国《刑法》

第247条规定："国家工作人员对人犯实施刑讯逼供的，处三年以下有期徒刑或者拘役。以肉刑致人伤残的，以伤害罪从重论处。"

3. 非法取证的法律后果

采用刑讯逼供等非法手段来收集证据，是办理刑事案件的大忌。它不仅严重破坏了公安和其他司法机关在人民群众心目中的形象，进而损害党和国家的声誉，而且在诉讼程序和实现法律的适用上也会造成严重的危害后果。

(1) 采用刑讯逼供等非法手段取证，很可能使无罪的人屈打成招，或使被告人、证人、被害人等作出与案件客观事实不符的陈述，从而造成冤假错案的发生，冤枉了无辜，放纵了罪犯。

(2) 采用刑讯逼供等非法手段所收集的证据，其真实可靠性较差，往往使人真假难辨，使办案人员自己陷于被动，影响了对证据的正确判断和对案件事实的正确认定。

(3) 采用非法手段收集的证据，不符合证据合法性的要求，因而，不具有定案证据的效力，必须依照法定程序重新审查属实后，才能作为诉讼证据使用。这样，非法取证行为就增加了办案人员的工作量。而且，还为犯罪分子提供了伺机翻案的借口，造成侦查工作的被动，影响刑事诉讼的顺利进行。

另外，对被告人滥施打骂体罚，还会降低办案人员的威信，增加被告人的对立情绪，造成以后改造中的困难。

4. 坚决禁止和纠正刑讯逼供等非法取证行为

刑讯逼供等非法行为，不仅影响了司法机关对个别案件的正确处理，而且对我国社会主义民主与法制建设也有着巨大的破坏作用。因此，必须采取行之有效的措施，坚决禁止和纠正各种非法取证行为。

首先，应加强对司法机关办案人员的法制宣传教育，耐心讲清刑讯逼供等非法取证行为的性质及危害，教育全体干警增加法制观念，模范遵守法律。

其次，要加强对办案人员的专业训练和岗位培训，提高其业务素质，增强干警善于运用科学、合法的方法制服犯罪分子，收集证据的能力，并不断总结办案经验，树立文明办案的榜样，表彰先进，扶正压邪，倡导和培养办案人员良好的办案作风。

最后，要认真贯彻从严治警的方针，对违法乱纪行为决不姑息迁就。一旦发现有刑讯逼供等不法行为，就应认真对待，一查到底。对有关责任人员，必须依法追究法律责任和其他责任，并以此教育全体干警引以为诫。

四、证据的保全

（一）保全证据的概念及意义

保全证据，是指司法机关为了收集到的证据材料，不致由于人为或自然的原因而发生变形、变质、混合或灭失，而采用一定的方式或科学的方法，加以提取、固定的妥善保管的诉讼活动。

固定和保全证据是刑事诉讼中一项重要的工作。它对于揭露、证实犯罪和最后认定案情都有着十分重要作用。一个刑事诉讼的开始到最后终结，往往要经过立案、侦查、起诉、一审、二审等这样一个相当长的诉讼过程。有时，某些案件还会因当事人的申诉而引起再审程序。有些疑难复杂的案件可能会经过多年尚不能查清。同时，由于刑事证据具有易变性的特征，对于某些已经收集到的案件证据，如果不能妥善地进行固定和保全，那么，由于自然或人为的原因，天长日久往往会发生变化，或被损坏，甚至灭失，不能发挥证明案件事实的作用。因此，办案人员在收集证据时，必须采取妥善的措施和科学的方法，将一切对于查明案件事实具有意义的证据材料及时固定下来，并妥善保管。只有这样，才保证在今后的诉讼阶段上，司法机关能有据可查，不致影响原来提供的证言、物证等的证明作用，保证刑事诉讼的顺利进行。

（二）保全证据的方法

刑事诉讼中证据的种类不同，其固定和保全的方法也各不相同。概括起来，保全证据的方法主要有如下几种：

1. 对言词证据的固定和保全

对证人证言、被害人的陈述、被告人的供述与辩解等言词证据进行固定和保全的基本方法是制作询问（或讯问）笔录。笔录必须依照法定程序来加以制作。记录人必须如实记载证人、被害人或被告人陈述的内容，要记录陈述人的原话和具体细节，不能按照自己的理解对其陈述进行总结，任意修饰、形容或增减。笔录记完后，要经陈述人核对无误，签名盖章后方为有效。笔录制作以后，一般不得重新抄写或更改。对最后形成的笔录，应附卷妥善保管，并永久保存，不得损坏或任意销毁。

2. 对各种犯罪痕迹的固定和保全

（1）对现场所留立体的痕迹，可运用“制模法”加以固定。如在现场发现了立体性脚印，可用石膏溶液浇制成模型来进行固定；在物体上留着进行破坏的工具的痕迹，可采用硅橡胶或可塑性橡皮加以固定。

（2）对某些汗液等无色液体，可采用粉末显现法、化学药品显现法、熏染

法进行显现，并配合摄影法进行固定。例如，对留在玻璃物品上的汗液指印，可以运用粉末显现法；对留在纸头上的汗液指印，可采用熏染法进行显现固定等。

(3) 对某些加层痕迹，可以采用某些具有附着力的物品进行复印、吸取来加以固定。如在现场上发现了灰尘加层脚印，就可以用复写纸或照相纸把它取下来，加以固定和保全。

(4) 对案件现场痕迹所处的位置、大小及形状，可采用刑事照相或录像等方法进行固定和保全。对一些不易察觉的细微痕迹，也可以通过物证检验照相技术来进行摄取和固定。照片应注明痕迹的种类、原来附着的部位以及拍摄的时间、地点等情况。

对于已经被固定的各种痕迹物证，应妥善提取和保存起来，不得遗失。并应采取一定的措施防止其变质、变形或被毁损、污染。

3. 对各类实物证据的固定和保存

(1) 对案件具有证据意义的各类物品和文件，都应力求提取原物。对于那些由于本身性质无法长期保存的物证和书证，则应采取照相、复印等方法加以固定，对原物则应按照有关规定妥善处理。

(2) 提取、调取和扣押物证、书证必须开列清单，写明物品（或文件）的名称、数量、质量、形状、特征和物主的姓名、提取或扣押的时间、地点及提取人的姓名等情况，并应由提取人会同在场见证人和原物的持有人共同签名或盖章。清单要一式两份，一份交物主留存，另一份归卷备查。

(3) 对已提取的各种物证和书证，能附卷的应当随卷保存，移送案件，也应将其随同案卷一并移送。对于那些虽然可以长期保存，但却不宜附卷保存和随同案卷一并移送的物证，比如体积、重量较大的物品，易燃、易爆品等，除了应由司法机关对原物采取妥善方法封存保管外，还应对原物进行拍照并加以说明，将照片和说明附卷。

(4) 在扣押的物件中，如果发现有涉及国家机密的物品和文件，应当根据《刑事诉讼法》第 45 条第 2 款的规定，妥善保存，严防失密。在收集的物证、书证中，如果有黄色书刊、淫秽图片等，应交由专人负责保管，不得任意流传、扩散；案件办结后，应在专人监督下销毁，并在卷中注明。

(5) 对于缴获的赃款、赃物，任何人不得使用、私分、调换和挪用，而应待法院判决生效后，分别交还失主或上缴国家财政部门。

第六节　刑事诉讼中的证据开示制度

证据开示（Discovery），是当事人主义或类当事人主义诉讼程序中一个十分重要的概念和制度。也就是说，在任何不采用案卷移送制度和实行控辩双方向法庭举证的诉讼结构中，证据开示具有不容忽视的重要意义。目前随着我国刑事诉讼制度的改革，围绕律师阅卷等证据开示问题产生了很大的争议并直接影响司法实践，证据开示已成为我国刑事诉讼所面临的一个十分突出的，可能妨碍诉讼公正和诉讼效率的迫切问题。本文拟采用比较研究和法理分析的方法，对证据开示制度的一般法理以及我国刑事诉讼中证据开示制度的设置问题作一探讨，以求为解决这一争议提供思路和办法。

一、证据开示的概念、内容和意义

（一）概念和内容

证据开示的基本涵义是庭审调查前在双方当事人之间相互获取有关案件的信息。根据《布莱克法律辞典》，Discovery 的本来的涵义是“了解原先所不知道的，揭露和展示原先隐藏起来的东西。”而在审判制度中，“它是一种审判前的程序和机制，用于诉讼一方从另一方获得与案件有关的事实情况和其他信息，从而为审判作准备。”美国刑诉法学家大卫·W·纽鲍尔说，刑事诉讼中的证据开示，作为一种搜集证据的方法，是审判前在控诉方与辩护方之间进行的信息交换。

在证据开示程序中，被开示的信息包括三种情况，第一种，也是主要的开示内容，是一方当事人已经获得的或将在诉讼中使用的证据材料，如已作出的鉴定结论、检查报告，已收集的物证、书证，以及拟传唤出庭接受调查的证人的姓名和住址等。第二种是与案件有关的信息，例如，有的国家法律规定，在被告人作不在犯罪现场的辩护时，必须将这一辩护的内容以及与这一辩护有关的事实和证据事先通知检察官。同理，在法律规定被告人有必要向检察官告诉某种情况的时候，被告人就案件有关问题作出供述也被视为一种证据开示。第三种，不是直接提供有关的证据和其他信息，而只为诉讼对方提供搜集己方掌握和控制的某些情况的机会。例如，警方提供机会，使辩方律师能询问由警方控制下的被害人或受到威胁的重要证人。我国刑诉法第 37 条第 2 款规定，辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人

提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。这一做法实际上也是一种特殊形式的证据开示。为了讨论问题比较集中，同时也考虑到我国刑诉法学界对证据开示问题缺乏研究的现状，本文对证据开示作狭义理解，即主要研究第一、二种情况，也就是对已获取的证据材料和其他有关信息的开示问题。

证据开示还可区分为正式的开示和非正式的开示。前者是制度化的，按法律要求所进行的开示，如庭审前在法官主持下诉讼双方进行的证据集中开示。后者则是非制度化的，由诉讼实施者在诉讼过程中对其掌握的有关信息和证据向对方所作的择机性介绍和透露。这种情况在美国刑事诉讼中尤为普遍。因为美国大部分刑事案件未经审判而采用辩诉交易解决。诉讼交易的前提则是辩护方了解检察官所掌握的案件情况和证据，由此决定作出辩方承诺的必要性、内容和方式。为此，检察官需不时向辩护方透露控方所掌握的证据和事实。大卫·W·纽鲍尔说，“从检察官的观点看来，被告常常只是告诉他们的辩护律师部分情况，因此，辩护律师如果了解检察官所掌握的证据，能够帮助其恰当地判断被告所作的诉讼抗争是否是无意义的。例如一个盗窃案件，被告告诉他的律师，警察从作案现场的几个街区外逮捕了他，他与案件毫无联系。但检察官则是另一种说法：根据警察的报告，执行日常巡逻检查任务的警察巡逻车在作案现场停下，其车灯照出有人在被盗的商店里。于是警察绕到商店后门，看见一个疑犯离开商店进入一辆小汽车。他们追逐这辆车，后在几个街区外拦截了它，发现车内装满被盗货物，即逮捕了这名疑犯。在经过这样非正式的证据开示后，检察官估计辩护律师将回到其委托人处说，‘你对我撒谎，你这小子，告诉我实情，要不然我就不干了’。当然，检察官通常只开示证据的强项，一般不暴露其弱点。”本文的论题是证据开示制度，因此主要论及正式的证据开示。

（二）意义

在法官职权主义即非对抗制诉讼中，实行辩护律师阅卷制度，由于一切证据材料被汇聚于案卷，而检察院起诉实行案卷移送制度，侦查案卷往往成为实际裁判的根据。为保证律师的辩护权，法律一般赋予律师查阅全部案卷的权利。同时律师到法院查阅案卷也不至于发生障碍，而且非对抗制结构及检察官在这种结构中的客观义务使律师阅卷不会发生特别的困难。加之由于诉讼主要由国家机关依职权推进，律师手中难以掌握重要证据，因此庭前向检察官展示并不成为一个重要的诉讼问题。

但在具有对抗制特征的诉讼程序中，证据开示显示出十分重要的意义。因为对抗制（adversary system，即当事人主义）的基本法理是将辩护方和控诉方

设计为对立和对抗的双方，彼此都会采用各种“竞技”的手段，包括尽可能的搜集和使用有利于己的证据，同时削弱对方的进攻和防御能力。在这种情况下，证据开示问题就随之而突出出来。著名的德国刑诉法学家赫尔曼认为：“根据对抗制进行的公判审理，是以当事人为中心的类型。为了准备公判审理，不仅起诉一方，就是辩护一方也必须收集自己方面的证据。辩护方面通常不是完全无权要求事前出示和查阅检察方面持有的证据，就是这种权力受到一定的限制。双方当事人可以根据起诉、交换诉状以及承认不利事实，来限定辩论的焦点，并由他们决定提出证据和询问证人的顺序。”“与对抗制的情形不同，审问制程序中的辩护人通常是在公判审理前有查阅起诉方面证据的权利。当然，这种查阅如妨害事后的调查审问则又当别论。”

鉴于对抗制即控辩双方作法庭举证的诉讼程序中相互交换信息的困难，法律有必要设置专门的程序来解决证据开示问题。一般认为证据开示制度设置的目的有三点，一是确认对立当事人之间的争议点即诉讼的焦点；二是得到与案件有关且为诉讼准备所必要的证据信息；三是获取在正式审理（trial）中可能难以取得的相关信息。而达到这些具体的诉讼目的所欲实现的政策性目标，也就是设立证据开示制度的基本意义之所在，是保证诉讼的公正和效率。

这里的公正主要是指实质的公正，即真实的发现。美国大法官特雷勒(Traynmor) 说，“真实最可能发现在诉讼一方合理地了解另一方时，而不是在突袭中。”人们认为，开示程序就是为了让事实本身，而不是突袭或技巧来决定审判的命运。理由是：开示程序能够让诉讼各方都能在审判前对证据作仔细的调查和认真的审查思考。这一方面使得调查更为彻底和全面，另一方面也使诉讼双方在审判前能作充分的诉讼准备，因此而能在审判中针对那些貌似真实的情况进行提问和检验从而获得案件的真实。反之，如果诉讼一方突然对诉讼对方提出其没有准备的问题和有关的证据，其中蕴涵的信息和诉讼主张就很难得到充分的质询（交叉询问），陪审团或法官可能不正确地得出这种信息是真实的和主张是合理的结论。

诉讼效率也是证据开示欲实现的一项目标。因为如缺乏庭前的证据开示，庭审时诉讼当事人为了解和把握各种突然出现的情况往往要求中断开庭以核实有关情况。这不仅造成诉讼的拖延，而且使集中审理难以实现，这又反过来影响庭审的质量。因为集中和不间断的审理是言词审理主义的必然要求，诉讼的拖延使法官难以形成正确的心证，势必增加法官的臆断。

不过也应当看到，对证据开示，从过去到现在都存在有不同意见。有人否定证据开示的必要性，认为：(1) 当事人主义是当事人对抗和对等，一方向另

一方承担开示证据的义务是违背当事人主义的；(2) 如果承认证据开示的话，可能产生威胁证人和隐藏罪证的情况。例如，当诉讼一方了解了对方准备召唤出庭证人的名字和住址，可能对证人进行威胁利诱，极端的甚至消灭其存在。(3) 如果承认庭审前的证据开示，庭审中的调查和辩论活动将被“低调处理”，使庭审在一定程度上失去意义，在诉讼中还可能产生无谓的混乱。需要指出，就当事人对抗和对等来否定开示的必要性，实际上是以形式上的当事人主义为根据。它忽视了当事人主义程序仍然须追求案件的客观真实并反对依靠诉讼中突袭和技巧来决定诉讼的命运。同时这种主张也忽视了当事人双方间在搜集证据能力上的差别。在检察官掌握有多数证据的情况下，惟有承认证据开示义务，才能真正实现当事人对等。正如一位英国专家最近指出的：“检察官对证据的开示是对抗制的一个不可分割的部分。辩护律师对从事案件调查只有很有限的资源、能力和愿望。在作案与罪行被确定之间有限的时间范围常常不允许律师进行充分的调查。警察承担着不偏不倚地从事案件调查从而搜集和保存相关证据的责任，尤其是那些具有诉讼意义的证据。因此最重要的是全部被搜集的资料的完整性和诉讼各方均能获得这些证据资料。”否定论的第二、第三项理由虽有一定的合理性，但只是要求我们为防止这种弊端的出现，应在确定证据开示方式、范围以及配套性保障措施上多下功夫，以防止当事人滥用开示制度影响诉讼。这方面的问题也不能成为全面否定开示制度的根据。从世界上实行当事人主义或类当事人主义（如日本、意大利等国所谓的混合式但在技术上以当事人主义为特征的诉讼形式），均无例外地肯定并实行证据开示制度，不过开示制度的具体内容有所区别。而且从发展看，证据开示普遍呈现扩大趋势。这一制度日益受到人们的重视。

我国刑诉法经全国人大修改后，审判程序发生了重大的变革。一是律师较早地介入诉讼：二是检察院移送起诉时，不再移送诉讼案卷，起诉书只附送证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片；三是庭审采取了主要由控诉方和辩护方举证的所谓控辩式或类似控辩式的诉讼形式，这使我国的审判方式在技术上已具有一定的对抗制特征。这就使得证据开示成为一个十分值得注意的问题。然而，我国刑诉法对证据开示缺乏明确的规定，如对审判前律师到何处去查阅检察官所掌握的证据材料就欠缺说明，而检察机关否认律师有权到检察院阅卷，这就使律师只能十分有限地了解检察官所掌握的证据，使得原来刑诉法中的律师查阅全部证据的权利在新法中处于一种虚置的状态。这无疑会对律师辩护以及整个刑事诉讼发生重要的影响。在另一方面，对辩护律师应当在开庭前向检察官方面出示哪些证据在法律上也无规定。这些“制度欠缺”问题的

出现，一方面是因为我们在法律修改时对新的审判方式对证据开示制度的要求认识不足，另一方面也因为存在某些法律技术上的问题。为了我国刑事诉讼制度的合理运行，我们应当认真研究证据开示制度的设计和设置问题。

二、国外证据开示程序的要点和法理

为了便于把握，这里先举出近年英美法院处理的两起具有典型性的案件。其一是英国泰晤士河谷地区刑事法院受理的一起刑事案件。一天清早，两名驾车巡逻的警官怀疑正行驶的一辆带蓬货车有问题，在追逐了一段距离后将其拦截下来。经简单地询问车上的三个人，警察决定对该车进行搜查。发现一台通常被罪犯用于跟踪警察电台频率的无线电跟踪器、六个瓶子，每个中装满二加仑汽油，而且做成适于用作造成严重损害的燃烧弹类型。其他被发现的物品还表明燃烧瓶是准备马上使用的。这三人被逮捕，其住房被搜查，证实这三个人是“动物解放阵线”的活跃分子并一直与该组织保持联系。在问及有关问题时，这三人均保持沉默。候审时，三名被告被保释。在警察和检察官之间连续开了几次会，研究此案的起诉。由于关于这个组织的有关材料是警察从某个资料中心的计算机中查到的，如果对外暴露这些记录，会对进一步调查该组织造成损害。在当地警方与相关的国家情报机构协商后，检控方经认真考虑拒绝了法官关于向辩护方出示电子计算机信息的要求。法官因此而对被告作出了无罪裁决。三名被告中的一人后来向新闻媒介发表谈话称，“我们打算用这辆货车转移那些动物然后毁了这辆车，审判流产的唯一原因是检察官拒绝向我们的辩护律师出示那些警方从计算机获得的关于我们的资料”。

另一起案件发生在美国。俄亥俄州的弗兰克·威尔莫斯被控对四名与他和他妻子同住的精神障碍患者实施性侵犯。在审判中，威尔莫斯要求传唤一名关键的证人——大卫·米勒医生作证，称该医生会证实他本人是性无能，不可能从事有受害者作证的罪行。但审判法庭拒绝了让米勒医生出庭作证的要求，因为威尔莫斯的辩护律师在审判前未向检察官告诉米勒医生的姓名，因而违反了俄亥俄州的证据开示规则。威尔莫斯被判有罪。

这两起关于证据开示程序的案件，涉及到诉讼双方对证据开示的责任、证据开示或者不开示的范围、违反证据开示规则的法律后果以及证据开示的时机等问题。以下作具体分析：

（一）关于诉讼双方证据开示的责任。

在美国，刑事案件中诉讼双方的证据开示责任，直到本世纪五、六十年代还十分有限而且有争议。美国最高法院大法官布伦南（William Brennan）在

1963年还呼吁要强化证据开示制度。他指出："在1958年的联邦刑事诉讼规则中规定仅在地方法院，法官可以根据被告方的诉讼动议要求检察官开示某些文件或物证，而且被告方还必须向法官表明这一开示对于其诉讼准备具有实质性意义。"他还指出，"在大多数州，被告就证据开示的权利十分有限。"在六十年代中期和七十年代期间，美国刑事诉讼的证据开示程序受到重视并得以加强。然而即使在当时，证据开示程序还只是所谓的单行道（a way street）；各州仅仅要求检察官向被告方开示证据。尔后，各州扩大了证据开示制度的适用，要求实行对等原则：被告方同样向检察官开示其所获证据，即实行相互开示制度（reciprocal discovery）。这意味着，如果辩护方要求从检控方获得证据开示，辩护方也必须对检控方开示与案件有关的证据和信息。现在有些州还要求辩护方无论是否从检控方获得信息，都必须向对方作出开示。

在英国，证据开示被认为是对抗制诉讼程序的一个核心问题。然而长期以来只要求检控方向辩护方开示证据，而辩护方除少数情况外，不承担一般的开示责任。其理由一是根据所谓"自然正义"，要求控诉方不得利用其资源优势而不公平地处于审判上的有利地位，为此辩护方在审判阶段应得到某些手段补偿以实现控辩双方的"平等武装"（equality of arms）；二是根据无罪推定原则，被告没有责任向检控方说明情况，也不必回答对方的问题，直到"初步证据事实"（prima facie）已由检控方确立。英国证据开示制度比美国更强调检控方向辩护方的证据开示而不如其强调开示的相互性，分析其原因可能与英国对律师执业有更严格的职业道德和纪律要求，而且由于英国警察的较高素质，辩护方更多地依赖警方获取的证据材料有关。这种情况下，辩方证据开示对检控的作用比美国小。而美国刑事诉讼对抗因素更为强烈，其弹劾制侦查（即检控方和辩护方同时搜集证据的所谓双轨制侦查）的特点更为突出，因此如果检察官在庭前不了解对方证据，将难以有效地实施公诉。在英国这种情况则较为缓和。

然而，英国的证据开示制度目前也进入了改革阶段。其基本趋向是强化辩护方的证据开示责任。这是因为，在刑事诉讼中，突袭辩护（ambush defences）成为较为普遍的情况，尤其在一些重罪案件中，被告方出席法庭时，有仔细准备的辩护，而这些辩护通常是建立在检控方所出示的证据的基础上但其辩护所依据的事实和证据是检控方事前不清楚的。这种情况下，面对缺乏思想准备的辩护突袭，在庭审的有限时间内，检察官难以作出有成效的反击或对辩护证据作合理的验证。为此，英国关于刑事诉讼的国家委员会建议："辩护方如果将在法庭上举证，应该要求其在庭前向检控方作充分的披露，以使检控方了解辩护的实质性内容。"这个建议得到政府和多方的支持，应当说很有希望成为立

法。这种改革与英国近年来限制沉默权的改革其趋向是一致的。

日本战前实行旧刑诉法时期，采用职权主义诉讼程序，检察官提起公诉时，须向法庭提交全部侦查所获证据。辩护人因此而能够在法院阅览案卷，斟酌证据进行防卫准备。战后借鉴美国法，实行所谓“技术性当事人主义”，即在诉讼尤其是审判程序的设置上，就具体的程序性和技术性特征而言，类似美国的当事人主义，但日本又保留了对实体真实主义的执着追求并在程序中予以体现。但既然具有当事人主义的“技术性格”，就必然要采用证据开示程序。因为现行法采用起诉状一本主义，检察官在提起公诉时仅提出起诉状，相关证据只是在法庭证据调查后才移交法院由法院保管。为此，现行刑诉法规定了双方在庭前作证据开示的责任。即刑诉法第299条第1项规定：“检察官、被告人或辩护人请求讯问证人、鉴定人、通译人或翻译人时，应当预先给予对方知悉他们的姓名及住所的机会。在请求调查证据文书或证据物时，应当预先给予对方阅览该项证物的机会。但对方无异议时，不在此限。”可见这一规定确立了诉讼双方相互作证据开示的明确责任。

从以上三个最具典型性的国家的证据开示制度可以看出：其一，证据开示制度对于当事人主义或类当事人主义的诉讼程序十分必要，因而应当确立当事人的证据开示责任；其二，从历史看，证据开示是由单方开示向双方开示发展。总的看，在辩护律师具有取证权的情况下，证据开示责任应当是相互性的，即使也许一方的责任更大；这样才能有利于全面实现开示制度欲达到的公正与效率的目的；其三，也应当看到，由于检察官具有更充分的资源而且其搜集的证据往往构成案件事实的主要基础，从这一实际出发，检察官承担证据开示责任的诉讼意义大于辩护方。也就是说，在一般情况下，代表国家权力的检察官对处于民间势力的辩护方负有更大的证据开示责任。当然，反向的开示也不可缺少，否则，不仅影响诉讼的效率，而且也妨碍检察官证据开示的积极性，从而反过来又影响辩护方及时和有效地获取实质性的案件信息。

（二）证据开示的范围

哪些证据属于开示的内容，各国的规定是不一致的。根据经1983年修订的《美国联邦刑事诉讼规则》第16条的规定，就检察官方面，可以出示的证据有：（1）被告人的陈述；（2）被告人的前科记录；（3）文件和有形物品；（4）检查和试验报告。不可出示的材料有：与本案的侦查或起诉有关的检察官或其他侦诉人员所制作的报告、备忘录或其他控方内部文件；控方证人或者可能成为控方证人者所作的陈述（法律有特别规定的除外）。就被告人方面，可以出示的材料包括：（1）被告方掌握的文件和有形物品。（2）任何与案件有关

的身体检查和（或）精神检查和科学试验或科学实验的结果或报告——如果这些证据是被告方准备在审判中作为重要证据提出的话。以上两项出示是以控诉方根据辩护方的要求首先出示有关证据为前提。不可出示的材料有：与本案的调查和辩护有关的被告人或其律师或者代理人所制作的报告、备忘录或其他内部的辩护文件；被告人对其代理人或律师所作的陈述，或者控方或辩方证人或可能提出的控方或辩方证人对被告人或其代理人或律师所作的陈述。

此外，《美国联邦刑事诉讼规则》第 12 条对被告人作不在犯罪现场的辩护时应作的证据开示作了更明确和更具强制性的规定，要求被告人“根据检察官要求说明所指称的犯罪的实施时间、日期和地点的书面催告，被告人应在十日内，或在法院可以指定的其他时间，将他想要提出不在犯罪现场辩护的书面通知送交检察官。被告人这一通知应当说明被指称的犯罪发生时据他声称他所在的具体地点，以及他打算证实这一不在犯罪现场辩护所依靠的证人的姓名和住址。”但在另一方面，在被告人就不在犯罪现场问题作特别开示的情况下，检察官也应当作出反应：“在此后十日内，至迟在审理前十日，除非法院另有指令，检察官应将记明检察官打算赖以证实被告人在被指称的犯罪的案发现场的证人的姓名和住址以及据以反驳被告方的证明被告人不在犯罪现场的证人证言的任何其他证人的姓名和住址的书面通知，送交被告人或其辩护律师。”

美国刑事诉讼中的证据开示范围目前呈现出明显的扩大趋向。《联邦刑事诉讼规则》在 1993 年被修订，上引第 16 条的规定被修改，扩大了证据开示的范围。修正后的法律规定，如果被告方要求检控方开示出庭的专家证人姓名，那么检控方同样有权要求被告方开示这类证人的名单。在 1994 年 4 月，关于《美国联邦刑事诉讼规则》的顾问委员会提出建议，要求进一步修订规则 16 条，解除对证人陈述的开示禁止，规定双方相互开示拟出庭的证人（非专家证人）名字以及在审判前已经获得的证人陈述（如侦查人员在侦查中所作的证人陈述笔录）。同时还建议，作精神障碍辩护的被告方应向检控方开示对被告作鉴定的专家证人的情况。

上述证据开示规定适用于美国联邦法院系统（不含最高法院和联邦上诉法院）。各州对其州司法系统适用的证据开示程序还作了专门规定。其规定应当说与上述联邦适用的规则大同小异。而且也同样呈现出扩大证据开示范围的明显趋势。反映美国联邦和地方在这方面的普遍动向，美国法律家协会（ABA）近年来对其制定的关于刑事诉讼中证据开示的准则作了重大的修正，从而扩大了可开示的证据的范围，而且扩大了强制性开示的证据范围，尤其是扩大了辩护方向检控方作证据开示的范围。

在1994年修订后的ABA准则中，主要的新的开示要求包括：1.辩护方向检控方开示证据应允许检控方对其进行检查、复制、检验以及对文件和物证拍照。2.辩护方必须开示准备传至法庭作证的全部证人的名字和地址。辩护方也须开示其掌握或控制的这些证人的书面证言——如果这些证言与下一步该证人出庭作证的主要事项有关。3.辩护方必须开示任何辩方准备在庭审时传唤的专家证人在庭审前所作的报告和陈述，包括准备在法庭上作为证据的关于身体和精神状态检查结果、科学检验、实验和比较的报告。这种开示不须检控方提出要求，而且不论检控方是否已向辩护方开示此类证据。4.辩护方应提供被告的简历，并就可能在法庭提出的专家证人的证言和专家的意见和理由就其实质性内容作出书面说明。

根据ABA的意见，进行这种改革的理由在于辩护方证据开示不足不利于司法公正，这种改革被认为对诉讼双方是公正的，它减少了诉讼的竞技因素，有利于真实发现，可以防止审判中的突袭（trial by ambush）。

此外，鉴于检察官所承担的公正行事的一般法律责任，美国法律要求检察官应当向对方开示那些虽不属于一般的证据开示范围，但对被告有利的证据材料。

根据《日本刑事诉讼法》第299条规定，证据开示范围主要包括：1.诉讼双方对拟在庭审时调查的证人、鉴定人、翻译、通译人员，必须告诉对方这些人的姓名和住所。2.对拟于庭审时调查的证据文件和证据物，必须给予对方阅览。此外，根据刑诉法第179条和第180条的规定，对当事人申请证据保全，法院依职权调查搜集的证据，检察官可以到法院阅览、誊写，辩护律师经法院同意也可以这样做。

在日本，对证据开示范围，有事前全面开示论和有限制的证据开示论两种不同的意见。平野龙一教授认为："检察官的确没有必要向相对方开示全部的证据。如果说某种证据开示，可能引起诉讼混乱，或者这些证据与其他案件的侦查有关系，这两种证据可以不予开示。但是，从客观上看，其中可能包括对被告辩护有重要意义的证据。在这种情况下，法院可以根据被告人或辩护人的建议，依照刑诉法第99条第2款，发布证据提出命令（只限于提起公诉后），让辩护人阅览。当然，即便这样要求，也还存在被告人和辩护人不知道检察官手中持有何种证据从而影响向法院申请的问题。"

日本的刑诉法和日本的司法实务，实际认可有限制的开示论，以防止诉讼混乱，保证法庭审理的实质化和辩论的充分性。因此除出庭证人等的姓名和住址通知外，刑诉法和刑诉规则（即实施细则）要求给予阅览机会的，只限于已

确定将在庭审中请求调查的证据文书和证据物（书证和物证以及书面的鉴定检查报告）。其余证据，包括被告人过去的供述、证人过去的陈述等，以及未确定在法庭上申请调查的其他证据材料，均不属必须开示的证据范围。

英国刑事诉讼，要求检控方开示其掌握的证据，包括准备在法庭上使用的所有证据材料，如证词和物证等。但也有某些例外。如英国总检察长发布的关于刑事诉讼中控诉方证据开示的指导规则明确规定，检察官对被认为是不真实的辩方证人的庭前证言可以不作开示，但在庭审中也可以将这种证言用来作交叉讯问，质疑该证人在法庭上作证的真实性。对检控方不准备在法庭使用的材料，法律没有要求必须披露。但控方如有意隐瞒其中有利被告的材料，可能视为严重违法行为而在上诉审宣布原判决无效。另一方面，被告方应对不在犯罪现场的辩解向检控方作证据开示（通知这种辩解并提供有关的证人），被告方还应将专家证人的证据和有关情况向检控方开示（检控方有同样义务）。然而，在英国，为防止被告方滥用开示程序进行突袭辩护，扩大被告方证据开示的范围，实行与检察官的基本对等的证据开示，应当说已成趋势。

英国刑事诉讼中，根据检察机关的起诉指导规则，可以根据“公共利益”的要求，对“敏感性材料”（sensitive material），如涉及警方情报人员、关系其他案件侦查、可能暴露特殊搜索手段的材料，不予开示。但这种情况需接受法院的司法审查（包括仅有一方当事人参加的“单方听证”）。因不开示证据可能影响程序的公正，法院可能因控方拒绝开示而判决被告无罪。本节前面所举的泰晤士河谷区法院处理的那起案件可作例说。

英国开示程序的一个特点是其相对性，根据英国枢密院1992年在贝里一案中的裁决，开示的原则规定并不是一成不变的，应该不时地对其进行审查。开示的方式、内容和要通过开示所获得的公平，由司法、立法和行政人员共同确定掌握。

综上，根据不同证据材料开示意义的等级差异以及各国的实践，在证据开示范围上，可大致总结出以下几点较有普遍意义的做法：

其一，拟作庭审调查的证人、鉴定人的姓名、住址应相互提供；

其二，拟作庭审调查的书证、物证应相互开示；

其三，拟作庭审调查的检查报告、鉴定结论应当开示；

其四，为避免对抗制“竞技因素”的弊端，增强诉讼的公正和效率，从各国开示程序的发展趋势看，扩大证据开示的范围，尽量将其他证据纳入开示程序是必要的。同时鉴于其他案件的侦查需要以及其他合理的根据，采用利益权衡原则，在不损害司法公正的情况下，可以对某些证据不予开示；

其五，检察官应当向对方提供虽不属一般的证据开示范围，但有利被告的证据材料，如那些不准备在法庭上使用的有利被告的物证、书证等。因为这一问题已关系到检察官的公正性，涉及真实的发现和案件的公正处理，具有某些超出证据开示程序的性质，应当特别强调。

（三）证据开示的程序以及违法制裁

1. 证据开示程序。证据开示程序属审前程序，这一程序主要安排在起诉前后。在美国，经侦查获得证据后，被告人如系被控犯重罪，在被正式起诉前享有要求法官预审（prelitminary examination）的权利。预审的主要目的是审查是否存在合理根据以支持对被告人提出的指控，以确定是否交付审判。如缺乏合理根据就要撤销指控，以防止轻率将被告人交付审判。而预审程序还包括一项重要内容，即证据开示。各方当事人应根据法律规定的开示范围，在预审法庭出示自己手中掌握的对诉讼有意义的证据。

然而，如被告放弃预审，或者案件经大陪审团起诉而不需预审（大陪审团对检察官起诉意见的审查代替了法官的预审）。则应在案件正式起诉后的较短时间内，根据递交法院的大陪审团的起诉书或检察官起诉书，由法院安排提审（Arraignment，有的译为“传讯”)。提审程序中，法官向被告人宣读起诉书，说明指控性质，告知被告人享有的诉讼权利，接着要求被告人对指控作出答辩。按照《美国联邦刑事诉讼规则》第二条第四项的规定，依照检察官的裁量，检察官可于提审时或于提审后尽可能快地将其意欲在审理中使用的具体证据告知被告人，以便被告对这些证据提出异议。同时被告人也可以在提审时或提审后要求检察官将其欲在法庭审理时作为主要证据的任何证据向其告知。在提审时或提审后正式审判前，被告人也应当依法向检察官开示证据。

美国刑事诉讼中的证据开示根据需要可能持续数月，直到审判开庭。诉讼双方尤其是辩护律师利用这段时间准备诉讼。

在日本，根据刑诉法第 29 条规定所进行的正式的证据开示，依照刑事诉讼规则 178 条第 6 款的细则性要求，检察官应在提起公诉后，对于准备请求交付庭审调查的证据书类和证据物，应尽早提供地给辩护人阅览。对拟出庭的证人的姓名和住所也必须给予机会使对方知悉。在司法实务中，辩护律师是在检察官提起公诉后，到检察厅阅览证据并作己方的证据开示的。而对于法院根据当事人诉讼保全要求在开庭前搜集的证据，检察官和律师应到法院阅览、誊写。

如果诉讼双方或其中一方未有效履行其开示义务，法院可以在庭审的证据调查开始前的任何时间要求开示。日本有一判例，在一审开庭并进行了对被告

人个人情况调查等开头程序后，宣读起诉书之前，辩护方以警方过度和违法使用警戒性措施并进行违法搜查，而检察官基于这些措施提出起诉系滥用起诉权为由，要求法院命令检察官开示其持有的某些证据。审判法官批准了这一要求。然而，最高法院否定了一审法官的这一做法，认为当时开示证据的要求对被告人的防卫不具有重要意义，因而原法院的这项措施已经超出了正当公平的行使诉讼指挥权的范围。但在这里，最高法院并未一般的否定在开头程序后庭审调查前开示证据的做法，而只是说明就该案而言，此时以此种理由要求开示证据不利于案件的审理及诉讼的有序化。

综上所述，证据开示程序既需考虑审判公平与效率，又需兼顾侦查的有效性，而且也需考虑证据的完整性及便于一并开示，正式和集中的证据开示程序宜安排在侦查基本完成后和庭审之前，尤其是公诉提起后的适当时期内。当然在这种集中开示以前，对某些方面的证据和信息进行阶段性的开示也可能是必要的，如在逮捕被告人时告知其被控罪名等。

集中开示程序的证据开示地点可以根据该国刑事诉讼制度的特点确定。在对抗制审判程序中，为排除法院庭审前的预断，法院在庭审前不拥有证据或不拥有大部分证据，在这种情况下，法院难以作为主要的证据开示地点，因此，律师可以到检察院阅览检控方的证据并作辩方证据的开示。但对某些法院获取的证据，可以到法院阅览。如果法院主持的审前程序包括证据开示，那么控辩双方将应开示的证据拿到法院，在法官监督下进行开示也是可以的。

2. 开示程序中的违法制裁。根据《美国联邦刑事诉讼规则》关于证据开示中违法制裁的规定，对于未能遵守该规则要求进行证据开示的，法院可以采用几种方式处理：命令该当事人进行证据开示；批准延期审判；禁止该方当事人提出未经开示的证据；做出其他在当时情况下认为是适当的决定。法院可以指定进行开示的时间、地点和方式，并可以规定适当的期限和条件。

《美国联邦刑事诉讼规则》关于制裁违反开示要求的上述四种措施的规定，也大体反映了各州的立法和实践。其中第四种措施，即“作出其他的适当决定”，赋予法院更大的斟酌权，从实践看，这些决定如：(1) 因当事人违反开示程序，命令由其支付证人出庭费用。如 1994 年 4 月，伊利诺斯州最高法院以违反开示程序为由，命令辩护方 64 名辩方证人，全部出庭作证，其费用由辩护方支付；(2) 审判法官向陪审团告诉律师的有关行为不当并请他们注意；(3) 对辩护律师予以经济处罚等。

在全部制裁措施中，最严厉的可以说是排除应开示而未开示的证据，包括禁止未开示姓名和住址的有关证人出庭作证或排除其证词。一些法院实际运用

了这种惩罚措施，如在 1994 年的一起杀人案件中，蒙大拿州最高法院排除了被告方提出的关于被告精神障碍的全部证据，理由是辩方律师拒绝开示其精神病学检查报告以及医生陈述，从而违反了该州关于相互开示的法律规定。虽然律师辩称拒绝开示的材料中包括因患者——医生特权而保密的材料以及可能自证其罪的材料，但法院指出，辩方律师事前并未因此而取得一项关于这种特权和证罪材料的保护性命令，而根据法律只有获得这种命令其信息才可保密。

美国最高法院已经肯定了证据排除的合宪性。但为慎用这种措施，有些法院要求以发现这种违反开示程序的行为是故意实施和（或）会引起偏见的为前提。不过，有些人抨击这种做法，认为辩护律师在辩护策略和措施上发生错误，但其不利后果却因有利被告的证据被排除而由此往往是无辜的被告来承担，这种做法是不公平的。因此，他们建议用对律师的纪律性处罚代替这种证据排除。

英国对违反开示程序规定的处罚与美国相似，法院仍可采用证据排除手段对起诉方或辩护方不开示证据的行为进行处罚。此外根据 1994 年 11 月通过并于 1995 年 4 月 10 日生效的《刑事司法和公共秩序法》对沉默权制度的修改，被告人在审判前不向警察和检察官交待被合理要求应当提及的问题，但在法庭辩护时却将这一问题作为辩护的理由（即从事所谓“突然辩护”），对被告人在庭审前保持沉默（不开示），法庭可以作出对被告不利的推断。

三、关于我国证据开示的制度设置

我国新刑诉法就刑事案件中的证据信息沟通分不同的诉讼阶段作了三款规定：其一，侦查阶段，第 96 条 2 款规定，“受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名”。其二，起诉阶段，第 36 条 1 款规定，“辩护律师自人民检察院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料”。其三，审判阶段，第 36 条 2 款规定，“辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料”。

上述规定是适应新的诉讼制度尤其是审判方式所作的具有改革意义的新的规定。应当说，新法律注意到诉讼的不同阶段对证据开示的不同要求，从而作出了与之较为适应的递进性的规定。然而，就实现证据开示的目的，保障诉讼的公正和效率以及法律条款本身应具有明确性和规范性等技术特性而言，这些规定存在三个方面的问题，一是范围不明确。“本案所指控的犯罪事实的材料”，这些材料是全部材料还是部分材料；是原始材料还是复印件；被告和出庭证人将在法庭上陈述、作证，那么他们在侦查起诉阶段所作的供证应否查

阅；除了指控的事实以外的材料，尤其是有利被告的材料，可不可以查阅，等等。法律均语焉不详。司法实践中各诉讼角色必然会从有利于己的方面解释，势必造成混乱和难以操作。二是开示场所和义务方不明确。辩护律师到何处去查阅所指控的犯罪事实材料，何方（检察院还是法院）承担证据开示责任，法律未作规定。而且这种对地点和义务方的规定直接影响查阅证据的范围。因为新刑诉法就检察院向法院移送起诉案件规定了新的移送方式，即改变了过去移送案卷（即全案证据）的做法，仅要求检察院移送起诉书、证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片。因此，如果律师到法院阅卷，他只能看到“证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”，而且由于目前为防止庭审“走过场”，强调法院的庭前审查是程序审而非实体审，检察院移送的主要证据复印件或者照片被限制在一个较小的范围内，通常只是对定案具有关键意义并为法院发动审判程序所需要的少量证据。而只有到检察院才能查阅到案卷中的全部证据。但因查阅地点和义务方不明确，律师到检察院查阅证据将发生困难。因为法院作为裁判机关允许辩护人查阅检察院送来的材料一般不致发生问题，但如果到检察院查阅，检察院将增加工作负担，还可能影响其准备公诉时的材料使用，更重要的是，由于检察机关作为控诉方与辩护律师的诉讼立场相对，在诉讼中对律师不可避免的有一种防范的心理态度，而允许辩护方查阅全部证据将加强辩护方的力量而对公诉发生妨碍。因此检察机关如无法律约束，一般不愿意单方面的向辩护方作全部证据的开示。三是开示程序的片面性。即只规定了公诉方对辩护方的开示，但对辩护方在开庭前向公诉方开示其已具有和可能提出的证据未作任何规定。这不仅有悖于各国开示制度的惯例，更不符合目前开示制度的发展方向（已如前述）。而且造成对检察机关进一步开示其控诉证据的制度障碍和检察官的心理障碍，因此反过来又妨碍向辩护方的证据开示。

出现上述问题的原因，与立法时的筹划不周有关（不过，对一种新的，具有浓重的“中国特色”的刑诉程序，就其中各方面的具体的制度设置都能在一开始就谋划周全未免是一种苛求，因此，规定得粗一点也是可以理解的），也是由于在基本诉讼制度发生了一定程序的变化时，立法研究却未充分考虑到这种变化对具体制度包括证据开示所发生的影响有关。

证据开示在由控辩方向法庭举证的诉讼程序中具有十分重要的意义。尤其是因为目前的律师辩护仍在很大程度上依赖于国家侦检机关所获取的证据材料，律师对这些证据的知情范围直接影响其辩护力量，因此这一问题已经引起了各方面的关注。1996 年 11 月下旬，在京的十余名刑诉法教授和一些刑诉法

学博士经陈光中教授主持召开了一个关于新刑事诉讼法实施问题的座谈会，其中专门研究了“关于辩护律师在审判阶段的阅卷范围”问题，与会者认为，“不能将刑诉法第36条2款的规定理解为律师在审判阶段只能查阅、摘抄、复制检察机关移送至法院的‘证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片’。自人民法院受理案件之日起，辩护律师应当拥有去检察院查阅全部案卷材料的权利。”座谈纪要阐述了这一主张的理由，主要有：1. 从有利于辩护职能发挥看。由于辩护律师自行调查、收集证据有很大的局限性，这使得他的辩护活动在很大程度上要依靠他的阅卷权。因此，不宜将辩护律师在审判阶段的阅卷权限制在狭窄的范围内，否则不利于辩护律师作用的有效发挥；2. 从立法精神看。原刑事诉讼法允许律师查阅全部案卷，修改后的刑事诉讼法其立法精神之一是加强辩护职能，改善被告人在刑事诉讼中的地位。据此，不应当将第36条2款作限制性解释。否则，反而削弱了被告人的辩护权；3. 从国际情况看。在采用起诉状一本主义或控辩式审判方式的国家，法官不允许庭前阅卷，但辩护律师是允许的，而且辩护律师在法院开庭审判之前到检察机关查阅案卷是一种带有普遍性的做法。

应当说，教授们对于这一问题的基本观点和基本理由都是能够成立的，尤其是要求扩大辩护律师查阅证据的范围，这一要求在我国刑事诉讼的制度和实践背景之下，必要性十分明显。然而，就证据开示而言，以上主张并未解决一些技术性的同时又直接关系证据开示效果的问题，同时还没有避免某种意义上的片面性。下面，结合证据开示的一般法理和我国刑事诉讼制度的具体情况，对我国证据开示程序的制度设置谈几点意见：

（一）关于我国刑事诉讼中证据开示的意义和责任

为了保证诉讼的有序性、有效性和公正性，在我国刑事审判实行由控辩方举证的庭审方式的情况下，实行庭前证据开示制度是十分必要的。尤其在我国刑事诉讼中，律师的自行调查、搜集证据受到制度和能力的较大限制，他往往较多的依赖于侦控方所搜集的证据，这就使庭前查阅证据具有更大的作用。也是因这种原因，在证据开示程序中，检察机关对于为辩护方提供辩护条件负有不可推卸的责任。这种责任既是来自其作为诉讼一方的实质上的诉讼当事人的义务，也是来自其超当事人的作为检察官客观公正执行法律的义务。而且应当看到，由于我国刑事诉讼中国家权力较为强大，应当十分强调检察官为辩护律师提供诉讼条件，以避免在审判活动中诉讼条件的进一步倾斜。可以说，在我国证据开示程序中，检察院是矛盾的主要方面，负有更为重大的证据开示的责任。检察机关对此应当有客观而明智的认识，在证据开示的制度设置和操作实

践中提出并实践有利于增进我国刑事诉讼整体功能的合理设置。当然，从组织功能学的观点看，在一定的制度约束之内，任何一个组织都倾向于采用最有利于自身功能发挥的行为方式。因此，这种开示责任还必须采用具有强制力的制度性设置方式，否则，靠组织和个人的“自觉性”是不能解决问题的。

但在另一方面，必须认识到在我国刑事诉讼中，辩护方也应当具有证据开示的责任。如前所述，这种相互性开示，包括辩护方对全部拟提出的证据或其中最关键的证据（如不在犯罪现场和专家证据）的庭前开示，是证据开示制度的一般法理，而更充分的开示，包括辩护方证据的全面开示，也是各国开示制度进一步发展的方向。这种相互开示对我国刑事诉讼制度有两方面的意义。第一方面是：有利于全面保障刑事审判的有序性、有效性和公正性。控诉方对辩护方“打埋伏”，不开示或少开示证据，这种做法固然对实现诉讼的效率和公正不利，但另一方面，辩护方将自己所掌握的辩护证据在庭前秘而不宣，在庭上搞“突然袭击”，甚至追求一种戏剧性的效果，利用检控方的准备不充分达到辩护目的，同时也是一种为影响被告及家属和旁听群众的不适当的商业行为，这显然不能体现司法公正。可以说，这种“伏兵辩护”，不仅在国外有，在我国刑事诉讼实行原刑诉法时也能见到，不过因当时律师活动的余地小，加之庭审的非实质化，出现这种情况对司法的损害较小，因此而未能引起人们的充分注意。

对证据的相互开示问题，有的同志认为，在我国，辩护律师取证的权利和能力有限，规定相互开示的意义不大，因此不须对辩护方的证据开示作制度性的规定。此一主张看似有理，实际上却存在根本性的错误。应当看到在我国新的刑诉制度下，律师已经具有比之过去大得多的活动余地。在侦查阶段，他即使不直接取证，也可以申请法院、检察院取证，即作证据保全。而在起诉和审判阶段，他依法享有调查取证的权利。当然，律师的调查取证权不能与侦控方匹敌，但在另一方面，如果我们认真观察司法实践，也应看到辩护方所具有某种优势：其一，检察官所担负的举证充分从而成立事实的责任较之辩护方所负有的攻击职责要艰难得多，因为他必须搜集充分的证据，并使这些证据形成完整的、经得起攻击的锁链，而辩护方只需要在某些薄弱环节上下功夫，打破某一点即可。因此，即使辩护方手中只握少量证据，其对公诉的威胁也不可低估；其二，被追究人的辩护因自身的自由、名誉、财产甚至生命的威胁而得到最强大的利益驱动，并同时驱动其他相关人员。而公职人员的行为不受这种驱动，且有更严格的行为规范限制。有一个或许不恰当的比喻：这在某种程度上与在自由市场上势力强大的国营企业不一定能竞争过经济实力相对较弱的民营

企业同理。如果允许辩护人从事辩护的"突然袭击"，在庭审实质化和律师调查权扩大及其法庭举证权充分扩张的情况下，可能对公诉造成较严重的损害。尤其是那些案情复杂、检控困难，被告人有一定经济势力和社会背景的案件。而且这种损害并不一定是靠事实和证据本身，而是在相当程度上依靠一种辩护技巧（国外刑事诉讼，作为辩护技巧，有的律师为防止公诉方的庭前取证反击，有时把应开示的证据保留到必须开示最后关头，而且如有可能，则尽可能不开示其证据）。这种辩护技巧还可能延误诉讼（在检察官要求休庭调查的情况下），也可能因时过境迁检方难以取证核实，其结果都是损害诉讼的公正和效率。正是由于单方面开示可能造成这种对诉讼的不良后果，那种认为可以通过检控方单方面开示来对辩方的力量和能力进行"补偿"以趋于"平等武装"从而实现司法公正的观点是不正确的。

相互开示的第二方面的意义是有利于推动检控方作证据开示，从而最终有利于辩护活动的开展。这是因为只有相互开示（即使认可检察官有更大的开示责任），才可能因手段武装在某种程度上的平等性和相互性受到检察机关的支持。由于不移送案卷，庭前检控证据的全面开示必须在检察院进行，可以设想，如果辩护方通过侦查和起诉阶段的介入已经取得了一定的辩护证据，但到检察院阅卷时毫不透露，同时对检控方的全部证据材料却均予"查阅、摘抄、复制"，检察机关势必难以接受，其反应就是制造障碍，一是就如目前，不同意到检察院阅卷，主张律师应到法院查阅检察机关移送的材料；二是如果某种法律文件被通过，要求检察机关让律师查阅证据，那么在执行中检察机关也会将律师查阅的时间、查阅的范围上尽量予以限制，以免公诉活动受到较大的损害。因此可以说，确立辩护证据开示的制度，是保证检控方开示的必要条件。

（二）证据开示的内容、地点及时间

证据开示的内容，即被开示的证据的范围，这是开示程序中的一个关键问题。如前所述，国外对开示范围有不同规定，如美国开示范围较大，而日本较小。在我国，目前对证据开示范围主要有两种意见，一种是认为辩护律师除侦查起诉阶段所了解的情况和查阅的材料外，在审判阶段只能到法院去查阅检察机关移送的"证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片"；另一种是如文前提及的教授们的意见"自人民法院受理案件之日起，辩护律师应当拥有去检察院查阅全部案卷材料的权利"。然而认真分析，即使同意后一种意见，也存在一个查阅范围问题。所谓"全部案卷材料"包括哪些材料，如果侦查机关移送起诉时装订了案卷，但起诉单位在起诉阶段搜集的证据并未形成案卷，这部分材料是否应开示。而且，目前的诉讼制度并不实行职权主义诉讼中必须的

"案卷主义"。为了诉讼使用的方便，检察机关不一定要将证据材料在开庭前装成案卷（甚至有的将公安移送的案卷拆散，使用后再加上新的材料重新装卷），那么，证据材料在开庭前不成案卷又应如何确定查阅范围。况且，无论是公安机关还是检察机关，在实践中都不是将所取全部材料装卷或归入拟使用证据的范围，不少在调查和侦查过程中形成的与案件无关或关系较小的材料，或重复性材料都将在整理移送证据或准备庭审举证时被剔除。这样，查阅案卷材料是否包括这些在侦查和起诉阶段被剔除的材料。在界定证据开示范围时这些问题都需要回答，否则，在这个实践中易引起争议的问题上，会出现有关的规定缺乏操作性和有欠公正合理的问题。

根据国外普遍的做法和法理，尤其是考虑我国刑事诉讼的特殊情况，对证据开示的范围可作如下要求：

其一，就检控方而言：

1. 凡是在侦查、起诉过程中获得的与案件指控事实有关的证据材料，都属于证据开示的范围。这里开示范围以对指控事实的相关性为标准。这样，凡与指控事实无关的，如在案件中调查被告人以外的其他人所形成的材料，调查被告人的其他的未经起诉的问题所形成的材料，调查被告人的有关问题但获取的材料没有证据意义的（无论就指控还是辩护都没有证明价值），诉讼过程中侦查起诉机关内部的非证据性工作材料等，都不属于证据开示的范围。这个范围，基本包括了过去侦查机关移送的案卷材料的范围加上起诉机关补充取证的材料。可见这种十分广泛的开示范围，足以满足辩护准备的要求，有利于保证被告人辩护权的实现，符合我国刑诉法修改加强被告人合理权利保障的指导思想。而且这种范围也比较便于掌握。而那些要求检控方证据开示只是开示："证据目录、证人名单、主要证据复印件或者照片"的主张显得合理性不足。首先是"主要证据复印件或者照片"的范围不便于把握，有的认为只包括对定案最有意义的少数关键性证据，而有的认为包括指控犯罪事实所依据的基本证据。从庭审改革保障庭审实质化的立法指导思想看，将"主要证据"作严格限制是有道理的。而且从实践看，检察机关也不可能大量复印证据材料。但这样未免使开示证据的范围过于狭窄，不利于辩护权的实现。

2. 上述开示范围中，对其中凡是准备在庭审时提出的证据，无论是被告人过去的供述与辩解、证人的庭前证言、被害人的庭前陈述，还是物证、书证，鉴定结论，勘验、检查笔录以及视听资料，只要在法庭上应用，就应事先开示，对这部分证据的开示属于法定开示、强制开示和主动开示。也就是说，对这部分证据，检控方应主动向辩护方出示。凡未事前开示的证据，在法庭上

不能使用，除非有合理的根据并获得法官允许。这种法定开示范围的要求，符合国际上的普遍做法。而且可以避免上面第一条以相关性为标准可能带来的某些范围不确定的问题。例如，有的证据，辩护方认为与指控有关，而起诉方认为与指控无关或关系不大，是否开示，易生争议。而以拟于法庭上提出作一法定开示标准，使证据开示范围更具有可操作性，同时也便于确定是否违反开示程序而加以违法制裁。而且这种标准就是有针对性地解决审判中“突然袭击”的问题，从而基本保证了开示程序欲达到的政策目标：诉讼的效率与公正。

3. 在第1条规定的范围内，除第2条以外的证据，即不准备在法庭上应用的相关证据，经辩护方要求，检察机关应当开示，这属于请求开示和被动开示。从实践中看，这部分证据可能并非少数。例如，对被告人多次讯问形成的笔录，证人多次作证的笔录，在法庭上由于被告人到庭和证人出庭可能不被使用或使用较少，对这些不准备提出的相关证据，如果辩护人要求，检察机关应当开示。这些证据材料由于公诉人不提出在审判中使用，因此不能作为定案根据，一般情况下诉讼意义不大。但其中有些材料可能被辩护人利用为辩护证据，因此如果辩护人要求，这些证据应当被开示。

4. 除以上要求外，还应该对检察机关提出一项一般性的要求，即检察机关在开示程序中不能隐瞒对被告有利的证据材料。对这部分证据，拟在法庭上使用的应主动开示，不准备作法庭使用的，当辩护人提出相关要求时，检察机关应当向辩护人开示。如某一证人的某次作证包含一个有利被告的情节，辩护人提出阅览该证人的全部庭前证言，检察机关不能将此次作证的笔录藏而不示。这项要求是基于检察机关的护法职责及公正义务所提出的。对实现诉讼的公正是必要的。

5. 对诉讼中涉及国家机密的，以及对其他案件的侦查可能造成明显损害的材料，检察机关可以不予开示。这里有一个利益斟酌的要求。检察机关斟酌的适当性可以接受法院的司法审查。

其二，就辩护方而言，基本要求是：凡是辩护方准备在法庭上使用的证据都需事前向检控方开示。1. 对辩方准备传唤到庭的证人，应事先通知检察机关其姓名和地址，如果对这些证人有询问笔录，即使不准备在法庭使用，经检察机关要求，应向检察机关开示；辩护人庭前询问被告人、被害人以及鉴定人，如果形成笔录，经检察机关要求，也应当向其作出开示。2. 对拟在法庭上使用的书证、物证、鉴定结论、勘验及检查笔录等证据，应事前向公诉方开示。3. 辩护方如作无罪辩护，其主张和基本根据是否应向检察机关作庭前开示，对此，我认为，鉴于公诉方的起诉书已明确表述了公诉意见及根据，辩护

方虽然在一般情况下不必相应地告诉其辩护意见，但考虑到无罪辩护是根本否定了起诉意见，可以作为一种特殊情况，要求辩护方开示其主张和理由，以使庭审在双方均有准备的情况下进行，使案件真实与正确适用的法理更容易被发现，对这个问题还可进一步研究。

证据开示范围确定后，开示地点就便于解决了。由于庭前全面开示，可以参照日本的做法，辩护律师带上应开示的证据材料，到检察院，作彼此的证据开示。从我国情况看，由于律师查阅案卷材料需要较长时间，在法官主持下进行证据开示可能缺乏效率，效果也不一定好。因此到检察院，控辩双方作相互开示比较适宜。

开示时间问题，证据开示除侦查起诉过程的部分和少量的开示外，正式的庭前开示可安排在检察机关向法院提起公诉（指起诉书移交期日）后的五日以内。这样给检察机关与律师都留出一定的时间上的余地，而且也不至于开示拖延使双方尤其是律师准备不足。

（三）对违反开示义务的制裁

为了在一个具有控辩对抗性的诉讼中保证证据开示程序的有效性，需要确立对违反证据开示程序的行为进行纠正和制裁的制度。根据我国刑事诉讼的具体情况，借鉴国外的做法，可以考虑对违反开示程序采用的措施主要有：其一，要求违反开示义务的一方向对方作庭下开示，并给对方一定的准备时间，尔后已开示的证据才能提交庭审；其二，批准延期审判，待证据被开示并作一定的诉讼准备后再恢复庭审；其三，禁止违反义务的诉讼一方向法庭提出未经开示的证据；其四，违反开示义务造成诉讼拖延的，可以令其承担一定的经济责任。其中，第三种措施，即禁止提出未经开示的证据，是最有力常常也是最严厉的制裁措施。在我国刑事诉讼中，可以考虑相对禁止和绝对禁止两种方式。一般使用相对禁止，即开示前禁止其向法庭出示这种证据，开示后并待诉讼对方准备好后允许其庭上提出；特殊情况下可以使用绝对禁止，即诉讼一方有意不开示应当开示的证据，在法庭上作“突然袭击”，同时由于时过境迁，对这种证据因时机的丧失难以核实和反驳的，法庭可以始终禁止其向法庭出示，使这类材料丧失证据能力。

第六章 证据的审查判断及运用

第一节 审查判断证据概述

一、审查判断证据的概念及意义

（一）审查判断证据的概念

审查判断证据，是指侦查、检察、审判人员对所收集的证据材料，进行综合分析，去粗取精，判明真伪，运用真实可靠的证据，正确认定案件事实的一种诉讼活动。

审查判断证据是刑事诉讼中一项重要的工作，也是一种理性思维活动。对于已经收集到的证据材料，办案人员进行分析比较，综合评判，都是通过大脑，运用概念、判断和推理的思维形式进行的。审查判断证据的过程，实质上就是办案人员通过理性思维来正确认识案件事实的过程。

审查判断证据是在收集证据的基础上进行的，没有证据材料的收集，审查判断证据就无从谈起。而对证据及时的审查判断，又可以指导对案件证据作进一步全面的收集。证据的收集和审查判断是互相联系，相辅相成的。办案人员对案件的正确认识，正是在不断收集证据，不断地审查判断证据的过程中逐步实现的。

另外，审查判断证据，就其内涵来说，既包括对各个证据材料的审查判断，也包括对整个案件所有证据的综合审查和判断。审查判断各个证据材料的目的，在于确保所采用的证据真实可靠并且具有证明力，能够作为定案的根据。但是，仅仅对单个证据进行审查判断是不够的，任何一个证据都不可能证明其自身的真实性。只有对全案证据进行综合的审查判断，才能够确定各个证据间的相互关系，确定所收集的证据是否确实、充分，所证明的问题是否协调

一致，也才能最后对案件事实作出惟一正确的结论。

（二）审查判断证据的意义

审查判断证据是证明过程中最重要的，具有决定性意义的阶段。在这个阶段，侦查、检察、审判人员要对已经收集的证据材料的真实性和证明力的大小，进行审查判断，并就案件事实作出结论。没有证据的审查判断，要确认案件事实是不可能的。

在证明过程中，办案人员开始收集的证据，由于各种各样的原因，往往难免有真有假，真假混杂。有的与案件事实存在着直接或间接的联系，有的与案件事实没有联系；有的能够相互印证，有的却相互矛盾等等。对于这样众多混杂的证据材料，是不可能都作为定案证据的。按照证据本质属性的要求，只有那些能够证明案件真实情况的客观事实，才能作为定案的证据采用。这就需要侦查、检察、审判人员对所有证据材料进行审查和判断，以确定它们是真是假，与案情是否存在着内在的联系，对案情是否具有证明作用以及证明力的大小，凭现有证据能否证明全部案件事实等等。只有这样去粗取精，去伪存真，由此及彼，由表及里，办案人员才能根据客观确实的证据，对案件事实作出正确的结论。

概括起来，审查判断证据的重要意义，突出表现在以下几个方面：

1. 只有正确的审查判断证据，才能鉴别证据材料的真伪，去伪存真，保证定案证据的真实性、客观性。

2. 只有正确的审查判断证据，才能确定证据与案件的关系，确定其证明力的大小，排除与案件无关的证据材料，发挥与案情有关的证据的证明作用。

3. 只有正确的审查判断证据，才能根据确实充分的证据认定案件事实，为以后正确适用法律奠定基础。

4. 正确及时的审查判断证据，还可以对收集证据的工作起到正确的指导作用，保证收集证据工作的准确性、全面性。

二、审查判断证据的任务

如前所述，审查判断证据是证明过程中最关键的阶段。办案人员只有完成对各个证据真实性、合法性和关联性的审查判断，并对全案证据进行综合分析，排除一切矛盾点和可疑点，才能最后确定案件事实，为以后正确适用法律，实现刑事诉讼的目的创造条件。因此，在这个阶段，侦查、检察、审判人员必须完成以下任务：

（一）审查判断证据的真实可靠性

证据的真实可靠性，也就是通常所说的证据客观性。对于收集到的每个证据材料，是否真实反映了案件的实际情况，只有通过对它们的审查判断，才能最后确定。《刑事诉讼法》第42条第3款明确规定："证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。"因此，审查案件证据的真实可靠性，就成为审查判断证据任务的首要方面。

审查判断证据的真实性，首先应对每个证据的来源进行审查判断。任何证据都有一定的来源。不论是控告、检举、自首、坦白所提供的证据，还是通过勘验、检查、搜查、扣押、封存或讯问、询问所获得的证据，都有其各自的来源。证据的来源不同，证据真实可靠程度也会有所差异。因此，作为审查判断证据的首要的任务，就是必须判明证据的来源。要查清证据是如何形成的，由谁提供或收集的，收集的方法是否正确、合法，证据的形成是否受到了主客观因素的影响等问题。经过查证，只有那些有根有源来自于客观实际，依照法定程序收集的证据，才是客观存在的事实，才有可能成为证明案件事实的证据。一切来历不明的物品、痕迹，道听途说的言词或捕风捉影的议论，都只是一些仅供参考的"线索"，不能作为定案的证据使用。对于那些使用非法手段收集的所谓证据材料，不具有法律效力，不能作为诉讼证据使用。

在审查判断证据来源的基础上，应着重审查判断各个证据材料的内容是否真实可靠。经过查证，那些反映案件客观实际的证据材料，就可以作为定案的根据而加以采用，反之，就是虚假的或无证明力的证据材料，不能发挥其证明的作用。

在对证据内容的真实性进行审查判断时，应根据每个证据本身所具有的不同特点而有所侧重，有针对性地进行分析研究，查证核实。对于被告人的口供，考虑到他所处的特殊地位，则应注意查清有无对被告人进行刑讯逼供等非法现象存在，被告人的口供是否前后一致，有无矛盾等。审查鉴定结论，则应注重审查鉴定人是否具有鉴定的资格和能力，鉴定的材料和方法是否符合要求等等。

另外，由于每个证据材料都不可能证实其本身的真实性，因此，还必须注意结合其他证据材料，审查判断证据本身的真实性。应注意分析同案犯口供之间，当事人和证人的陈述之间，不同证人的证言之间，被告人的口供与被害人的陈述之间有无矛盾。不仅如此，还要注意分析这些言词证据与案件的物证、书证、鉴定结论、勘验检查笔录之间有无矛盾，物证、书证与勘验检查笔录之间有无矛盾等，以便从中发现问题，进一步查证核实每个案件证据。

（二）审查判断证据的关联性

证据的关联性是指证据材料与案件事实之间的内在联系性。这也是证据的一个本质属性。刑事诉讼中，可以作为证据的事实必须是与案件事实存在着某种联系，即能够反映一定案情的事实。如果某种事实与案件事实之间没有这种关联性，就起不到证明的作用，就不能成为诉讼证据。因此，审查判断证据的关联性，也就成为审查判断证据工作的一个重要任务。

审查判断证据的关联性，首先要判明证据内容与特定的案件事实之间是否存在着客观的必然的联系。凡与案件无关的事实或材料，均应从诉讼证据中剔除出去。对于那些与案件事实之间存在着某种表面的、偶然的联系的事实或材料，由于其本身并不能证明案件的什么问题，即使它们是真实的，也不能作为诉讼证据来使用。例如犯罪现场留有某人的足迹，查证他也确实到过现场，但仅是偶然路过而非作案，那么他在作案现场所留的痕迹，就不能作为定案的证据来使用。

另外，证据材料与案件事实之间的联系也是多种多样，十分复杂的。不仅有因与果、直接与间接之分，而且还有内部与外部，有罪与无罪之别。它们虽都反映了一定的案件事实或情节，但反映程度不同，证明力的大小也各不相同。因此，办案人员还必须进一步查明各种证据与案件事实之间的联系是什么性质的联系，它能证明案件中的什么问题、证明力的大小等等。只有这样，办案人员才能够在刑事诉讼中对不同性质的证据，正确加以运用，充分发挥各种证据的证明作用，保证对案件事实的正确认定。

（三）审查判断证据的合法性

证据的合法性，并非证据本来就具有的属性，而是指我们对证据的法律要求。也就是说，在刑事诉讼中，证据必须具备法律规定的形式，收集证据必须依照程序进行，运用证据必须遵守法律的规定。

审查判断证据的合法性，应注意从以下几个方面进行：

1. 审查证据是否具备法定的形式，手续是否齐全。我国《刑事诉讼法》第 42 条规定诉讼证据有 7 种，即：物证，书证，证人证言，被害人陈述，被告人供述和辩解，鉴定结论以及勘验、检查笔录，视听资料。任何证据都必须具备上述形式之一，凡不属于这七种形式的就不能作为诉讼证据。另外，刑事诉讼法还对各种证据所应具备的内容和手续作了明确的规定，如被告人口供、被害人陈述和证人证言，应有陈述人和侦查人员的签名等。手续不全的证据不具有合法性，也不能作为定案证据使用。

2. 审查收集证据的程序是否合法。对收集证据的程序是否合法进行审查，可通过多种途径进行。一般可先从审查法律文书入手。通过对法律文书进行审查，就可以发现收集证据过程中的违法现象。另外，深入群众，倾听诉讼参与人的意见和广大群众的反映，也有助于及时发现、揭露和纠正取证过程中的违法问题。

3. 审查判断证据的运用是否合法。刑事诉讼法对运用证据证明案件事实也作了具体的规定。例如证据必须查证属实，才能作为定案的根据；证人证言必须经过质证；用作证据的鉴定结论必须告知被告人，并告知被告人有申请补充鉴定或重新鉴定的权利等。证据的运用是否合法，也是证据合法性的一项内容，在审查判断时必须加以注意。诉讼参与人也可以通过法定程序提出审查运用证据是否合法的要求。对于违法运用证据的情况，办案人员应随时发现，随时纠正，以保证正确运用证据证明案件事实。

（四）综合全案证据，认定案件事实

以上所述都是对各个证据本身真实性、关联性和合法性的审查判断，其目的在于鉴别真伪，决定取舍。但是，个别证据查证属实，并不等于能够证实整个案情。证据材料的简单堆积也不能达到对案件事实正确认定的目的。还必须把各种证据联系起来，进行比较分析，综合判断，才能查明案件事实。因此，对全案证据的综合审查判断，是审查判断证据工作中最为关键也是最为艰巨的一项任务。只有对全部证据进行周密分析研究，才能最后对案件事实作出准确的判断。

1. 对照分析全案证据，排除一切矛盾

在综合全案证据进行审查判断时，首先要搞好案内证据间的对照分析。通过对全案证据的对照分析，比较研究，来判明各处证据所证明的事实是否一致、协调，它们之间是否存在着矛盾，以及全案证据与案件事实之间是否存在有矛盾。经过审查判断，不仅证据与证据之间，而且证据与案件事实之间都协调一致，没有矛盾，才可以最后确定案件证据的确实性，并以此为根据对案件事实作出结论。

在审查案内证据时，如果发现各种证据之间存在着矛盾，则说明案件证据中存在着不确实的成份；如果发现案内证据与案情之间存在着矛盾，则说明或者证据本身具有不确实、充分的因素，或者是在认定案件事实的过程中违背了逻辑思维规律。对于所发现的各种矛盾，办案人员要认真加以分析和研究，找出矛盾的症结所在，并就此开展进一步的调查、取证和查证工作，合理地排除矛盾，以达到“去伪存真，由此及彼，由表及里”的目的。暴露矛盾——分析

矛盾——解决矛盾的过程，正是办案人员对证据和案件事实的认识逐步由现象到本质、由感性认识到理性认识的深化过程。案件事实必须在排除了一切矛盾之后，才能得到最终确认。

2. 审查全案证据的充分性，排除其他可能性

综合全案证据进行审查判断，还应明确，不仅证据不实不能据以认定案件事实，如果证据不充分，也可能导致错误的判断。证据是否充分，是否足以排除一切合理的怀疑，从而证明案件的基本事实，也是我们进行综合审查判断时必须予以解决的问题。

证据的充分性是认定案件事实的必要条件。判断案件证据是否充分，应掌握以下两个标准：

第一，证据齐全。所谓齐全，不是指证据的种类齐全，而是指案件的所有事实都有相应的证据证明，且每个证据所证明的事实又都有旁证加以佐证。

第二，结论的惟一性。对一个案件事实，我们只能得出一个正确的结论。考察一个案件的证据是否充分，还必须对各种证据进行综合分析，看得出的结论是否惟一。如果结论是惟一的，则说明证据与证据之间，证据事实与案件事实之间的矛盾都已合理排除，案件事实不存在其他的可能性，而只有现有结论。

一个案件的证据同时具备了上述两个条件，就可以说该案的证据是充分的。否则，案件证据不全面，案件结论存在着多种可能性，就不能认定案件证据充分，就不能据以定案。在审查判断证据的充分性时，要注意防止两个片面性：一是搞繁琐哲学，要求对定罪量刑没有影响的情节也作出证明；一是简单化，在证据不足以排除一切合理怀疑来证明案件基本事实的情况下就认定案情。

3. 综合全案证据，确定案件事实

审查判断证据的目的，在于能够根据确实充分的证据来正确认定案件事实。通过以上对单个证据真实性、关联性、合法性以及全案证据充分性的审查判断，我们就可以确定据以定案的证据是否确实充分。对于现有证据确实充分的，办案人员就可以据此进行推理判断，确定案件事实。如果现有证据尚有下列情形之一的，就说明证据不够确实充分，不能定案：

(1) 据以定案的证据尚有待查证属实的；

(2) 据以定案的证据与案件事实之间没有必然联系的；

(3) 证据之间、证据与案件事实之间尚存在矛盾，没有被合理排除的；

(4) 据以定案的证据，尚不足以得出所认定的结论，不能排除其它可能性

的。

对于证据不够确实充分的，办案人员还需开展进一步的收集证据和审查判断证据工作，直至犯罪事实查清，证据确实充分，才能最后定案。

在司法实践中，有时会出现所谓的疑案，即有时相当的证据证明被告人有犯罪的重大嫌疑，但是定案的证据又没有达到确实、充分、足以排除其他可能性的程度。对此，我们不能实行“有罪推定”的原则，或采取“疑罪从轻”、“疑罪从挂”的作法。而只有依法进行更进一步的调查研究，以获取充分确实的证据。如果经过努力，仍无法收集到足够的证据，就不能认定被告人有罪和处以刑罚，而只能按无罪处理。因为，没有充分确实的证据为基础就定罪判刑，是我国法律所不允许的。同样，当证据能证实被告人有罪，但轻罪重罪之间不能肯定时，应按轻罪处理。

三、审查判断证据的主体和方法

（一）审查判断证据的主体

审查判断证据的主体是指在刑事诉讼中，依法享有对所收集的案件证据进行审查判断，决定证据的取舍和证明力的大小等权利，并运用所认定的证据证明案件事实的特定的司法机关和个人。审查判断证据是在刑事诉讼过程中所进行的一项诉讼活动，审查判断证据的主体必然是刑事诉讼的主体。但并非所有参与刑事诉讼的单位和个人都能够成为审查判断证据的主体。根据我国刑事诉讼法的有关规定，审查判断证据的主体，主要是国家专门机关的司法工作人员，即侦查、检察和审判人员。另外，根据刑事诉讼法的规定，在诉讼过程中，承担辩护任务的律师和其他辩护人，也享有一定的审查判断证据的权利。但是，辩护人的这种权利，在时间上和效力上都有着很大的局限性。因而，在审查判断证据，认定案件事实方面，起主导和决定性作用的，仍主要是承办案件的司法机关及其工作人员。

根据我国刑事诉讼法的规定，在不同的诉讼阶段，承担审查判断证据任务的主体是不同的。

在侦查阶段，公安机关，国家安全机关和人民检察院的自侦部门依法对各自管辖的案件，行使收集证据，审查判断证据，查清犯罪事实的职责和权利。

在审查起诉阶段，人民检察院的起诉部门，对于侦查人员所认定的案件事实和证据，必须进行进一步的审查判断。审查后，如果认为案件证据不足或不确实，需要补充侦查的，审查起诉部门既可以退回侦查部门补充侦查，也可以自行侦查；如果认为案件证据确实充分，犯罪事实已经查清，依法应当追究被

告人刑事责任的，则应作出起诉决定，向人民法院提起公诉。

人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于主要犯罪事实不清，案件证据不足的，可以退回人民检察院补充侦查。如果认为犯罪事实清楚，证据确实充分的，应当决定开庭审判。在法院开庭审理过程中，公诉人和辩护人都可以就各自审查判断案件证据所得出的结论发表意见，供合议庭判决时参考。对于不服法院一审判决，提起上诉或抗诉而引起的二审案件，以及再审案件，死刑复核案件等，受理法院在审理时，都应对案件证据进行进一步的审查判断，分别情况，作出不同的决定。

可见，在不同的诉讼阶段，不同的司法机关依法独立行使着审查判断证据的职权。一个案件的证据只有经过侦查、检察、审判人员的多次审查判断后，才能最后被确定为定案的依据。而且在审查判断证据方面，侦查、检察、审判人员之间存在着分工负责、互相监督、互相制约的关系。这对于保证办案人员正确、全面、客观地对案件证据进行审查判断，正确认定案件事实，防止冤假错案的发生，都有着十分重要的意义。

（二）审查判断证据的方法

根据刑事诉讼法的规定和司法实践经验，审查判断证据通常采用如下方法：

1. 逐一鉴别法

对于所收集的每个证据材料，逐一地进行审查判断，是审查判断证据最通用的方法，也往往是最先使用的方法。办案人员应依据客观事物发生、发展、变化的一般规律和常识，对证据的真假和证明力进行初步的审查鉴别。通过逐一鉴别，将那些不符合事物发展的客观规律或与案件事实不具有内在联系的事实和材料，从案件证据中清除出去，使得证据得以初步净化，为进一步审查判断证据创造条件。

2. 对比法

对比法是指对案件中两个或两个以上具有可比性的证据进行比较、对照，看它们所反映的案件事实是否一致，以判断证据真伪的一种方法。一般来说，经过比较，证据所反映的内容基本一致没有矛盾的，则说明证据是确实可靠的；反之，则说明案件证据还存在一定的问题，需要进一步采取措施查证清楚。

在采用对比法审查判断证据时，应注意证据之间必须具有“可比性”，即证据所证明的对象必须是同一事物或事实。如果用来进行比较的证据之间不具有这种“可比性”，则不能进行比较，否则只会得出错误的结论。

3. 印证法

印证法是指若干证据所分别证明的同一案件的若干事实，联系起来进行考察，以验证它们所反映的案件事实是否相互呼应、协调一致的方法。按照唯物辩证法的原理，事物总是互相联系的。案件发生后，不仅证据与一定的案件事实间存在着必然的联系，而且，证据与证据之间也存在着一定的联系，甚至某些证据的存在是互为条件的。这就使得我们在审查判断证据时，可以把该证据与案件事实以及案件的其他证据联系起来进行考察，看他们之间能否相互印证、协调一致。如果能够相互印证，则说明证据是真实的，反之，就是虚假的，不能作为案件证据使用。

印证法和对比法，它不要求证明对象的同一，而只要求所证明的事实间存在着客观联系，因而在司法实践中被较普遍地采用，特别是在判断间接证据的真伪时，更要采用印证法来进行审查判断。

4. 侦查实验法

侦查实验法是指为了审查判断某一现象在一定时间或情况下能否发生，而依法将现场发生的过程加以重演或再现，以判明证据真伪的一种方法。这种方法，一般在侦查人员核实某些言词证据的真实可靠性时，加以采用。它可以判明在某种条件下，能否听到某种声音或看清某种事物或行为；能否发生某种现象或完成某种行为；或者使用某种工具能否留下某种痕迹等问题，从而进一步判明证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解等证据的真实可靠性。

5. 对质法

对质是在两个以上的被告人、证人或被告人与证人的陈述之间出现矛盾时，办案人员为了判明某一事实的真伪，而组织这些人员就该事实的真实情况进行互相质询与诘问的活动。这也是审查判断证据的一种方法。根据《刑事诉讼法》第 47 条的规定，证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实以后，才能作为定案的根据。应当注意的是，对质应在个别询问的基础上进行。先由参加对质的人就所了解的事实分别进行陈述后，再组织每一对质者就他人所作的与其矛盾或不符的陈述提出质问，由对方作出回答。通过相互质询来揭露矛盾，消除矛盾，判明各个言词证据的真伪。

在侦查阶段，使用对质要特别谨慎，只有在涉及到案件的重要问题，除了进行对质别无他法的情况下，才可以采用对质的方法。在对质前，办理该案人员必须作好周密的准备，要吃透案情，摸准被告人的心理，掌握好时机和火候。另外，对质应在个别问题上进行，弄清一个关键问题或重要情节，即应结

束，决不可把几个被告人叫到一起讯问全案的情况，否则就会形成集体口径或互相串供的局面，使审查判断证据工作陷入被动。

6. 辨认法

辨认法是指在对犯罪嫌疑人、无名尸体和某些物证、书证不能确定的情况下，办案人员可以有计划地组织被害人、证人或与该物证有过接触的人员对其进行指认和确定的活动。这也是审查判断证据的一种有效方法，尤其是在侦查阶段，运用得最为经常。

辨认可以公开进行，也可以秘密进行，但对犯罪嫌疑人的辨认一般是秘密进行的。在组织辨认时应注意以下各点：

(1) 辨认之前，应向辨认人详细问清他所知道的辨认对象的特征，尤其是固有的特征，并应记录在卷，以便在辨认以后，审查他所认定的对象是否具有这些特征。

(2) 除尸体和整容照片外，在辨认人辨认之前，不能让其看到辨认的对象，以防止先入为主，造成偏差。

(3) 对人或物的辨认，不管是公开进行还是秘密进行，都应采用混杂原则，不能把被辨认对象单独拿出来进行辨认。

(4) 辨认人为多人时，必须分别进行辨认，以免互相影响。

(5) 在辨认过程中，办案人员不准用任何方式向辨认人暗示，或诱使其按照自己的意图进行辨认。

对辨认的过程与结果，应详细记笔录。对辨认结果的使用要特别慎重，必须结合其他证据查证属实后，才能作为案件证据使用。否则，就容易发生错误，造成严重后果。

7. 鉴定法

对于某些物品或物质痕迹，仅凭办案人员的感官是无法判明其性质和特征的，必须由鉴定部门凭借科学技术手段进行检查验证作出鉴定结论后，才能作为证明案件事实的证据。因此，技术鉴定也就成了审查判断某些物证、书证的必要手段。司法实践中，比较常见的有法医鉴定，司法精神病鉴定，司法会计鉴定，刑事科学技术鉴定等。对于鉴定结论，还需要和其他证据联系起来比较分析，查证核实后，才能作为定案的证据，绝不能单凭鉴定结论定案。

除了上述这几种方法外，还应认识到审查判断证据实质上就是办案人员进行的一种思维活动。因此，必须注意充分运用逻辑学的知识和方法，根据有关事实和逻辑规律，通过推理、判断等形式，审查判断证据的真实性。

另外，上述各种审查判断证据的方法，是互相补充相辅相成的。在应用

上，应根据案件的具体情况而定。有的案件可能需要运用上述所有审查判断证据的方法，有的案件则只需要运用一、二种方法即可。

四、审查判断证据的标准

审查判断证据的标准，是指司法机关办案人员判定证据是否确实、充分所应依据的原则和尺度。对任何证据的审查判断都必须依据一定的标准来进行。没有标准就无所谓判断。

我国刑事诉讼中审查判断证据的标准，是法学界争论较多的一个问题，至今仍无定论。概括起来，主要有以下几种不同的意见：

1. “实践说”。持这种意见的学者认为，只有以马克思主义认识论为指导，把实践作为判断证据的惟一标准，才能保证司法人员对证据的判断结论符合案件的客观真实。这种意见主要针对自由心证原则提出的。因为证据和案件事实都是不以司法人员的主观认识为转移的客观事物，证据本身是否真实，是否具有证明力，都不能以司法人员的主观感觉来确定，只有通过实践（即调查核对活动），才能确定证据的真伪。因此，“实践是判断证据的惟一标准”。

对于“实践说”，有的学者认为在判断证据的问题上套用“实践是检验真理的唯一标准”的公式是不恰当的。首先，“判断证据”和“检验真理”是两个不同的范畴。判断是对尚未认识的事物进行的，检验则是对已经有了认识的事物进行的；证据属于客观事物，而真理则属于主观认识。对于两个不同范畴的概念是不能用同一种尺度作为检验的标准的。其次，如果把“实践”解释为“调查核对的活动”，那么便可以把公式变为“调查核对活动是判断证据的唯一标准”。这样一来，既是活动，又是标准，这个公式也是不能成立的。

2. “实事求是的客观验证说”。也称作“以实求实”或“验证无疑说”。持这种观点的学者认为：对于证据的判断和认定，确实是属于人的主观认识，但是，作为检验对证据证明力的判断是否正确，则不是人的主观认为，而是客观事实，是证据材料之间相互印证的实际结果。“客观验证”就是证明犯罪事实的各个证据之间得到了验证，或者说各个证据之间能够互相补充，协调一致，排除了其他可能。“实事求是”则是在验证时必要遵循的正确的指导思想，即辩证唯物主义的立场、观点和方法。因而将“实事求是的客观验证”作为我国诉讼中判断证据的标准，是比较科学、正确的表述。

对于这种意见，有的学者认为，不论是“客观验证”，还是“以实求实”，实际上都是审查判断证据的方法，或者说是对判断证据所提出的要求，不能将它们作为判断证据的标准。

3．“查证确认说”。这里所说的“查证”是指司法人员按照唯物辩证法的精神，从客观实际出发对证据素材进行认真、全面的调查收集活动。“确认”，则是指司法人员在调查收集的基础上对证据素材的真实性和证据的证明力，所作出的一种充满坚定信念的判断。查证是确认的基础，而确认则是查证的继续和结论。二者的统一就是我们在审查判断证据中所应坚持的标准。

4．“客观真实”说。持这种观点的学者认为，在审查判断证据上，应坚持辩证唯物主义的认识论和方法论，坚持“物质存在第一，认识第二”的唯物主义观点，把客观真实作为判断证据的标准。而其所指的客观真实含义有二：一是案件事实、情节清楚；二是证据确实充分。

对于上述关于“标准”的种种主张，暂且不作过多评述。我们认为，审查判断证据的标准，虽然是个比较抽象的概念，但它总是与一定的证据制度相联系的，是一种证据制度本质特征和集中体现，也是区别不同证据制度的根本标志。因此，考察我国刑事诉讼法中审查判断证据的标准，必须同我国刑事诉讼证据制度的实际联系起来进行。只有这样，才可能对这一问题有正确的认识。否则，不是照搬一些公式教条，就是不切实际的空谈。

法律制度属于上层建筑，它总是与政治制度联系在一起的。什么样的政治制度决定了它有着什么样的法律制度，而什么样的法律制度又决定了它有着什么样的诉讼证据制度。我国实行的是人民民主专政的政治制度，是人类历史上前所未有的崭新的社会主义的政治制度，它是以公有制为核心的社会主义经济基础的上层建筑，反映的是工人阶级和广大人民的意志。我国人民民主专政的政治制度，就决定了我国法律制度中的诉讼证据制度也是具有科学的社会主义性质的证据制度，而同古今中外剥削阶级国家的证据制度有着本质的区别。

如前所述，不同的证据制度下，一个证据材料能否最终成为定案的证据，其判断的标准是不同的。法定证据制度把“形式真实”作为判断证据的标准，即证据材料符合法律预先规定的形式就具有证明力；自由心证制度，则把“实质真实”（即办案人员的内心确信）作为判断证据的标准。这两种证据制度所确定的判断证据的标准在人类历史上虽都起到过一定的进步作用，但它们所体现的毕竟是剥削阶级的利益，带有十分浓厚的唯心主义的色彩，因而也是不科学的。而我国现行的刑事诉讼证据制度，是按照马克思主义辩证唯物主义的基本观点，批判地借鉴历史上各种证据制度，吸取精华，去其糟粕，并结合我国实际而建立起来的一种新型的证据制度。在判断证据的标准这个问题上，我们既反对法定证据制度机械地将证据的“形式真实”作为判断证据的标准，同样也反对自由心证制度片面地将人的主观确信作为判断证据的标准。我们所要求

的据以定案的证据必须既具备法律所规定的形式，同时也必须符合案件的客观实际。现行《刑事诉讼法》第42条既规定了刑事诉讼证据的几种法定的形式，同时又强调它们必须在查证属实后才能作为案件的证据使用。根据《刑事诉讼法》的这一规定，并结合我国刑事诉讼中审查判断证据活动的实际，我们认为，我国刑事诉讼中判断证据的标准，实际上具有两个方面的内容，即一是形式标准，一是实质标准。

所谓“形式标准”是指据以定案的证据在形式上必须符合刑事诉讼法的规定。它主要包含以下一些内容：第一，据以定案的证据必须是《刑事诉讼法》第42条所列的七种形式之一；其他形式的证据材料则必须符合有关法律的规定方可成为诉讼证据。第二，据以定案的某种形式的证据必须具备该种形式证据和法定构成要件。第三，证据的取得，必须符合法定程序。采用非法手段取得的证据材料，即使内容真实也不能作为诉讼证据使用。

所谓“实质标准”是指诉讼证据的内容必须符合案件的客观实际情况。它主要包含以下内容：第一，每一诉讼证据都必须真实反映了部分或全部的客观事实，与案件事实无关的证据材料不能作为诉讼证据使用。第二，各个诉讼证据所反映的案件事实之间能够相互印证，协调一致，不存在任何矛盾。第三，综合案件证据所得出的结论具有惟一性和必然性。

形式标准是办案人员在审查判断证据时首先把握的标准，因为形式的真实是实质真实的前提和保证。而实质标准则是审查判断证据的关键，只有实质真实才有可能对案件事实得出正确的结论。形式标准和实质标准是辩证统一，相辅相成，缺一不可的。单纯强调某一方面都是片面的。办案人员在审查判断证据时只有牢牢把握这两方面的标准，才能够把这项工作搞好，确保对案件事实作出正确的结论。

五、刑事诉讼法新增证据规则

1996年国家立法机关在对刑事诉讼法进行修改时，在总结司法实践经验教训的基础上，对有关证据种类、证据规则进行了必要的增补。下面对新增补的几条证据规则进行探讨。

（一）知情者应当如实提供证据规则

刑事诉讼法第45条第1款规定：“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。”该条款有三层涵义：在刑事诉讼中，人民法院、人民检察院和公安机关有权收集、调取证据；人民法院、人民检察院和公安机关收集调取证据的对象只能是

与案件有关的单位和个人；有关单位和个人有义务如实提供其所掌握的证据。其中第三层涵义为新刑事诉讼法所增补，笔者称之为“知情者应当如实提供证据”规则。

所谓“知情者应当如实提供证据”，是指当公安机关、人民检察院、人民法院根据案件情况，确认与案件有关的证据存在于某个单位和个人手中而向他们收集、调取时，该单位和个人必须毫无保留地及时提交出该证据，不得拒绝，更不得伪造隐匿或毁灭证据。这里的“知情者”，并非仅指知道案件情况的人，而是泛指公安、检察、审判人员收集、调取证据时所指向的单位和个人，是指知道该“证据”情况的人。有的单位和个人，并不一定知道正在进行侦查、检察或审判活动的具体案件情况，但其手中可能有意或者无意、主动或者被动地掌握着与案件有关的证据。只要司法人员向其收集、调取该证据材料，他就必须如实提供，不得以不了解案件情况，不知道犯罪嫌疑人作案过程或未与嫌犯有过交往等为理由而拒绝提供证据。这里的“应当如实提供”，就是必须毫无保留地及时地按照实际情况提供，即按照知情者所掌握的真实事实提供，不能不予提供，更不能提供虚假的或经过伪造的证据。

刑事诉讼法新增补的本项证据规则，对我国刑事诉讼立法和今后的刑事诉讼活动具有重要意义。

1. 从义务主体角度为知情者提供证据进行规范，使本条文立法更为严密。在司法实践中，由于单位领导人和公民个人受公民意识强弱、法律观念多寡、本人素质高低等条件的制约，他们对公、检、法三机关的司法行为的认识、理解和支持程度也各不相同。为了保证国家司法活动的顺利进行，法律有必要强迫那些不理解和不支持国家司法行为的单位和个人给予理解和支持。原刑事诉讼法本条款仅从权利主体角度规定了公检法三机关有权收集、调取证据这种授权性规范，而没有从义务主体角度规定“知情者应当如实提供证据”这项义务性规范。这就为一些公民意识薄弱、法律观念淡化、本人素质低下的单位领导人和公民个人拒绝提供证据、对国家司法行为不予配合提供了借口。因此，刑事诉讼法关于“知情者应当如实提供证据”规则的增设，填补了这方面的立法空白，使本条款的立法规定更为严密，为人民法院、人民检察院和公安机关向有关单位和个人收集、调取证据增加了可操作性。

2. 增补这一规则，使刑事诉讼法前后规定相互衔接，立法体系更为科学。法典中本条文的第3款规定：“凡是伪造证据，隐匿证据或者毁灭证据的，无论属于何方，必须受法律追究。”法典《侦查》一章中的第110条规定：“任何单位和个人，有义务按照人民检察院和公安机关的要求，交出可以证明犯罪嫌

疑人有罪或者无罪的物证、书证，视听资料。”可以看出：其一，知情者应当如实提供证据规则，为上款对伪造、隐匿或毁灭证据者进行法律追究的规定作了铺垫。因为只有拒绝提供真实证据的人才有可能进一步伪造、隐匿或毁灭证据，故而法律首先强制要求知情者如实提供证据，否则，就有可能受到法律追究。可见，本文一、三两款的规定具有阶梯递进性，较之原条文没有本规则规定更为科学。其二，在《证据》一章中增补“知情者应当如实提供证据”规则，就和《侦查》第110条的规定前后呼应，使公安机关和人民检察院收集证据的具体法律活动在证据总则的法律规定中找到依据，前后衔接，立法体系更为科学。

3. 执行知情者应当如实提供证据规则，可以使公安、司法人员更加及时有效地收集确定充分的证据材料，从而为查明案件情况、正确认定案件事实和公正处理案件提供了保障。

（二）保障证人安全作证规则

刑事诉讼法第49条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚，依法给予治安管理处罚。”这条规定就是保障证人安全作证规则的法律体现。

根据本条法律规定，保障证人安全作证规则共含两项内容：一是证人保护的机关、对象和内容被明确规范。在刑事诉讼中，保护证人的机关是人民法院、人民检察院和公安机关，三机关有保护证人的义务；保护的对象除证人自己，还包括他的近亲属，即证人的夫、妻、子、女和同胞兄弟姐妹；保护证人的具体内容是保障证人及其近亲属的安全，主要是人身安全，但也包括其他安全如财产安全、住宅安全等。二是危害证人及其近亲属的安全的法律责任被明确规范。危害证人及其近亲属安全的通常手段有威胁、侮辱、殴打、打击报复等。如对证人及其近亲属施行这些行为，即属危害了证人及其近亲属的安全，构成犯罪的，依刑法规定追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，按照治安管理处罚条例给予治安处罚，即对行为人处以警告、罚款或拘留等。

在刑事诉讼中，证人证言是运用最广泛的证据形式之一。世界各国的刑事诉讼法，特别是实行抗辩式诉讼模式的国家，都非常重视证人如实提供证言及亲自出庭作证工作。但证人作证均面临一个共同的问题：被证对方对其进行打击报复。事实上，这种情况在司法实践中也确实存在。因此，各国刑事诉讼法在强调证人有义务作证的同时，均明确规定了证人作证的补偿措施和保护措施，以保证证人可以放心地安全作证。如美国纽约州刑事诉讼法第610节第50

条规定:"刑事诉讼中被传唤的证人有权得到和民事诉讼证人同样的酬金和旅费";而证人的人身安全则由联邦宪法修正案和刑法所保障。奥地利刑事诉讼法除明确规定证人有权获得作证补偿费用外,还在第 153 条规定:"由于证人或其家属因为作证或者回答问题会受到损害或受到刑事迫害,或者有直接和严重的财产危险,而因此拒绝作证时,则除了其证词特别重要而不能允许情况外可以不作证。"

我国 1979 年刑事诉讼法对保障证人安全作证规则没有专门规定,但国家在一些单行法规中对此也有所体现。如 1981 年全国人大常委会颁发的《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》中规定,劳教人员、劳改罪犯对检举人等行凶报复的,按照其所犯罪行的法律规定,从重或者加重处罚。1982 年全国人大常委会颁布的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》中规定,对揭发检举作证人员进行阻挠、威胁、打击报复的;按照《刑法》第 157 条妨害社会管理秩序罪或者第 146 条报复陷害罪的规定处罚,与罪犯同谋的,以共同犯罪论处。这次修改刑事诉讼法,国家立法机关将保障证人安全作证规则明确提出,并专门增加一个条文予以规定。由此可见,我国法律对证人安全作证的保障工作日趋重视。

"保障证人安全作证"这一证据规则的确立,将"保障证人安全不受威胁作为完善证人作证制度中一项不可忽视的内容",必将对刑事司法实践产生重要的作用。

1. 切实加强对证人的保护,有利于证人积极如实作证,并体现了我国的诉讼民主化。证人有作证的义务,同时也应该享有必要的诉讼权利和安全保障权利。不注意保障证人的权利,必然影响证人如实作证的积极性。这一点已由过去的司法实践所证明。同时,进一步加强对包括证人在内的诉讼参与人诉讼权利的保障,也是进一步发展诉讼民主原则的要求。

2. 有利于对非难证人者进行及时有效打击,保障刑事诉讼活动顺利进行。目前,我国的庭审方式正在由职权式向控辩式方向改革,证人出庭作证和接受质证将变得越来越重要。如果任由行为人对证人施暴,则证人出庭将在我国难以实现,甚而影响我国庭审改革乃至整个刑事诉讼活动的顺利进行。通过对保障证人安全作证规则的分析不难看出,法律对这一点是非常明确的,即:只要行为人对证人发难或施暴,不论行为轻重,都将受到处罚,轻者行政处罚,重则会受到刑事追诉。所以,本证据规则的增补,有利于及时有效地打击那些对证人作难或施暴的行为人,以保障刑事诉讼活动的顺利进行。

3. 有利于保障司法公正和刑事案件的正确处理。在刑事诉讼中,证人如

实作证，对于公正执法至关重要。证人如作伪证，可能祸及无辜或放纵罪犯。但在司法实践中，证人因受到威胁、迫害而被迫作伪证，或因吐露真情而遭到报复后又改变证言的情况却时有发生。确立保障证人安全作证规则，有利于全面抑制类似现象的发生，保证不致因证人作伪证而影响司法公正和案件的正确处理。

（三）疑罪从无规则

何谓疑罪?《唐律疏议》解释为：“疑，谓虚实之证等，是非之理均；或事涉疑似，旁无证见；或旁有闻证，事非疑似之类。”可见，刑事诉讼法上的疑罪，亦称疑案，主要是指证据之疑案，即罪与非罪发生疑问难以认定或证据不足事实不清的案件。

刑事诉讼会产生疑案，古已有之。其产生原因较为复杂。一方面，由于刑事案件错综复杂，加之犯罪事实的过去性及犯罪行为的隐蔽性决定了刑事证据收集与运用的困难性，使一些案件一时难以查清；另一方面，有时由于各种条件（如刑事侦查技术落后）的限制或出于各种主客观原因（如办案人员思想、工作作风等方面的问题），加之人类思维的“非至上性”等因素，也使有些案件难以查得水落石出，发生疑案。

疑案如何处理？不同的国家有不同的处理原则。封建制国家通常实行有罪推定原则，疑案一般按有罪处理，但可从轻发落。如《尚书·吕刑》中明确规定：“王刑之疑有赦，王罚之疑有赦。”可见周代采用“疑罪从有从赦（赎）”规则。资产阶级国家普遍实行无罪推定原则，强调对被告人的定罪必须建立在具有确实充分的证据基础之上，因而疑罪一律按无罪处理。如美国纽约州刑事诉讼法典第180节及第210节规定，“如果没有合理的根据确信该被告人犯任何罪”或者“在大陪审团面前提出的证据依法不足以证明控告的犯罪或起诉书中的其他罪”，法院均应“驳回控告书”。日本刑事诉讼法亦规定，“凡是无足够证据的，均为无罪。”对疑案如何处理，我国1979年刑事诉讼法未作明确规定。理论界认识与实践中的做法也不一致。主要有三种意见：（1）疑罪从无：对既不能肯定又不能否定的案件，应作无罪处理；（2）疑罪从有或从轻：对一时查不清、证据不足的案件作有罪认定，或从轻、减轻处理；（3）疑罪从挂、从销；对一时难以查清和决断的疑案，不作有罪或无罪的结论而挂起来，或者不作结论而作销案处理。

我国原刑事诉讼法对疑案处理未置可否的态度以及实践中对疑罪的三种截然不同的处理方式，使我国对疑案的处理毫无规则可言，也与现代文明国家普遍实行的诉讼民主化、法制化原则相悖。为此，修改后的刑事诉讼法确立了疑

罪从无规则，其法律体现主要有，人民检察院对于经（两次）补充侦查的案件，如“仍然认为证据不足，不符合起诉条件，可以作出不起诉的决定”（第140条）。人民法院对于“证据不足，不能认定被告人有罪的”案件，“应当作出证据不足，指控的犯罪不能成立的无罪判决”（第162条）。

疑罪从无作为一项证据规则被法律所确立，具有十分重大的意义。

1. 促使公安、司法人员办理刑事案件进一步树立证据意见，把定罪案件办成“铁案”。疑罪从无规则要求公安、司法人员在自己的侦查、起诉和审判工作中必须牢固树立证据意识，深入实际、调查研究、收集证据，把有罪案件的移送起诉、起诉和审判工作建立在具有确实充分的证据基础之上，办成“铁案”。否则，证据若不属实，就有可能使自己的工作功亏一篑，被存疑不起诉或存疑无罪判决所否定。

2. 有利于避免罪及无辜，防止发生冤假错案，减少司法后遗症。办理刑事案件应当做到不枉不纵，这是刑事诉讼追求的最终目标和最佳选择。但在罪疑的情况下，已经无法达到这一目标和选择。实行疑罪从无，当然有可能放纵真正的罪犯；实行罪疑从有，则可能罪及无辜、产生冤假错案。但后者与前者相比，则会产生更严重的司法后果。因为，即使真正的犯罪分子被释放，其危害社会的行为已经过去，更何况先按无罪处理，不等于不可再处理，一旦将来收集到了确实充分的有罪证据，司法机关再行处理也未尝不可，追究犯罪的主动权永远掌握在国家司法机关手中。而如果对本来无罪的嫌疑犯进行惩处，不仅使其合法权益继续受到新的损害，而且留有大量的司法后遗症：冤屈者及其亲属将长期申诉上访以寻求平反，给社会造成不安定因素；一旦发现本案属错案，只得予以纠正，既给国家在经济上蒙受了不必要的冤狱赔偿损失，又影响了司法权威和国家形象；特别是一些被判极刑的重大案件，一旦发生错案将无法弥补，因为人死不能复生。总之，实行疑罪从无，从司法后果上讲利大于弊。

3. 实行疑罪从无规则是发展社会主义民主的需要，也与世界通例相符。现代刑事诉讼法的根本课题是要解决追究犯罪与保障无辜的统一问题。社会主义民主在刑事诉讼领域的要义之一就是要保护无辜，保障公民的人身权利、民主权利不受侵犯。而国家司法目的及司法权力是要追究发案的犯罪分子。两者似有冲突。如果法律无明文规定疑罪从无，则在疑案问题上，可能导致司法权力膨胀乃至被滥用，使无辜者受惩处。这无疑与我国社会主义民主的要求相悖。疑罪从无规则的确立，必然防止司法权力在疑罪问题上的滥用，避免无辜者受惩罚，这符合社会主义民主之要求。

第二节 刑事证据中的几个问题

一、关于间接证据定案问题

（一）间接证据的特点和意义

间接证据是指不能直接证明案件的主要事实，必须结合其他证据才能推论案件主要事实的证据。其含义：间接证据的证明范围不能直接涵盖案件的主要事实，而必须结合其他证据；运用间接证据必须通过推论才能间接地证明案件主要事实。因此，间接证据有以下特点：

1. 间接证据的种类广泛性和证明范围的局限性。间接证据的范围十分宽广，所有的物证以及大多数的人证、书证都是间接证据，即使是被害人的陈述，在无法明确指出犯罪者是何人的情况下，也属于间接证据，而且间接证据较直接证据更易于取得。因此，在审判中，人们遇到的绝大多数证据都是间接证据。同时，间接证据由于蕴含的信息量比较少，因此证明范围比较狭窄，它只能证明案件的部分事实，而不能直接证明全案，其证明对象又是有局限性的。

2. 间接证据各自的独立性和相互说明的依存性。间接证据在案件中一般都是分别发现、搜集和提取，相互之间很少有直观的自然联系，某一间接证据的有无，往往并不直接影响其他间接证据的存在与否。例如：刀上没有发现血迹，并不影响法医鉴定这把刀可以形成某处伤口意见的正确性；被告人身上没有抓伤，并不否定被害人所述在被某人强奸时曾激烈地反抗等等。然而每一个间接证据在证明案件中的意义及证明对象是什么，又有赖于其他证据的说明。例如：现场发现的鞋印，如无痕迹鉴定加以说明，并不能自然地证明被告人到过现场；阴道混合分泌物中的血型鉴定再精确，如没有对被告人血型的分析鉴定，也不能证明其可能有被告人中的精液。

3. 间接证明存在的客观性与证据使用的主观能动性。间接证据一般具有较强的客观性，各种物证是客观存在的，一般不可能全都为犯罪分子伪造，而人证由于大多数证人与案件没有直接利害关系，其证言也比较客观。因此，只要有充分确凿的间接证据来定案，往往比单纯依靠一、二个直接证据定案要踏实得多。然而使用间接证据定案必须通过人们分析判断和推理的主观活动，没有这些主观活动，各种间接证据只不过是一些各自独立、毫无联系、没有意义

的事件或物体，只能反映事物的现象。只能通过逻辑判断和推理才能透过现象，找出它们之间的本质联系，使之形成锁链和网络，再现整个案件事实。因此，分析判断、推理活动是否科学、准确、周密，决定了间接证据的使用效果。

4. 间接证据的证明力具有双重性。首先，它可以直接证明案件的某个局部的事实，这是由其本质属性决定的。其次，可以同其他证据一起证明整个案件事实，这又是间接证据与案件事实的关联性和与其他证据的客观联系决定的。正确地使用间接证据，有时可以充分挖掘证据所携带的证明信息，使一个证据在不同的场合和角度发挥出更大的证明作用。

正因为如此，间接证据在审判中具有重要的意义：

首先，间接证据是取得直接证据的线索，在侦查和审判中有时一开始不能取得直接证据，往往是通过间接证据才能发现、搜集到直接证据；犯罪分子开始拒不供述时，也只有用各种确凿的间接证据，才能将其制服，取得其真实的供述。

其次，间接证据是验证各种定案证据的手段，人们可以通过间接证据之间的逻辑联系进行相互的比对印证，也可以利用间接证据来鉴别直接证据的真伪。

第三，在无法获得直接证据的情况下，充分确凿的间接证据也可以作为定案的根据。由于时过境迁，被告人拒不供认等原因，有时无法取得过硬的直接证据，在这种情况下，只有利用间接的证据材料，通过科学缜密的思维，来认定案件事实。

正因为如此，积极地收集和充分地运用各种间接证据，是审判人员的主要使命，是正确定案的必要途径。

（二）对间接证据的审查

利用间接证据或间接证据与直接证据结合定案，是审判人员认定案件事实的基本方法，也是正确定罪量刑的前提。如果说对案件事实的认定，是一座楼宇，那么，每一个证据都是组成这一楼宇的砖瓦和梁柱，如果砖瓦和梁柱本身的尺寸和质地不符合要求，楼宇的质量是无法保证的。因此，精心的审查与判断证据（包括间接证据），是正确认定案件事实的基础。

对间接证据的审查一般分为三个层次进行。

1. 对间接证据的个别审查，即对具体证据进行具体分析，以判断证据的真实性和关联性：

（1）审查间接证据的真实性。主要通过审查证据的来源、审查证据的真

伪、审查证据的确定性三个方面进行。首先，要审查证据的出处、由来，看其是否来自于客观实际，是原始的，还是传来的；审查证据的提取手段和方法，看其是否科学、合法，从根本上保证证据的客观性。其次，要审查证据的真伪，这是审查证据的中心。由于主客观条件的限制，证据可能出现差错，以至于虚假，必须加以排除。这种审查有的可以通过对证据本身判断分析，有的可将同一证据前后比对，也有的可以结合案件当时的具体条件，看证据是否可能出现或产生。第三，要审查证据的确定性。即分析证据所反映的信息量大小、证明的事实是否确切以及有无定向证明的功能。如某强奸案件，被告人的近邻证明在案发时“好像隐约听到被告人大门响了一下”，有的司法人员试图以此证明被告人曾出门作案。事实上，这样的证言无论在局部还是整体上都不具有确切的证明意义。

(2) 审查间接证据的关联性。分析间接证据与案件事实有无内在的客观联系。由于直接证据的证明力可以涵盖整个案件，因此其关联性比较明显。而对间接证据的关联性，则需认真分析。作为有证明案情价值的客观事实，必须同时具备与案件事实和被告人的双向联系。所谓与案件事实的联系，是指该证据是本案犯罪行为作用于主、客观对象的结果，而不是其他行为或自然力的结果。所谓与被告人的联系，是指这种结果必须是由被告人的行为直接或间接造成的，而不是其他人所为。这种联系必须是本质的联系，而不仅仅是表面现象的联系。某盗窃案件，失主证实被窃物品中有一卡西欧计算器，而被告人家中恰好搜出同一型号的计算器，从表面上看，似乎可以认定此次盗窃系被告人所为，但经深入了解，被告人称计算器是从其姐姐家拿来，并非赃物，从而否定此非犯罪事实。

2. 对间接证据的比对审查，即将相关的间接证据加以比对，相互印证，审查其是否有本质联系，是否具有矛盾。如犯罪凶器和尸体伤口形态的比对，犯罪手段和尸体鉴定结论、现场勘查笔录的比对，失主报案记录和收缴赃物的比对，以及被告人供述、被害人陈述、证人证言和有关证据材料的比对等等。通过比对，找出不同间接证据间的因果关系，实现间接证据间的相互说明和定向（有罪或无罪证明）。在比对审查中，对证据间差别要精心分析、高度重视。一般有以下三种情况的差别：

(1) 互容的差别。相关的间接证据已具有本质的因果联系，其中的差别是非本质的，可以容许的。例如：法医尸检死者的刀口长度略大于凶器的宽度，由于犯罪人行刺的角度不同，这种差别并不影响证据的真实性和准确性。

(2) 互存的差别。相关的间接证据之间已具有因果联系，但由于客观条件

的限制，证据内容不完全一致，存在多种可能并存的不确定关系。如被害人由于天黑、惊恐等原因证实的犯罪分子使用的凶器与在现场收集到的凶器不完全一致，刑事科学技术鉴定认为提取的作案工具可以形成某一痕迹，但无法作出同一认定；失主报失的现金数额或品种与犯罪分子的供述有某些差别，等等。在这种情况下，证据间虽可以相互印证，但无排他性。因此，必须结合其他证据来作出确定性的说明。

(3) 矛盾的差别。相关的间接证据间相互对立，互为否定。如：被害人伤口是双刃刀形成，而收缴的凶器则是单刃刀；强奸犯罪的被告人血型与在被害人处提取的精斑血型不符（且不具有相容性）；被害人提供的犯罪分子特征与被告人有重大差别；犯罪现场的指纹不是被告人的指纹等等。这样的证据必须通过补充收集证据、调查、重新鉴定或侦查实验等，排除伪证、假证，而不能通过主观分析作出自认为合理的解释和判断。

3. 对间接证据的综合审查。对间接证据的个别审查和比对审查主要是判断证据的真实性和关联性，而对间接证据的综合审查则是为了能判断证据的系统性和排他性。

所谓系统性是指所有的间接证据具有本质的和客观的因果联系，证据具有一定的数量并且形成锁链，可以从不同侧面、不同角度、不同环节上证明案件的主要事实。

(1) 全部间接证据都具有直接、间接和客观的相互联系，这是系统性的前提。由于这种联系不是像链条那样直观，因此必须用分析推理的线索将各个间接证据连在一起，形成完整的证据体系。这种推理是建立在对每个证据证明内容正确理解和限定的基础上，根据各个间接证据之间的本质联系进行的，有时一个间接证据所包含的信息量并不限于证明一个事实，某一个证据可以同时证明几个事实。例如：在犯罪现场发现的血型与死者相同的血指纹，从指纹特征可以对被告人进行人身识别，从指纹位置可以证明被告人到过现场及活动情况，从指纹的血型可以证明被告人对被害人有过加害行为，从血指纹的新鲜程度和覆盖顺序可以判断作案时间，等等。因此，要善于发挥间接证据所蕴含的信息的作用，精心分析各个事实之间的有机联系，使之形成环环相扣的锁链。

(2) 间接证据具有足够的数量，可以证明案件的基本要素和基本事实，这是对系统性的量的要求。案件的基本要素是指案件的时间、地点、犯罪行为及犯罪人。而基本事实则有更加广泛的外延，它是指凡是与定罪量刑有关的一切事实。如犯罪的动机、目的、手段、情节、后果、影响、被告人年龄及责任能力、认罪态度及表现、有无前科、劣迹等等。仅仅证明基本要素只是达到定案

的证明要求，而只有证明基本事实才能满足判决要求。因此，间接证据必须能够从各个不同角度证明案件的基本事实，形成一个完整的锁链。例如：某市审理的凌某故意杀人案，起诉指控凌某玩弄本单位女青年宋某致其怀孕，后为摆脱宋某而于某日晚将宋女从市中心的本单位约至位于郊区的凌某家中，二人发生关系后，凌某以吃避孕药为名，骗宋女吃下磷化锌灭鼠药，又骑自行车将宋女送回位于市内的宋家中，后宋女因药性发作，于次日下午死亡。此案被告人凌某拒不供述当晚的活动，公安机关通过深入调查，取得了大量间接证据，如宋女到市郊时的公共汽车票，宋女鞋上沾有同凌家门口相似的泥土、宋女阴道内分泌物中有精子，其血型亦同凌某、宋女胃内有磷化锌成份等等。然而，药物磷化锌的来源、凌某如何投毒杀害宋女等，却没有任何证据证实，由于在作案手段这一核心事实上出现漏洞，导致整个证据的两个链环中断，因而不能认定凌某犯有故意杀人罪。因此，在应用间接证据定案时，往往任何一个环节的缺损，都将使整个间接证据的证明体系动摇。

(3) 用以定案的间接证据之间不能有矛盾，这是对间接证据系统性的质的要求。因为出现矛盾性、对立性的反证，有可能动摇某一环节证据的确定性，由此导致整个证据链条的崩溃，因此必须对矛盾的证据进行必要的补充搜集和鉴别，分清真伪，加以取舍。

用以定案的间接证据体系所证明的事实必须是惟一的、排他的，符合形式逻辑的排中律，存在多种可能性时，不能模糊认定。为此，必须全面地分析证据与案件事实之间的相互联系，找出案件的关键性环节，将证明这些环节的证据综合分析，运用判断、推理得出结论，检验其结论是否排他。某一环节的不排他并不意味全案不排他，因此对于在某一环节结论不能排他的，还必须汇合其他有关的环节进行分析，以求得案件事实的确定性、稳定性。

当然，对间接证据的个别审查、比对审查、综合审查是相互交织、反复进行的。在个别、比对审查时，还应将其他他有关证据纳入整个证据体系，以及结合综合案情加以分析。在综合审查中，也必须对个别证据进行鉴别和比对，从而不断发现矛盾，解决矛盾，不断地否定和舍弃伪证、假证、补充和查实新的证据，最后达到间接证据体系的真实、关联、系统、排他和合法。

（三）间接证据定案时应注意的几个问题

1. 要将全部证据都引入证据体系，据以作为定案的依据。对起诉案件时提供的证据材料和人民法院在审理中补充收集、调查的证据材料，只要经查是真实的，与案件事实确有关联，就必须予以采纳，列入证据体系全面证实案情，对于矛盾的证据，必须通过必要的调查，有理有据地加以否定，未经调查

或无法否定的，不能主观地决定取舍，符合自己意图的就采纳，反之就舍弃。同样，对于被害人及其辩护人提出的辩护证据，也应一视同仁地加以核对证实，只要是真实的，就必须加以认定，以全面地证明案件事实。

2. 注重逻辑判断。间接证据体系的建立不是由各个证据的自然堆砌组成，必须通过主观上的分析判断和推理。因此，必须从辩证唯物主义的立场观点出发，坚持从实际出发，从现有证据出发，来分析推理案件事实，而决不能从主观想象的案情出发去寻求证据，没有证据证明的事实和情节，不能在判决中认定。其次，必须精心分析证据材料，通过现象看本质。间接证据本身只反映了案件的一些现象和片断，只有透过各种证据现象才能看到其证明内容的本质，只有通过一个个具体证据相互比对、印证，才能看到其内在的联系，只有将一个个独立的片断联系起来，才能看到案情的全貌。这里既要运用分析的方法，又要运用综合的方法。第三是要严格遵循人们思维的客观规律，正确地确定概念的内涵和外延，准确地进行各种判断，科学地进行推理和证明，使推理和证明活动符合同一律、排中律、矛盾律等规律。

3. 注重与直接证据的结合。直接证据和间接证据在证明案情中具有不同的优势，因此，要将二者有机结合起来，才能形成完善的体系，有力地完成证明任务，直接证据和间接证据的结合一般有以下几种形式：

印证和说明——间接证据印证直接证据，直接证据证明间接证据。如通过现场指纹印证被告人的有罪供述是真实的；根据被告人供述的犯罪工具及其特征，可以证明搜集扣押的刀子确属犯罪工具。

支持——在某些情况下，如《刑事诉讼法》第46条中规定，只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚，没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚；在被害人、证人与被告人有一定利害关系的情况下，也很难单纯根据陈述和证言定案；被告人翻供、证言变化更是难定案。这如同一个没有支撑物的篱笆，无法竖立，自然也不可能包容任何东西。如在某些主要情节上，得到间接证据的支持，则直接证据便更加可信、更加有力，证明效果更加明显。

深化和延伸——由于案件当事人所处的环境和角度不同，很难全面、准确、具体、深入地证明案件的一切情节。如被告人供认行凶杀人，但被害人是否死亡不一定知晓；被害人讲述被犯罪分子强奸，但犯罪分子所用的凶器不一定能够辨认清楚；社会影响大小、犯罪分子主观恶性的深浅等，也都有赖于间接证据的证实。

联系交织——间接证据可以将不同的直接证据相互联系起来。仅有被告人

供述和被害人陈述，固然可以认定案件，但有时为同一双筷子夹东西，往往不够稳固、踏实。通过间接证据将二者结合起来形成网络，则可以牢固地证明案件，做到定案确凿。

二、"一比一"证据的审查与运用

（一）"一比一"证据的概念与特点

在办理刑事案件过程中，我们有时会遇到这样一种证据现象：对于某一案件事实，被告人与被害人或者被告人与证人之间各执一词，相持不下，而除此之外，再无其他任何证据或者至多只有一些不能形成完整的证明锁链的间接证据。这种证据现象在司法实践中，通常被称为"一比一"证据。

"一比一"证据以案内是否还有其他间接证据分为有两种：一种是所谓纯粹的"一比一"证据，即就某一案件事实而言，除了"一比一"证据以外，再无其他任何证据可予证明；另一种是非纯粹的"一比一"证据，即除了"一比一"证据以外，案内还有一些零碎的、片断的间接证据。"一比一"证据按照证据双方对立的程度，又可分为两种：一种是有罪证据与无罪证据并列；另一种是罪重证据与罪轻证据结对。然而，无论是哪一种形式的"一比一"证据，其作为一种特殊的证据现象，有如下几个共同的特点：

1. "一比一"证据现象多发生在那些单独实施犯罪行为，作案手段狡猾隐蔽，发案时间间隔较久或者取证工作比较粗糙的案件之中。比如，无第三者在场的受贿的案件，被害人没有立即报案的强奸案件，以及其他现场勘查、物证检验等工作没做或已失去条件的案件。为此，案件中除了被告人口供与被害人陈述或者被告人口供与证人证言之外，往往再无其他任何证据，或者只有一些不能形成完整的证明锁链的间接证据。

2. "一比一"证据都是直接证据，有可能全面反映案件的真实情况，查证属实其中之一，就能作出正确的定案结论。但是，它们对于同一案件的证明功能是相左的，一个是证明被告人有罪或者罪重的控诉证据，而另一个则是证明被告人无罪或者罪轻的辩护证据。根据形式逻辑不矛盾律原理，它们不可能同时是真实的，至少其中一个是完全虚假或者部分虚假的。

3. "一比一"证据均属言词证据，而且言词证据提供者多是与案件事实或者案件处理有一定的利害关系。其中被告人和被害人自不待言，即使某些证人也不是法理上所谓的纯粹证人，而往往与案情有一定的瓜葛。比如，在"一比一"证据体系中，无论是被告人口供、被害人陈述或证人证言，都存在虚假的可能性。被告人可能为逃避或者减轻自己的罪责而拒不认罪或者避重就轻；被

害人和证人也可能出于某种原因和动机而夸大事实，甚至无中生有嫁祸于人。因此，对于“一比一”证据的任何一方证据都不能偏听偏信，并据此草率定案，更不能先入为主地认为被告人关于自己无罪或者罪轻的辩解都是狡赖，而被害人陈述、证人证言的可信程度就一定相对较高。

“一比一”证据由于在证据充分性上有所欠缺，给我们正确定案带来很大的困难。它常常给办案人员对案件事实处于欲定不能，欲否又难的进退维谷境地。但是，只要我们精心审查“一比一”证据，还是可以使其中的一些成为确实、充分的定案依据的；只要我们正确运用“一比一”证据，还是可以就案件事实作出正确的结论。

(二)“一比一”证据的审查

由于“一比一”证据是案件中仅有的直接证据，除此之外，案内或者再无其他任何证据，或者只有少量的间接证据，为此，我们对“一比一”证据案件的审查，应着重围绕“一比一”证据本身进行。

对于“一比一”证据的审查，我们一般是先将其中的控诉证据和辩护证据进行比对。虽然这里的控诉证据与辩护证据的证明功能是相左的，但它们都是用于证明同一案件事实的，这种证明对象的同一性就决定了它们之间具有“可比性”。通过比对审查，我们可以从中发现控诉证据与辩护证据的共同之处和差异之点。如果控诉证据与辩护证据相同的，内容是合情合理的，并与案内的其他间接证据没有矛盾，一般是真实的，可以用作认定部分案件事实的根据。对于控诉证据与辩护证据的差异之点，我们要进一步分析产生差异的原因是什么，究竟是其中的控诉证据是虚假的，还是辩护证据是虚假的，抑或这两个证据都是虚假的。

在将“一比一”证据体系中的控诉证据和辩护证据作比对审查的基础上，我们还要对这两个证据分别进行审查。由于这里的控诉证据多表现为被害人陈述和证人证言。为此，审查工作可以从以下几个方面展开：

1. 审查被害人或者证人提供证据的动机。

动机不正，其言必假。影响被害人、证人提供证据的动机的因素主要有两个：一个是被害人、证人与被告人的关系；二是被害人、证人的思想品质。为此，我们可以通过分析被害人、证人的思想品质及其与被告人的关系来分析他们提供证据的动机，并进而对控诉证据真实与否作出判断。一般地说，如果被害人、证人与被告人素不相识或关系正常，则其故意捏造事实、提供虚假证据的可能性比较小；如果被害人、证人与被告人有冤仇，则容易夸大事实真相，以期加重被告人的罪责。同样地，被害人、证人思想品质的好坏，也会影响其

提供证据的动机。实践表明，思想品质好的人，个人顾虑少，容易实事求是地提供证据；而思想品质不好的人，则往往计较自己的利害得失，提供的证据较易出现虚假。当然，这仅仅是一种较易发生的情况，并非必然的现象。思想品质不好的人，经过细致的工作，如实提供证据的事例也是不少的，因此，这只能作为审查证据的一个方面，不能仅仅据此就对控诉证据作出肯定或否定的结论。

2. 审查被害人、证人感知、储存和复现案件事实的主客观条件。

在许多情况下，即使被害人、证人提供证据的动机是正当的，但也不能完全保证提供的证据是真实的。因为被害人陈述和证人证言真实与否，还受到被害人、证人感知、储存和复现案件事实的主观能力和客观环境等一系列因素制约。因此，我们对控诉证据的审查还要注意考察；被害人、证人是否因认识上、记忆上和表达上等原因而提供了不实的证据，被害人、证人在感知案件事实时，是否因为距离较远、空间障碍、光线太暗、音响太小或者因事情发生的突然与短暂等原因而影响其感知的准确性和全面性；被害人、证人提供证据时，有无受到外界的不良影响，诸如胁迫、引诱、欺骗、贿买和指使等等。只有完全排除上述足以影响证据真实性的主客观因素，控诉证据才有可能是真实的。在进行这一方面审查工作的时候，我们可以对被害人、证人的主观能力进行鉴定；必要时，也可以进行现场实验，以判断在被害人、证人所讲的情况下，他有无可能了解其所说的那些事实。

3. 审查被害人陈述、证人证言的内容。

被害人陈述和证人证言都是以其叙述的内容发挥证明作用的。因此，审查其内容对于我们作出正确的判断具有特别重要的意义。审查内容，第一，要审查内容本身是否合情合理，有无矛盾；第二，要掌握内容是否稳定，也即被害人、证人的前后几次叙述是否一致，有无反复和出入；第三，要审查内容与案内的其他间接证据是否协调，能不能相互印证。同任何客观事物一样，案件事实的发生、发展也有着内在的逻辑规律。假如被害人、证人是如实叙述其所了解的案件事实，则其内容本身一般是不会有矛盾和反复的，与案内被查证属实的其他间接证据也是能够印证一致；反之，假如他们有意作伪证，无论是夸大情节，还是捏造事实，总难免会露出破绽，前后矛盾，与案内的其他间接证据也不能相互印证一致。一般地说，只有合理地排除了上述所有矛盾的控诉证据，才有可能是真实可靠的。

“一比一”证据中的辩护证据其实就是被告人的辩解，对其审查可以从以下几个方面进行。

1. 审查被告人的辩解是出于什么动机，在什么情况下作出的。

司法实践表明，被告人辩解的原因是多种多样的，有的是出于保护自己的合法权益而提出自己无罪、罪轻或者可以免除刑事处罚的事实材料和意见；也有的是企图蒙混过关逃避惩罚而虚构的事实，曲解法律、无理狡辩；有的是根据自己的自由意志作出的，还有的是受到别人的撑腰打气，就拒不认罪，一味抵赖。查清被告人辩解的原因，对于我们正确判断其真实性，无疑具有十分重要的意义。

2. 审查被告人的辩解的内容是否合理、稳定。

对于被告人的辩解不可轻信，但也不能不加分析地一概斥之为抵赖狡辩。一方面，我们要运用甄别的方法，即依据客观事物发生、发展和变化的一般规律和常识，去分析被告人辩解是否合情合理；另一方面；我们又要采取比对的方法，即将被告人前后多次口供联系起来，考察其是否稳定。如果被告人辩解的理由不符合事物发生、发展和变化的一般规律，或者一会儿这么辩解，一会儿又那么辩解，那就极有可能是虚假的。当然，由于社会生活十分复杂，我们在审查时，也应当考察被告人辩解的理由是否属于在特殊情况下出现的反常现象，其口供的变化是否有企图逃避罪责以外的原因。

3. 审查被告人的辩解与案内其他间接证据能否相互印证一致。

审查被告人辩解的真伪，只从其本身进行分析是不够的，还必须把它同案件中的间接证据联系起来，在联系和比对中考察。这样比较容易发生矛盾。当发现口供与其他间接证据有矛盾的时候，决不能回避，一定要分析研究产生矛盾的原因，看看能不能做到合理解决矛盾；当发现口供与其他间接证据彼此协调，相互一致时，还应进一步审查它们是客观上的联系，还是表面上的联系，是本质的一致，还是假象的一致。一般而言，只要其他间接证据是真实的，那么，与之相矛盾的口供必定是虚假的，而与之一致的口供则可能是真实的。

（三）“一比一”证据的运用

审查证据的目的在于运用证据认定案件事实。然而，运用“一比一”证据定案，却是司法实践中一个十分复杂的问题，学术界的争议也很大。多数同志认为“一比一”证据根本不能用作定案的依据；还有的同志则持相反的观点。我们认为，某些证据能否用作定案的依据，关键不在于其表现形态如何，而在于是否查证属实。况且，所谓定案，也是广义的概念，认定被告人有罪或罪重是为定案，认定被告人无罪或罪轻也是定案。因此，我们认为，完全否定“一比一”证据作为定案根据的能力似乎失之武断。当然，运用“一比一”证据定案是一项难度极高的工作，稍有失误，就有可能酿成冤假错案，或者放纵犯罪

分子。为此，运用“一比一”证据定案必须慎之又慎，精心审断，特别应遵守这样几条规则：

1. 如果辩护证据经审查是确实的，就应对被告人作出无罪或者罪轻的定案结论。如果辩护证据经审查是虚假的，则不能仅仅据此认定被告人有罪或者罪重。因为认定被告人有罪或者罪重的定案结论必须建立在控诉证据查证属实的基础上，而辩护证据的虚假并不能排除控诉证据也可能是虚假的。为此，不能用驳倒辩护证据的方法来反证被告人有罪或者罪重。

2. 对于纯粹的即没有间接证据相伴的“一比一”证据来说，如果“一比一”证据是有罪证据与无罪证据并立，则因为有罪证据得不到其他证据所印证，而不能认定被告人犯罪的。如果“一比一”证据是罪重证据与罪轻证据结对，则我们只能认定两者相互印证的案件事实部分。比如行贿人作证曾送给被告人贿赂一万元，而被告人只承认收受贿赂五千元，那么，我们只能认定两者所述相互印证部分，即被告人收受贿赂五千元。

3. 对于非纯粹的，即有间接证据相伴的“一比一”证据来说，我们要看间接证据是与控诉证据相印证，还是与辩护证据相印证，印证的程度又如何，只有间接证据与控诉证据相印证，并排除了所有合理的怀疑，我们才能认为控诉证据是确实的，并据此对被告人作出有罪或罪重的定案结论，否则的话，就不能轻易定罪。

三、证言中伪证的审查与判断

刑事诉讼中常有虚假不实的证据，即伪证。司法实践中许多冤、假、错案就是由于没有认真审查、判断伪证而造成。相比较而言，由于证言毕竟是人提供的，受主观、客观条件的多方面制约，更容易导致伪证。因此，对证言中伪证的审查与判断，显得尤其重要。

（一）证言中伪证的概念和引起伪证的原因

伪证就是指虚假的、不真实的证据。那么证言中的伪证就是指证人向司法机关提供的虚假的、不真实的证言，既包括证人出于某种动机而故意伪造的虚假的、不真实的证言，也包括证人基于某种主观、客观的原因无意中向司法机关提供的失实证言。

1. 证人故意伪造的证言

证人故意伪造的证言是指证人可能与当事人或者案件处理结果有利害关系，或者被人收买、利用，或者受到欺骗、威胁而故意向司法机关陈述的虚假证言。这类伪证一般地讲有这几种形式：（1）歪曲事实。即陈述虚假的，颠倒

黑白的事实。(2) 陈述的事实实际上并不存在，亦即捏造的事实。(3) 隐瞒案件的重要情况。即证人常以不知道或忘记为借口故意地不告知有关案件的重要情况。

造成证人故意伪造证言的原因并不复杂，归纳起来无外乎以下几种，一是证人与案件当事人或案件处理结果有利害关系，而希望案件中的被告人逃脱或加重责任；二是证人自己认为与案件存在某种联系，因为害怕成为嫌疑人而作伪证；三是证人被人收买、利用，受到欺骗或威胁，因害怕遭受迫害或贪图私利而作伪证。

总之，这类伪证是因证人主观上的故意而引起，而构成证人主观上的故意，总有一定的外在的客观因素。

2. 证人无意中提供的失实证言

证人无意中提供的失实证言是指证人由于受感知、记忆和表达事物的主观能力和客观条件的影响，无意中向司法机关提供的失实证言。原苏联刑法学家维辛斯基指出："证人个人的诚恳、诚实，以及证人对他在侦查和审判时所作的证言的责任感，并不能对事情起特殊作用，更不能起什么决定性的作用。最诚实和最诚恳的证人也时常陷入对于真实情况的矛盾之中，而且由于不善领会，甚至错误领会他们所证明的事实而发生重大的谬误。"这类伪证在证言中较多地存在，而且引起的原因纷繁复杂，实践中较难判断。下面就这类伪证不同的内容来分析其形成的原因。

一类是证人在当时不能正确地和确实地领会事实的真相而形成失实的印象，造成事后的失实证言。证人不能正确地和确实地领会事实真相的原因主要有：(1) 证人本身生理和心理特点引起。包括证人视觉、听觉、触觉、嗅觉、味觉等方面差误；证人智力局限，如证人观察力，解释现象能力，知识水平，经验等方面局限；证人性格，情绪等方面的影响。(2) 事实真相本身模糊、隐蔽或具有欺骗性而使证人领会失实。这是由于事实本身发出信息的缺乏或局限而引起的。

另一类是证人不能长久地保留当时对事实真相的正确领会，而作了失实的证言。这类失实证言的原因有：(1) 证人的遗忘。一方面是证人本身记忆力的局限，或者是领会当时证人对事实信息漠不关心态度造成事后记忆的迅速消失。另一方面是事实信息本身强弱、明显程度，作用过程长短、次数，其他信息的干扰、介入影响证人的记忆力，造成遗忘。(2) 证人在事后受到某种倾向性的暗示，而影响了原先对事实真相的记忆，导致证人的失实证言，尤其是儿童及某些智力低下者，更易于接受他人的"暗示"而改变自己原先对事实真相

的正确领会。

再有一类是证人在提供证言时，不能正确表达自己对事实真相的领会而引起的失实证言。这类失实证言主要是由于证人智力特别是语言表达能力的局限引起，也有一部分是因为取证人员在搜集证言时方式、方法上的失当引起。

分清各种不同类型和内容的伪证及其查清这些伪证产生的原因，对于我们判断伪证有着巨大的意义。

（二）伪证的判断

伪证的判断就是在审查证人证言时确认证人的哪些证言是伪证，即确认证人所陈述的哪些事实是不正确的，或者实际上并不存在，或者是一种曲解事实的说明。我国《刑事诉讼法》第 48 条规定："凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。"根据这一规定，证人必须具有一定资格，即必须是知道案件情况的人，才能成为证人。另外，证人必须具有一定的作证能力，即必须具有辨别是非、正确表达的能力，才能成为证人；而生理上、精神上有缺陷或者年幼，因为不具有作证能力，所以不能成为证人。《刑事诉讼法》第 42 条规定："证明案件真实情况的一切事实，都是证据。"根据这一规定，作为六类证据之一的证言其内容必须是客观的、真实的，并与案件情况相一致的。内容不客观、真实，且与案件情况不一致的证言，必然是伪证。我国《刑事诉讼法》第 43 条规定："……严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。"第 47 条规定："证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实以后，才能作为定案的根据。"第 97 条第二款规定："询问证人应当个别进行"等。根据这些条款的规定，证言的收集和使用都必须依照一定的法律程序进行，违法收集和使用的证言都有伪证的可能。《刑事诉讼法》第 108 条规定："为了查明案情，在必要的时候，经公安局长批准，可以进行侦查实验。"我们可以用侦查实验的方法，来判断伪证。我国《刑事诉讼法》的这一系列规定实际上已科学地归纳了判断伪证应遵循的规则和方法，我们根据这一精神，并结合司法实践积累的经验提出以下判断伪证应掌握的步骤、规则和方法。

1. 通过对证人资格和证人身份的审查来判断伪证

证言是由证人陈述，证人的资格及其证人的身份将影响到证言的质量，就是说不具备证人资格的人以及证人的某种特殊身份将必然地或者可能导致证言

的失实即伪证。因此，我们可以通过对证人资格和证人身份的审查来判断伪证。

(1) 通过审查证人的资格来判断伪证

所谓证人资格，就是指证人范围，即哪些人不能作为证人，哪些人可以和应当作为证人。根据我国刑事诉讼法的规定，只有知道案件情况的人，才能作为证人。证人所知道的案件情况可以是亲自感知的，也可能是从他人那里间接感知的。

据此，在司法实践中，如果我们查清了证人并不知道案件的情况，他所陈述的证言是道听途说或者主观想象、猜测出来的，我们就可以判断其证言是伪证。

另外，刑事诉讼的其他参与人如侦查、检察、审判人员，或者鉴定人、翻译人员、书记员和辩护人，不具备证人的资格，如果是上述这些人陈述的证言，我们必须考虑到伪证的可能性。

再有，法人也不具有证人的资格。实践中，有的单位以保卫科、办公室的名义出具证明案情的材料，这些材料由于不是以个人身份出现，往往带有主观分析性内容，因此也极有伪证的可能。

(2) 通过审查证人的身份来判断伪证

证人的身份是指证人与案件当事人或者案件的结局所存在的一种关系。我们认为某种特殊身份的证人所作的证言有伪证的可能性。

如果我们查明了证人与案件当事人或案件的结局存在着某种利害关系，如证人是案件当事人的亲属、朋友、同事、熟人或者仇人等等；案件这样的处理结局或那样的处理结局会有利于或不利于证人等等；证人的这种身份往往使其产生希望被告人逃脱或加重责任的心理，这样的证人所作的证言就极有伪证的可能。

再如我们查明证人已受到某种欺骗或威胁或已被人收买、利用，证人的这种身份使证人产生担忧、害怕或贪图私利的心理，这种心理极易导致伪证。

还有，这种身份的证人，因与案件存在着某种联系，并有被追究责任的可能性，这类证人有可能为了摆脱成为嫌疑人的危险，而故意伪证。

并不是所有具有上述身份的证人所作的证言都是伪证，但司法实践要求我们对这类证人的证言应慎重审查。判断证人的身份虽然不能使我们直接、明确地判断伪证，至少也给我们判断伪证提供了一个重要的帮助或者是信息。

2. 通过对证人作证能力的审查来判断伪证

所谓证人的作证能力，简单地讲，就是证人形成证言的能力，它包括三个

方面的内容：一是证人感知事实的能力；二是证人在陈述证言前一段时间内记忆上保留事实印象的能力；三是证人在陈述证言时表达事实印象的能力。证人的作证能力将会受到来自不同方面的多种因素的影响，从而导致证言的失实。我们可以通过查清证人作证能力受影响的状况来判断伪证。

(1) 通过查清证人感知事实能力受影响的状况来判断伪证

证人感知事实的能力即证人对事实的领会和感受能力，它受证人内在自身条件的局限和外在客观条件的影响。

证人内在自身条件包括证人生理性的感知能力如视觉、听觉、嗅觉、触觉、味觉和证人心理性的智力水平、经验、情绪、性格等。

我们查清了证人内在自身条件中的某种局限，就可判断证人关于某一类问题的证言是否属于伪证。如视力局限的证人，他不能辨认一定距离和光线下物体的细节，那么他的视觉对这种条件下物体的细节的领会必然是一个失实印象，事后他对此所陈述的证言我们可以明确地判断为伪证。再如听觉局限的证人因无法辨听某种声音，必然对这种声音产生失实的印象，他对此陈述的证言我们也可判断为伪证。

司法实践中这样的案例可以说明上面的问题。证人陈述他在离开作案现场二百公尺远的地方看到被告人正在盗窃作案，并且详细地陈述了被告人的特征、衣着、体态甚至脸部的特征。但经办案人员查明，证人是近视眼患者，在二百公尺距离外，他根本无法辨认任何物体的形态特征。因此，办案人员得出这样的结论，该证人的证言属于伪证。

查清证人心理性的智力水平、经验、情绪、性格等方面的某种局限同样也可以使我们判断一部分伪证的可能性。

如交通肇事案件中的证人，由于他缺乏对汽车型号、速度、撞击、刹车、方向灯等方面的专门经验，因此他关于这方面所陈述的证言，我们有理由判断它有失实的可能。

证人的情绪对证人领会时间的概念起着某种作用，一般情况下当证人处在极端痛苦、烦闷的情绪中时，证人所领会的时间要比实际的长。当证人处在无比欢快、兴致勃勃的情绪中时，证人对时间的领会要比实际的短，我们在判断证人处在这种情绪下关于时间的证言时，应当分析其伪证的可能性。

证人的心理状态也局限证人对事实的感知能力。如证人在专心致志地进行某项工作时，可能对身边发生的事实“视而不见，充耳不闻。”证人在高度紧张、惊吓的心理状态下，可能会把某种细小的声音如风声误听为人的脚步声。因此如果我们查清了证人感知事实的当时正处在某种非常的心理状态下，我们

有理由怀疑其证言为伪证，至少应当对此进行最仔细的查对和批判性的评价。

证人感知事实的能力还受外在客观条件的影响。客观条件是指证人感知事实时的具体特点和环境：如光的强度、声音的大小、时间、地点、事实延续的时间等。了解这些客观条件对证人领会事实的能力的影响状况能使我们判断某些伪证。

如证人在某种光线强度下（像黑夜、浓雾、光线很弱的屋子等）根本无法辨认事实的细节，而证人却陈述了关于这种细节的证言，无疑我们可以判断这种证言为伪证。

再如证人处在这样一个地点，由于障碍物（像建筑物、山坡等）使他根本无法看到对面的事实，证人却陈述了看到这个事实的证言，我们同样可以判断这种证言为伪证。

还有，在非自然光线下，证人对颜色的领会常会出现偏差，即所谓的“灯下不辨色”。证人对处在同类较大群体中的物体或领会成较实际的小，或领会成较实际的大；等等。这些情况都会使证言产生失实的可能性。

总之，如果我们判断了客观条件使证人不可能领会到他所陈述的事实，或者是客观条件使证人在最发达的智力和体力条件下也不可能领会到他所陈述的事实，我们就可以直接判断证人的证言为伪证。

(2) 通过查清证人保留事实印象的能力受影响的状况来判断伪证

如果证人不能在陈述前一段时间内正确地保留他所领会到的事实印象，那么他陈述的证言就有伪证的可能。证人保留印象的能力取决于证人的记忆力和外界“暗示”的作用。

多方面的因素影响着证人的记忆力，像证人的年龄、智力水平、健康情况、经验、职业等。事实的性质也影响证人的记忆力，寻常的事实很容易地消失于证人的记忆之中，而不寻常的事实则容易记忆。时间因素对证人的记忆力有很大程度上的影响。还有，记忆力在一定程度上取决于证人是无意识记忆还是有意识记忆。

根据上面的分析，我们归纳以下几点由于证人记忆力局限使其证言成为伪证的可能。

①我们可以查清证人的年龄。年老的证人惯于“健忘”，他所提供的关于事实细节的证言，我们要考虑到伪证的可能。而年龄较小的证人一般惯于记忆事实不重要的细枝末节，而对事实重要的性质则容易遗忘，对这类证人这方面的证言我们也要考虑到伪证的可能。再有，我们可以鉴定证人记忆力的一般状况，如由于健康原因，或者受到某种创伤，使记忆力全部丧失或部分丧失，我

们可判断其证言为伪证。

②如果证人所领会的事实，对证人来说是极其寻常的，每天都可以遇到的，而证人却在事后极其细致地陈述该事实的细节，我们有理由怀疑其证言有伪证的可能性。

③时间越长，证人越易遗忘。我们查清了从事实的发生到证人陈述证言经历了多长时间，这段时间是否可能或必然地影响到证人的记忆力，由此我们可以判断证言是否属于伪证。一般情况下证人以后的几次陈述由于比第一次陈述离事实的发生时间更长，因此伪证的可能性比第一次陈述要大。当然，这并不是绝对的，也有第二次陈述经过认真的回忆而比第一次陈述正确的情况。

④我们必须查清证人是有意识地还是无意识地记忆事实的印象。一般情况下证人无意识记忆事实印象形成的证言要比有意识记忆事实印象形成的证言，伪证的可能性要大。

证人保留事实印象的能力还受自我或他人暗示的影响，也就是通过暗示能在证人的记忆里改变证人原先领会到的事实印象。查清这种暗示的存在，我们可据以判断证人正确印象的改变，证人依据改变的印象陈述的证言就是伪证。

①有些证人由于思维神经系统方面的疾病，极其容易自我暗示而陈述失实证言。如幻想型、偏执型、极端自负型的证人往往容易把原先的事实印象自我暗示成一种新的印象而陈述失实证言。

②有些证人极其容易受他人暗示的影响，如年龄较小的证人，缺乏主见或意志力、反抗力软弱的证人。多数人的意见，信任者的看法，取证人员表露出来的意见等等，都会使这类证人受到暗示，而改变原先对事实的印象陈述失实证言。

司法实践中存在这样的事例：证人 A 和 B 同时看到作案人从现场逃出，证人 A 当时并未辨认出作案人是谁，但事实发生后听到证人 B 说，作案人就是他们所熟悉的 C，这时，证人 A 也认为作案人很像是 C 了，尤其是他后来又看到 C 时，C 正好穿着与作案人同样颜色的衣服，于是证人 A 就确定作案人就是 C 了，并且陈述了这样的证言：他看到 C 从现场逃出。后经查实作案人并不是 C。证人 A 的伪证就是受了 B 的暗示而造成。

(3) 通过查清证人表达事实印象的能力受影响的状况来判断伪证

证人表达事实印象的能力包括证人的语言能力和表达能力。我们可以通过查明以下几方面的因素对证人语言能力和表达能力的影响状况，来判断可能存在的伪证。

①直接审查证人的语言能力和表达能力，如果查明证人由于智力水平，健

康状况使其语言表达能力存在明显的缺陷，以至于不能正确地进行语言表达的，我们可以判断其所作的证言为伪证。

②查明证人在陈述证言时的心理，他是十分愿意并且主动地陈述证言，还是并不愿意，十分勉强地陈述证言。后者的情况会影响到证人的表达能力，使其证言产生伪证的可能。

③查明证人陈述时能否把注意力集中在所指的情况，并且能够专心致志，聚精会神地回忆他记忆中的事实印象。如果证人不假思索或者心不在焉、信口开河地陈述证言，我们应当怀疑这种证言伪证的可能性。

④查明证人是否以分析、推断的语言陈述语言，或者是以模糊的、似是而非的语言来陈述证言，用这些不肯定、不明确的语言陈述的证言，也有伪证的可能性。

⑤查明取证人员在证人陈述证言时是否给证人充足的回忆时间。我们有理由认为证人在陈述证言时没有回忆时间，并在不断地被催促的情况下，匆忙作出的证言，有伪证的可能性。

3. 通过对证言内容的审查来判断伪证

证言是证人就其所了解的案件情况向司法机关所作的陈述。同其他证据一样，证言的内容必须是客观的，且与案件的情况相一致的。我们可以通过审查证言的内容是否客观，及证言是否与案件的真实情况、其他证据相一致，来判断伪证。

(1) 通过审查证言内容的客观性来判断伪证

证言内容的客观性是指证言来源于客观情况，是对客观存在着的事实的一种说明。它包括两层意思：一是证言来源的客观性；二是证言内容的客观性。

①如果我们查清证言即证人陈述的情况，不是来自于证人亲自听到或看到的，而是根据谣传或道听途说得来的，或者是证人通过自己毫无根据的分析、推测、想像得来的，我们可以判断这种证言属于伪证，如果证人陈述的情况是别人听到或看到而转告于他的，但证人又说不出这个人的情况，使取证人员无法进一步查证，对这种不能说明来源的证言，我们也应把它归入伪证的范畴，至少不能作为证据使用。

②证言的内容明确程度不高，显得含糊其词、模棱两可；或者证言内容显得简单和不具体，不能说明案件事实，对这些内容的证言，我们要分析其伪证的可能性。如证人A陈述B殴打了他，但谈不出任何B殴打他的细节；A的证言由于过于简单，只限于某一项事实的是或不是，我们认为A的证言有伪证的可能。

③证言的内容本身存在着矛盾，前后不能连贯，并且这种矛盾是无法排除的实质性矛盾。或者关于同一个事实的几次证言内容都不尽一致，有明显的偏差。这些自身矛盾的证言我们也可以判断为伪证。

④证言的内容如果与科学公理、普遍常识及情理相违背，我们可以判断这类内容的证言有可能属于伪证。科学公理是指通过科学研究和科学实验得出的真理；普通常识是指人们在日常生活中耳闻目睹、众所周知的事实；情理是指人们在日常生活中养成的生活习惯和道德标准。证言的内容如果与此相违背，则有伪证的可能。

(2) 通过审查证言内容是否与案件的情况、与其他证据相一致来判断伪证

证言的内容必须与案件的情况相一致，必须与其他证据相一致，这是证言客观性、真实性所要求的基本标准。如果出现了矛盾，出现了不一致的情况，那就是出现了伪证，就要认真判断，予以排除。

所谓案件的情况，是指案件发生后所留下的一些明显的迹象和事实。如果证言的内容与案件的这些情况存在实质的矛盾，我们就可以认为这样的证言是伪证。

同样，证言的内容如果与大多数证据的证明意义相矛盾，这样的证言多属伪证。如果大多数证据中的某部分证据已经查证确实，证言的内容与之存在矛盾，则该证言属伪证无疑。

如果证言内容与案件中某一个证据的证明意义完全相反，则两证必有一伪，我们应通过进一步的查对、判断，找出其中的伪证。

还有这样的情况，证言中的局部内容与案件的情况或其他证据之间存在矛盾。这时，我们就必须分析证言局部的内容是证言所要说明的主要问题还是次要问题。主要问题上存在的矛盾对我们判断整个证言的真伪起决定性的作用，我们可以认为证言属于伪证；而次要问题上的矛盾，并不能构成我们对整个证言怀疑的理由。如证言说明看到 A 杀害了 B，包括 A 走近 B，A 掏出了水果刀，A 把刀刺进了 B 的胸部，B 倒下的地点，B 的体貌、衣着特征。但法医鉴定证明 B 是窒息死亡，并无刀伤。证言在死因这个主要问题上与案件情况的矛盾，使我们可以判断证言属于伪证。

这种类型的证言也应引起我们的注意，即证言内容与案件情况或与其他证据绝对地相符合，一致到没有丝毫的矛盾。对这类证言我们也应怀疑到它的人为性和不可靠性。如几个证言的内容完全相同，几乎用同样的字句说明了事实的细节，我们有理由认为这类证言存在伪证的可能性。

4. 通过审查证言的合法性来判断伪证

证言的合法性是指司法工作人员必须依照法定程序收集证言和审查、运用证言。证言的合法性是证言真实性的有效保证，采用违法的方法收集、审查和运用证言，则有可能产生伪证。

(1)《刑事诉讼法》第四十三条规定严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。如果我们查明证言是通过刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等手段非法收集到的，我们就可以判断该证言具有伪证的可能性。司法实践中要查明这两种违法收集证据的方法主要通过审查法律文书和倾听证人的告诉着手。

(2)《刑事诉讼法》第九十七条规定询问证人应当个别进行。如果我们查明证言是通过集体询问的方法收集的，我们有理由认为这种证言由于证人之间的相互影响而失实。

(3) 根据《刑事诉讼法》第九十九条的规定，证言笔录必须交证人核对并签名。如果我们发现该证言未经证人核对并签名，我们也有理由怀疑这种证言有伪证的可能。

(4)《刑事诉讼法》第四十七条规定，证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实以后，才能作为定案根据。通过这样的讯问和质证能在很大程度上促使证人不敢提供伪证，已经提供的，通过法庭上的讯问和质证，也容易使我们正确地判断。因此，如果我们查明证言未经上述内容的讯问和质证，则该证言伪证的可能性未经排除。

5. 通过实践验证的方法来判断伪证

有些证言所反映的内容是仍然存在或者可以重视的事实，我们可以通过实际的操作活动即通过实践的验证来判断证言的真伪。

通过实践验证来判断伪证的方法主要有三种，即模拟试验法、鉴定法和勘验法。

模拟试验法即《刑事诉讼法》第一百零八条所规定的侦查实验的方法，是一种在同等条件下案件中的某些情况，以检验的结果来分辨证言的真伪的方法。如证言说明证人听到了被害人呼喊救命的声音，但通过侦查实验表明，证人根本无法听清这种状态、地点、距离条件下被害人呼喊的声音。由此，我们判断该证言为伪证。

鉴定法是指由具有专门知识的人通过技术手段来鉴别证言内容真伪的一种方法。如证人陈述他看到被告人用手扼死了被害人，但经法医鉴定被害人是中毒死亡，且并无被扼的痕迹。由此，我们可以判断该证言为伪证。

勘验法是用现场勘验的方法来鉴别证言的真伪。如证人陈述看到被告人在某一地点隐藏过，但经现场勘验证明，该地点杂草丛生，根本没有人踩压过的痕迹。由此，可以判断证人的证言为伪证。

总之，实践验证的方法是一项重要的判断伪证的方法。证言只要通过实践检验，其真伪比较容易分清。但是，我们必须注意到，实践验证的方法不能毫无限制地滥用，如模拟的实践验证法，必须禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。而鉴定法和勘验法则必须具备一定的条件，条件不具备或不充分的情况下进行鉴定法和勘验法并不能正确地排除伪证，或者会造成失实的情况。

四、共同犯罪被告人供述和辩解的审查与判断

被告人的供述和辩解的审查与判断，不仅是刑事诉讼学界非常关注的问题，同时也是司法实践中经常碰到的而又难以取得一致认识的问题。尤其仅有共同犯罪被告人的供述和辩解能不能定案？学术界争议颇大，司法实践作法不一。因此，探讨共同犯罪被告人供述和辩解的审查与判断这个刑事诉讼中的理论问题，研究共同犯罪被告人的供述和辩解在刑事诉讼中的作用，使理论研究和司法实践有机地结合起来，具有十分重要的意义。

（一）共同犯罪被告人供述和辩解的概念

我国学术界和司法实践中不少人都认为，被告人的供述和辩解就是被告人的口供。但意见也不尽一致。有的认为，被告人的口供就是被告人对犯罪事实的承认；有的认为，被告人的口供是指被告人以书面或口头方式就案件有关情况向司法机关所作的一切陈述。我们倾向后一种观点，《刑事诉讼法》第 42 条和第 93 条将被告人供述和辩解规定为刑事诉讼证据之一，同时将被告人有罪的陈述或无罪的辩解归结为口供，因此口供应包括被告人的供述和辩解两个方面。所谓供述，就是被告人对犯罪事实的承认，将自己实施犯罪的整个过程向公安司法机关的自首、坦白和供认；所谓辩解，就是被告人对作法不应追究刑事责任的情况和有从轻、减轻或免除刑事责任的陈述以及无罪的申辩。

共犯是二人以上共同犯罪。其必须是共同的犯罪故意和共同实施的犯罪行为的结合。所谓共同犯罪行为，是指各个共同犯罪人在参与共同犯罪中，不论分工、参与程度如何，所有的行为和所发生的犯罪结果之间，都存在着因果关系，这些犯罪行为是犯罪结果发生之共同原因，是共同犯罪人承担刑事责任之客观基础。共同犯罪人被指控犯罪时便是共同犯罪被告人。共同犯罪人能否同时被指控为同案的被告人，人民法院在审理过程中是否将部分共同犯罪被告人

分案审理，这就决定了共同犯罪人可能是同案的共同被告人，也可能是异案的共同被告人。所以，共同犯罪人、共同被告人和同案被告人的概念均不相同。

总之，共同犯罪被告人的口供，是指各共同犯罪被告人就本人和该案共同犯罪人是否犯罪、罪重罪轻向公安机关、人民检察院和人民法院所作的口头与书面的陈述和辩解。

（二）共同犯罪被告人供述和辩解的特点

从刑事诉讼历史看，口供是最古老的证据，也是最早用来定案的最重要的证据，历来被办案人员所重视。在刑事诉讼中，经过查证属实的口供就是定案的依据，这是法律所规定的，因而口供在刑事诉讼中有它特殊的地位。口供具有与其他证据的不同的特点：1. 由于被告人是案件的当事人，对案件的情况比任何人都最清楚，一般说，他的有罪供述应该是客观、全面地反映案件的情况，他的辩解只要能够查证属实，也是定案的直接证据，因而口供的最大特点之一——真实；2. 被告人是刑事诉讼中最终要追究刑事责任的对象，诉讼的结果与他利害关系最直接，多数的被告人总想减轻一些自己的罪责，有的甚至千方百计地为自己开脱罪责或者企图否认、抵赖罪责，由于这种特殊的切身利益，他们向公安、司法人员所作的供述和辩解就难免含有虚伪成份；3. 被告人的口供不可能在真空里取得，或多或少会受到各种外界因素和环境的影响，因而口供具有不稳定的特点。

共同犯罪被告人的口供除了具有被告人口供的一般特点外，还有其自身的特征：1. 口供可以相互印证，相互印证的各共同犯罪被告人口供能够反映证实案件的真实情况与全过程，这是共同犯罪人口供的最大优点；2. 各共同犯罪被告人互相推卸责任或为逃避惩罚而互相掩盖罪行，因而各共同犯罪被告人口供的真实程度与虚伪成份相互交叉，审查判断较难。

（三）共同犯罪被告人口供的作用

被告人的供述与辩解由于被告人在诉讼中的法律地位，由于被告人的口供与案件结局的利害关系，决定了被告人在整个诉讼过程中对指控自己的意见和说法是供认还是辩解，供认了是否会被追究刑事责任、追究什么刑事责任，不供认会不会受到从严处理等，被告人的心理活动是相当复杂的，因此，口供的真实和虚假程度也不一样，往往真假难分，虚实难辨，必须客观而全面地认真考查，区别其真伪，鉴别其虚实，千万轻信不得。但口供在刑事诉讼中对于及时查明案情，发现和扩大新的线索，搜集新的罪证，查获同案犯，核查和印证其他共同被告人口供的真伪，了解、分析、研究案情以及确认被告人的认罪态

度等多方面都有不同程度的积极作用。

共同犯罪被告人因为是同一诉讼程序上受审的被告人，他们向公安机关、人民检察院和人民法院就案件的事实所作的口头或书面的供述和辩解，同样有真实和虚假之分。因此，在刑事诉讼中必须要严格审查和科学判断，只有经过严格审查和科学判断的口供才能发挥其应有的作用。

共同犯罪被告人的口供，除了上述一般被告人口供所具有的共性外，在刑事诉讼中还有特殊意义的作用：

第一、依据《刑事诉讼法》的规定，共同犯罪被告人的供述和辩解不仅是他们的口供，也是刑事诉讼意义上的一种证据，即各共同被告人的供述和辩解既是证明自己犯罪的证据，也是证明其他共同犯罪被告人犯罪的证据。《刑事诉讼法》第46条规定："对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。"这里的"其他证据"没有排除共同犯罪的同案或异案的其他被告人的供述和辩解，而"只有被告人供述"，是指共同犯罪被告人中某一被告人自己，不包括共同犯罪被告人中的其他各共同犯罪被告人。相对于共同犯罪被告人中某一被告人的口供而言，其他被告人的口供都属"其他证据"，其作用相当于证人证言。

关于共同被告人的口供作用问题，法学界和司法实践中的认识分歧较大，纷争也多。有的认为同案被告人的口供不能视为证言，因为同案被告人可以互为证人没有法律依据，口供仍然是口供，被告人的口供是口供，同案其他被告人的口供也是口供，不能视为证人证言；甚至在分离程序中另案审理或已处理执行完毕的某些同罪被告的口供也认为不能视为证人证言。我们认为：共犯中的被告人，既是被告人也可以是证人或兼做证人，因为依据《刑事诉讼法》第42条和第48条的规定，被告人的供述和辩解是刑事诉讼的证据之一，这说明口供不仅是证明自己也是证明别人犯罪的证据或是兼作证人证言。

第二、共同犯罪被告人自首、坦白和真实的口供，更具有类似证人证言的作用。共同犯罪被告人，只要他们在主观上有共同的故意，客观上实施了共同的犯罪行为，各共同犯罪被告当然了解自己、也了解别人的共同行为，如果他们是出于悔悟，主动地坦白、自首和如实地交待自己的罪行，只要他们在生理上、精神上没有缺陷，又是能够辨别是非和正确表达的人，他们的口供就相当于证人证言的作用。《刑事诉讼法》第48条第一款规定："凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。"这里"凡是知道情况的人"，并没有把共同犯罪被告人排除在外，各共同犯罪被告人对他们所共同实施的危害社会的行为都清清楚

楚，他们都是知道情况的人，根据《刑事诉讼法》的规定精神，共同犯罪的被告人在诉讼阶段，尽管处于被告的地位，但他们也有作证的义务，他们印证共同犯罪某一个被告人的口供，就是特定条件下的证人证言。

第三、相互印证的共同犯罪被告人的真实口供可以作为定案的依据。所谓相互印证的共同犯罪被告人的真实口供是指各共同犯罪被告人在没有逼供、诱供、指供和串供的情况下，如实地口头或书面向公安机关、人民检察院、人民法院就案件有关情况所作的陈述，其内容包括：1. 各共同犯罪被告人对案件情况所作的陈述，并非是侦察人员、检察人员和审判人员的逼供、诱供、指供以及类似的方法诱逼后陈述的；2. 排除共同犯罪被告人之间为了逃避罪责，免受惩处，互相事先串通一气，相约在刑事诉讼中作同样内容的虚伪供述和辩解；3. 各共同犯罪被告人对他们所实施的主要案件事实和情节的口供能相一致或基本一致；4. 各共同犯罪被告人对共同实施犯罪的特定情节和特殊的环境与条件的供述相同或基本相同。

《刑事诉讼法》第 48 条第二款规定："生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。"各共同犯罪被告人只要他们能够明辨是非和正确表达案件的真实情况，他们就有作证的义务和资格，他们的口供就相当于证人证言。只要各共同犯罪被告人的口供是真实的、可靠的、相互印证的，便可以据此定案，认定他们有罪或无罪。

（四）共同犯罪被告人口供的审查与判断

共同犯罪被告人的口供审查判断与被告人的口供审查判断一样，首先要有一个认识的过程。在这个认识过程中，既要审查各共同犯罪被告人口供的真实性、可靠性，又要审查口供与案件事实的关联性，还要审查口供的合法性，在此基础上方好鉴别真伪，去粗取精、去伪存真，从而对口供作出正确的判断。一般情况共同犯罪被告人的口供如果能不同程度地得到物证、书证、证人证言、被害人陈述以及各种鉴定结论的证实，审查与判断就容易一些；否则，如果口供与其他证据之间矛盾较多或口供不一，且与其他证据之间存在着这样与那样的矛盾，那么这样的口供就比较难以审查判断；倘若，只有各共同犯罪被告人的口供而没有《刑事诉讼法》所规定的其他证据证实时，这种口供的审查判断一定要慎之又慎，万万不可掉以轻心。

司法实践中，我们对上述的第三种情况，即只有共同犯罪被告人的口供的审查判断，主要从以下四个方面进行的：(1) 审查各共同犯罪被告人的口供产生的外部条件和环境。所谓口供产生的条件和环境是指公安、司法机关是在什么情况下取得被告人的口供的；在获取口供时，公安、司法人员有无先入为

主；有无凭想当然办案；在讯问、审讯时是否采用威吓或许愿的言词；是否有逼供、诱供和指供的情况。当然，发现和审查这些问题是非常困难的，不过只要办案人员精心阅卷，仔细审查案情，在口供的字里行间还是可以发现一些蛛丝马迹的；要是我们跟踪这些蛛丝马迹，进行严肃而又认真的调查研究，追根究源，往往有些破绽就会被发现，诱供、指供、逼供的情况也自然而然地会暴露出来。(2) 审查口供产生的内在因素和影响，这里的内在因素和影响是指共同犯罪被告人的口供是否出于悔罪，是否主动或在亲属的陪同下到公安、司法等机关投案自首，是否由于政策的感召以及办案人员的耐心教育后而坦白认罪，彻底交待的口供，这些由内因的趋导而产生对过去的悔恨，希望得到一次重新做人机会的口供，往往是自觉自愿或毫无保留地供述了自己的所作所为，这种发自内心的忏悔，应该是真实的、可信的，也是符合情理的。(3) 审查、判断各共同犯罪被告人有无串供的可能。各共同犯罪被告人由于在预谋、纠合和实行阶段所参与、实施情况的差异，因而他们对预谋、纠合和实行的行为的陈述也不可能完全相同；同时，由于预谋、纠合的先后和实行行为的时间、地点、对象和分工之不同，某一被告人对其他各共同犯罪被告人或各共同犯罪被告人对某一被告人以及相互之间的行为也很难完全清楚，故各共同犯罪被告人对主要的犯罪事实和特定的犯罪情节的供述和辩解基本相同是合乎常规的；反之，如果各共同犯罪被告人不仅在上述事实和情节上的供述和辩解而且在其他方面的供述和辩解也完全一致，那么，他们的口供就有串通的可能，必须细心审查。通常，串供需要一定的条件和可能，如对共同犯罪被告人采取强制措施前后有无看管不严的现象（如放风、上厕所时有无二人或多人在一起的条件，或者有无通过各种形式递条子、传送口信等）；羁押处所隔音条件好不好；公安、司法机关在讯问、提审中有无曾将二人或多人暂时关押一起；法庭审理中有无同时将二名或多名被告一同提到法庭调查、辩论；庭审中有无客观上给他们形成过串供的便利条件等。以上几方面的审查非得认真不可，否则就难以综合分析判断各共同犯罪被告人的口供是否串了供。(4) 审查判断各共同犯罪被告人的口供的内容。审查、判断各共同犯罪被告人口供的内容主要是指审查各共同犯罪被告人对案件的主要事实、情节以及他们在共同实施犯罪时的特定情节和环境的供述和辩解。所谓主要事实和情节是指犯罪行为是否确已发生，犯罪行为是否确系各共同犯罪人所为，他们的犯罪行为和结果以及行为和结果之间有无因果关系，犯罪的具体时间、地点，实施犯罪行为的具体方法和手段、行为是否属于正当防卫、紧急避险等事实。所谓共同实施犯罪时的特定情节是指共同实施犯罪过程中的一些特定事实情况和特定环境条件。例如：甲、乙、

丙、丁四人于一九八九年七月的一个晚上流窜到某市郊的一条大河的桥头时，甲、乙两人发现一单身过路的女青年正走上桥头，甲、乙两人商量后便问丙、丁要不要“玩玩”这个丫头，同时上前拦阻这个女青年。接着，甲、乙、丙、丁一同将这位女青年拖拽到桥下的一块大石头旁，脱光了她的衣裤并先后轮奸了她。案件的被害人女青年因系过路的外地人，所以既无作案记录可查也无现场可勘查，除了东去的大河和一块无法移动的大石头外，什么也不复存在。要认定此案，只能靠相互印证的口供，别无他法。该案是派出所在审查甲的流氓行为时甲主动坦白而案发。甲供述他是第一个强奸这个女青年的，强奸时丫头叫，乙帮忙捂住丫头的嘴，而后乙搞了丫头，他回旅馆见乙的手指破了；乙供述甲强奸丫头后他也奸了丫头，甲强奸时他听到丫头“喊”并骂他们“畜牲”，他就用手捂丫头的嘴，他的右手中指被丫头咬了一口，咬破了；丙供述甲、乙两人先后强奸丫头时他和丁都在按丫头的腿，丫头又喊又叫还骂我们“畜牲”，他搞时丫头未喊叫，他搞过后是丁搞丫头的，丙还供述他回到旅馆听乙说手被咬破了，丁说他没有搞进去；丁供述他是最后一个搞丫头的，因为丫头来回动而未成功，他在帮忙按住丫头的腿时听到丫头大喊大叫，还骂我们是“畜牲”，回到房间看到乙的手指不知怎么破了。在这起轮奸案件中，甲、乙、丙、丁在一九八九年七月的一天晚上轮奸了一位过路的女青年是案件的主要事实；甲和乙发现并伙同丙与丁将女青年拖拽到桥下，甲强奸女青年时乙捂女的嘴，丙和丁分别帮忙捺住女青年的腿，乙轮奸女青年时丙丁也帮忙按住女青年的腿，丙轮奸女青年时反抗不明显，丁轮奸女青年时因该女反抗而未遂，这些情节都是这起轮奸案的主要情节；被害女青年的衣裤被脱光，女青年在强奸时奋力反抗，如：又喊又叫、大骂他们是“畜牲”以及咬破了乙的右手中指等是该案的特定情节；特殊环境条件有：七月份的一天晚上，在一条大河桥下的一块大石头旁，作案时没有发现行人、车辆以及其他异常情况等。该案由于案发正常，各共同犯罪被告人对该案的主要事实、情节以及特定情节和特殊环境条件的供述和辩解均能相互印证，而且排除非法产生口供的可能和串供，虽然口供没有得到被害女青年和其他物证、证人证言、各种科学鉴定的印证，但这种口供真实、可靠，可以定案。因为共同犯罪被告人的口供不仅是口供，不仅是证明自己犯罪的证据，而且还是证明其他共同犯罪被告人犯罪的证据，并具有类似证人证言的作用。

概言之，审查被告人的供述和辩解，尤其是审查共同犯罪被告人的口供，由于口供的真实和虚伪与产生口供的外界条件、环境和内在因素以及被告人的切身利害直接关联，往往真实和虚伪并存，有时可能真实性较大，有时可能虚

伪成份较多，必须认真审查，判断其真伪及其可信的程度。虽然共同犯罪被告人口供更难审查和判断，尤其依靠相互印证的口供据以定案时更要有严谨的科学态度和实事求是的办案原则。一般说，被告人的口供能够得到被害人的陈述以及证人证言、书证、物证、现场勘验笔录和各种鉴定结论的证实，那么他们口供的真伪是不难确定的。对于仅有共同犯罪被告人的供述和辩解，能否认定被告人有罪、罪重、罪轻或无罪，虽然学术界乃至司法实践中还有不同程度的争议，但我们认为：如果共同犯罪被告人的供述和辩解不是在非法或非正常的情况下产生的，又排除了串供的可能，只要他们是出于真诚的悔罪，主动向公安、司法机关自首，或对其采取强制措施后能够坦白认罪，而且各共同犯罪被告人就案件的主要事实、情节以及实施共同犯罪的过程中的一些特定的细节、特殊的条件和环境的供述和辩解相一致或基本一致，我们就不能因噎废食，任意否定共同犯罪被告人口供的证据作用，因为这是司法实践所不能容忍的。

五、翻供的审查与判断

翻供是指被告人进行了有罪供述后又推翻了其全部或部分的供述。被告人翻供在一定程度上影响了我们对口供的正确认定与运用，继而影响到诉讼的顺利进行和案件的正确处理。因此，研究如何正确地判断翻供，在刑事诉讼实践中有着巨大的意义。

（一）翻供的性质、原因和形式

1. 翻供的性质

被告人是一个特殊的诉讼主体，一方面作为案件的当事人对案情最为清楚，另一方面他与案件的结局有着最直接、最密切的利害关系。被告人这种特殊的地位和身份，极易导致其口供的复杂性，即表现为口供有真有假，真假掺杂，不仅包括其无罪的辩解，也包括其承认有罪的供述。

被告人供述和辩解有真有假的性质，也决定了其翻供性质的两重性，即正当辩护性质的真实的翻供和抗拒性质的虚伪的翻供。

正当辩护性质的真实的翻供是指实际上无罪的被告人推翻了原先所作的不真实的有罪的供述；或者是有罪的被告人推翻了原先所作的有罪供述中虚伪的部分。

抗拒性质的翻供是指有罪的被告人推翻了原先所作的真实的有罪供述。

因此，我们对待被告人的翻供，不能只看到其不利的一面，而一概地斥之为“不老实”、“抗拒”和“抵赖”，应当既看到翻供具有抗拒性质的一面，也看到翻供具有正当辩护性质的一面。承认并正确地认识到翻供的二重性质，是

正确判断翻供的前提。

2. 翻供的原因

被告人翻供的原因主要有以下几个方面：

(1) 非法地收集口供引起被告人翻供。有些案件由于讯问人员进行刑讯逼供或指供、诱供、骗供，使被告人在不得已情况下作了供述，这类被告人一有机会便作翻供。另外，讯问人员粗暴的审讯方法，使被告人产生对抗的心理，也会引起翻供。

(2) 狱政不严引起被告人翻供。被告人受同监犯唆使，或者同案犯利用放风等接触机会进行串供，或被告人的亲属、朋友通过非法途径传递消息，都会引起被告人翻供。

(3) 随着诉讼阶段的进行，有些被告人被拘留、逮捕、起诉或者一审判决后，由于诉讼阶段的变更，被告人内心十分恐惧，害怕原供认的罪行被判重刑，影响自己的前途、家庭等，而推翻原来的口供。

(4) 有些恶习较深的被告人蓄意进行翻供，如开始作了真假混供以转移视线，或只供述有罪，而不供述具体情节和有关物证，如果讯问人员表示满意或盲目追问，被告人就会意识到讯问人员并不掌握他的全部犯罪事实和证据，进而翻供。

(5) 被告人出于包庇他人或者自暴自弃的心理，作了失实的有罪供述，或者因错误地理解“坦白从宽”的政策，不惜承认自己没有的或别人的罪责，一旦被告人意识到问题的实质，便会翻供。

总之，查清被告人翻供的各种原因，有利于我们分清翻供是属于正当辩护性质的翻供，还是抗拒性质的翻供，从而使我们得以正确地判断翻供的真伪。

3. 翻供的形式

所谓翻供的形式是指被告人推翻其供述的不同的表现形式。就其内容上划分有部分供述的翻供和全部供述的翻供；无罪的翻供与罪轻的翻供；就其性质上划分有辩护性质的翻供和抗拒性质的翻供；就其翻供的次数来划分有一次性翻供和时供时翻的翻供；就其翻供和稳定性来划分有稳定的翻供和不稳的翻供；等等。

不同性质的原因的翻供，会引起不同形式的翻供，就是说通过观察翻供的形式，在某种程度上也可以帮助我们判断翻供的真伪。

(二) 翻供的判断

翻供的判断就是指对被告人的翻供进行比较、分析、综合，然后确定翻供的性质是属于抗拒性质还是属于正当辩护性质，并确定翻供真伪的一种评断过

程。通过对翻供的正确判断，有利于我们正确地认定被告人的供述和辩解，并运用它来证明案件的情况，也有利于我们顺利地完成各个诉讼阶段并及时地审结案件。

对翻供的判断切忌盲目地认为被告人供述自己有罪或罪重就是交待态度好，而一旦翻供就斥之为“不老实”、“抗拒”、“抵赖”，这种观点会影响我们对翻供的正确判断，我们对翻供进行判断时，一定要坚持实事求是的指导思想，结合案件的各种情况，对被告人的翻供进行认真的分析研究，这样才能得出正确的结论。

1. 通过查明被告人翻供的主客观原因来判断翻供的真伪

被告人的翻供一定有其主观的心理原因和客观的外在原因，查清这些原因的性质，有助于我们判断翻供的真伪。

被告人翻供的主观心理原因一般有以下几种：

(1) 趋利避害的侥幸心理。我们知道，一般情况下只有当被告人认为供述对自己有利时，才会认罪，反之当被告人认为供述对自己不利便于翻供。如被告人迫于审讯压力或认为案情已暴露无遗为求得宽大处理而作了有罪供述，但一旦当他发现自己犯罪事实并未被审讯人员掌握，翻供有可能蒙混过关，便进行翻供。这类翻供具有不稳定的特征。一旦审讯人员出示证据证明被告人翻供没有理由时，被告人认为翻供会对自己不利时，会再次作有罪供述，或者时供时翻。这种心理原因引起的翻供，被告人往往表现为消极抗拒审讯，即挤一点供一点，不挤不供，或推翻原供，再挤一点又供一点。我们认为这种趋利避害心理引起的翻供，其虚假的成份较多，我们可以把它判断为不真实的翻供。

(2) 积极抗拒审讯，蓄意翻供的心理。这类被告人往往是“二进宫”或“几进宫”的累犯、惯犯，其经审讯的经验丰富，在原供时就蓄意以后的翻供。常见的形式有：在原供中抽象地供认有罪而隐瞒具体情节和有关物证，或者在原供中捏造事实作真假混供以转移审讯人员视线，为日后翻供打下伏笔，一有机会便推翻原供，使审讯陷入僵局。如果我们查清了被告人这种蓄意翻供的心理，我们就可以判断这种翻供的虚伪性。

(3) 悲观、绝望和报复的心理。这类被告人一般对坦白从宽政策的期望值较高，而在原供中作了实事求是的有罪供述。但事后认为自己未得到应有的从宽处理，而产生一种悲观、绝望的心理，甚至是一种对审讯人员报复的心理而突然翻供，决意对抗到底。这类被告人翻供时，往往说不出其翻供的原因，而且带有明显的情绪因素。被告人这种心理下的翻供，往往也是虚伪的。

(4) 自尊的心理。这类被告人往往在公开开庭时，碍有亲属、熟人在场，

碍于承认自己的犯罪事实而当庭翻供。这些出于自尊心理的翻供往往也是虚伪的翻供。

(5) 后悔的心理。这类被告人在第一次供述时出于无所谓心理或代人受过的心理承认了不属于他的罪责。或者是错误地理解了“坦白从宽、抗拒从严”的政策作了不属于他的罪责的坦白。或者是受审讯人员逼供、诱供等不正当审讯方法的压力而作了虚伪供述。一旦被告人认识到这种虚伪的有罪供述会给他带来严重的刑事责任的后果时，他就会产生后悔心理而翻供。这类翻供具有真实性的一面，我们应进行认真的分析和判断。

(6) 认罪、悔罪、服罪的心理。这类被告人由于受审讯人员的政策攻心和教育感化，产生认罪、悔罪、服罪的心理，而推翻原供中虚伪的供述，实事求是地重新作了有罪供述。出于这种心理的翻供，应当被认为是真实的翻供。

被告人翻供的外在客观原因一般有以下几种：

(1) 外界的暗示。如被告人受同案犯之间串供的影响，受狱外亲友、同伙等的暗示和传递消息；受同监人犯的教唆等而翻供。这种在外界暗示作用下的翻供，一般是虚伪的翻供。

(2) 审讯环境、氛围和审讯人员的审讯方法。积极的审讯环境、氛围和审讯方法，如采用正确的审讯策略，耐心细致的政策攻心，并创造有利于被告人供述的审讯气氛，在这种情况下，被告人纠正了原供中的虚伪部分，实事求是地作了翻供。这种原因下的翻供一般情况下是真实的。相反，违法的审讯方法，审讯人员不恰当地暴露掌握的案情，不良的审讯室环境，这类原因下造成的被告人翻供，则往往是虚伪的翻供。

(3) 诉讼阶段的变更和审讯人员的更换。被告人因逮捕、起诉、一审判决而翻供，这种情况下被告人的翻供，往往是出于惧怕受到惩罚，妄图以翻供来逃避处罚，如被告人从侦查、起诉到一审判决前都一直作有罪供述，一审判决后，被告人突然翻供，否认自己有罪。这种翻供，一般情况下属于虚伪的翻供。还有审讯人员的更换使被告人翻供，被告人认为新的审讯人员不一定了解自己的案情，翻供对自己有利，因而作虚假的翻供。当然，也有这种情况，被告人认为原来的审讯人员无法澄清自己的问题，而作虚伪的供述来应付审讯，而新的审讯人员能澄清自己的问题，而作真实的翻供。

(4) 随着诉讼的进行，被告人对案情的不断了解，而发现原先的供述是由于自己错觉或记忆错误、表达不当而造成错误，因而进行翻供。这类翻供一般属于真实的翻供。我们只要查明被告人犯罪时确实存在错觉，或者确实因记忆错误或表达错误而形成错误供述，就应当允许被告人翻供，并认定其翻供是真

实的。

2. 通过审查原供是否属实，从而判断翻供的真伪

所谓原供是指被告人翻供时所推翻的原来的供述。如果我们查实原供是真实的，那么被告人推翻的是真实的供述，其翻供必然是虚伪的。相反，如果我们查实原供是虚伪的，则翻供有可能是真实的，当然还应进行认真的审查。

对原供属实与否的审查，首先要看原供是否明确具体和前后一致。被告人原供明确具体，能说出犯罪的时间、地点、手段、动机、目的以及其他具体情节如经济犯罪赃款、赃物的数量、去向等，并且前后多次陈述的内容基本一致的，原供真实性就大。反之，如原供抽象笼统或者模棱两可，被告人只能回答"是我干的"，或者顺着讯问人员的意思交代、叙述不出犯罪的具体情节，并且反复较大或前后矛盾的，说明原供有虚假的可能。另外，通过原供与案件其他情况、其他证据相比时，也可以审查其真伪。

总之，对原供真实性的审查，实际上是对被告人口供的审查，这是一项十分复杂的工作，且涉及的内容相当广泛，这并不是本章所要解决的问题，所以这里不再赘述。

3. 通过审查翻供内容本身，来判断翻供的真伪

被告人的翻供，不仅是全部或部分地推翻了原来的供述，而且往往会提出自己无罪或罪轻的辩解，有的还会说明原供形成的原因，并提出原供之所以不正确的证据和翻供的理由，这一系列内容都构成了被告人翻供的内容，通过对翻供内容的审查及其可信性的评价，可以帮助我们判断翻供的真伪。

首先，我们要审查翻供的内容与案件的事实及其他已被证明属实的证据材料是否一致，如果存在一致的情况，我们可以认为翻供是真实的。如果翻供的内容与上述情况存在很大的不一致，且矛盾无法排除，我们就可以断定翻供是虚伪的。

其次，我们要审查翻供内容本身是否自然、合情合理，有无疑问。我们可分下列几步进行：

(1) 审查被告人是全部地推翻原供，还是部分地推翻原供，以后的翻供与第一次的翻供就其推翻的原供在内容上和范围上是否一致。

(2) 审查被告人翻供后所作的无罪或罪轻的辩解是否属实，且第一次翻供与后几次翻供所作出的辩解的内容是否一致，前后有无矛盾。如果我们查实被告人关于无罪或罪轻的辩解是真实的，并且以此来证明了案件事实的真相，我们就可以认定翻供是真实的，反之，则认为翻供是虚伪的。

(3) 审查被告人翻供时陈述的之所以作原供的理由和现在翻供的理由，审

查这种理由是否合情合理，是否站得住脚。如被告人翻供时陈述是由于受到了违法的审讯所以作出了原供，但据查，被告人并没有受到违法审讯，因此被告人翻供的理由并不成立，其翻供有可能是虚伪的。另外，如果被告人无法解释原供的由来，而且这种原供只有被告人亲自经历才能陈述，我们可以认为被告人的翻供是虚伪的。

(4) 审查被告人在翻供时所提出的证明其原供失实、翻供真实的证据。如果我们审查认为这种证据确实，并且具有证明能力，足以推翻原供并证实翻供，我们就可以认定翻供的真实，反之，如被告人提出的证据并不存在，或根本不能证明什么，我们有理由认为其翻供是虚伪的。

5. 通过审查翻供的形式、次数等来判断翻供的真伪

被告人翻供时的一些外在形式，如翻供时语气、翻供选择的时间、翻供的次数等，在一定程度上也反映出翻供内容的真伪。我们必须学习善于捕捉到这里细枝末节，以判断翻供的真伪。

(1) 注意观察被告人翻供时的语气，如属于一种自然而坚决的语气，或者是一种因蒙冤而急于澄清的焦急的语气，其翻供有其真实的可能性，反之，如被告人是以一种极不自然的语气翻供，如以模棱两可、试探性的语气翻供，以孤注一掷、绝望的语气翻供，以玩世不恭、嘲弄的语气翻供等，就有虚伪的可能性。

(2) 注意掌握被告人翻供选择的时机、地点和时间，来判断其翻供的真伪。如被告人通过精心准备，在公开开庭等关键时机、地点翻供，给审讯人员造成措手不及的情况，这类翻供有虚伪的可能性；再如在公安阶段始终供认不讳，而进入检察、法庭阶段突然翻供，这类被告人有可能认为检察、法庭阶段的审讯压力低于公安阶段而翻供，有虚伪的可能性，但应排除非法取供的情况。

(3) 要查清被告人翻供的次数，如被告人翻供后，在以后所有的供述中，都坚持翻供的陈述，且内容相对稳定，其翻供有真实的可能。反之，被告人时供时翻，翻了又供，供了又翻，极不稳定，这种形式的翻供，就有虚伪的可能性。

4. 通过正确的审讯策略直接判断翻供

所谓通过正确的审讯策略直接判断翻供，是指审讯人员通过一系列特殊的、有的放矢的审讯方法，据理力争，动摇被告人翻供的心理，使作不实翻供的被告人认识到，不实翻供不仅是错误的，而且对其本身不利，因而实事求是地打消翻供；或者通过步步紧逼的审讯方法，驳斥被告人的翻供，使被告人理

屈词穷而打消翻供。这种正确的审讯策略，可使被告人实事求是地承认其不真实的翻供，从而使我们直接地判断被告人翻供的虚伪性。具体方法有以下几种：

（1）通过审讯时的政策攻心，使被告人对自己的罪责产生认罪、悔罪和服罪的心理，因而认识到翻供是错误的，而主动向审讯人员承认自己的翻供是失实的，并再次作实事求是的有罪供述。

（2）如果有其他证据能证明被告人有罪，但被告人翻供的，审讯人员可以采用严谨的逻辑证明，作证被告人有罪，并驳斥被告人的翻供，使被告人意识到翻供已没有任何理由也无任何必要，而不得承认翻供的虚伪性，重新如实供述。

（3）一般情况下被告人作失实翻供，总是认为其犯罪手段隐蔽，方法巧妙，审讯人员并不了解其案情，翻供可以逃脱罪责。如果我们在审讯中采取这样的策略，给被告人一个明确的信息，表示我们已掌握了其全部案情，以此来动摇被告人赖以翻供的信心，而不得不打消翻供，承认原供述。这也就直接地判断出被告人翻供的虚伪性。相反，作真实翻供的被告人，接受了审讯人员已对案情全部的了解信息后，会更加加强其翻供的信心。据此，我们也可以判断其翻供的真实性。

（4）通过诚实讯问，改善审讯人员与被告人的关系，使被告人对审讯人员的信任程度提高，感到失实翻供有愧于审讯人员的教育、关怀，而自觉地打消翻供。

（5）在审讯时利用被告人趋利避害的心理，模拟站在被告人一方的角色，向被告人证明翻供于被告人不利，而其他途径如坦白交待却有可能达到减轻处罚的目的，这样被告人就会轻易地接受，而实事求是地打消翻供，作如实供述。如被告人张某某因故意杀人一案被一审判处死刑，被告人在上诉时自感罪行严重，非死不可，便坚决翻供，以便侥幸蒙混过关。审讯人员摆出所有证据，指出被告人翻供不仅无济于事，而且必然会导致二审因其抗拒审判而维持原判，接着指出被告人原交待态度很好，而且其杀人有一定原因，二审有可能会鉴于这些情况而改判死缓，这些审讯方法使被告人自动地打消了翻供，再次作了详细、确实的有罪供述，也使审讯人员直接地判断出被告人的翻供是虚伪的。

（6）通过反复讯问的方法来判断翻供的真伪，如对失实的翻供，通过反复讯问可进一步发现翻供中失实、矛盾的内容，从而抓住矛盾予以揭露，加重被告人的心理压力，使其在不能自圆其说的情况下被迫打消翻供，从而证实其翻

供的虚伪性。再如对真实的翻供，通过反复的讯问，使被告人能有机会充分详细地陈述其翻供的理由，并帮助被告人回忆和提出确实的证据来证明其原供的失实和翻供的真实性，从而使我们得以有充分的理由判断出这类翻供的真实性。

总之，我们判断翻供真伪的目的是为了判断被告人口供的真伪，以运用被告人真实的口供来证明案件的情况。但从另外一种意义上讲被告人的翻供弊大于利，一方面被告人的翻供影响了我们对被告人真实供述的认定，从而影响到对案件情况的证明；另一方面被告人的翻供影响了案件诉讼的顺利进行，并影响到案件的及时审结，即使是被告人的真实翻供，毕竟也属纠正错误的一种。因此我们在司法实践中对待翻供的问题，首先是防止翻供，然后是正确地判断翻供。

要防止翻供，首先要坚持合法取供的原则，严禁以刑讯逼供或指供、诱供、诈供等违法的方法收集口供。其次，审讯人员要注意对被告人进行政策攻心和感化教育，使被告人在认罪、悔罪、服罪的基础上如实地供述。再次，审讯时要坚持实事求是的原则，既要认真听取被告人的有罪供述，也要认真听取被告人的无罪辩解；既要设法使有罪的被告人如实地供述，又要防止无罪的被告人胡乱地供述。另外，在审讯中审讯人员要始终给被告人这样一个信息，即审讯人员已掌握了全部案情，翻供却会给被告人带来严厉惩处的不利，只有做到了以上几点，我们才能积极地防止翻供。

六、串供的审查与判断

串供是指被告人与证人或者共同犯罪案件的被告人在相互串通或者约定的基础上所作的同样内容的虚伪的陈述。串供在司法实践中并不鲜见，司法人员如果不能及时发现这些不真实的陈述，或者因这些陈述表面上的一致而轻信这些陈述，必然会导致对案件的错误处理。因此，对串供的有关问题进行探讨和研究显得比较重要。

（一）引起串供的原因

被告人与证人或者共同犯罪案件的被告人串供的原因主要有以下几个方面：

1. 共同犯罪案件的被告人为逃避刑事责任，而在作案前或作案后蓄意串通，相约在审讯时作同样内容的虚伪陈述案情或者认为自己犯罪手段狡猾，案情无人知晓，而与同伙订立攻守同盟，一旦被捕，都不予承认，以此来对抗审讯，达到逃避刑事责任的目的。

2. 被告人与证人之间，因存在某种利害关系如案情关系，或者证人因受到被告人一方的威胁、利诱，而与被告人互相约定，在司法人员取证时，作同一口供的虚伪陈述，以使被告人减轻或免除罪责。另外，共同犯罪案件中的被告人，因存在某种利害关系，特别是案情关系，或者是出于“哥们义气”的心理，一被告人甘愿为另一被告人顶罪替责，大包大揽，而相互约定，作虚伪陈述，以使另一被告人的罪责得到减轻或者免除。

3. 狱政不严引起被告人与证人或者共同犯罪案件的被告人串供。由于羁押场所的监管不严，致使同案被告人利用放风、劳动等机会通过打手势、传纸条、说暗语等方式进行串供。或者是被告人亲属、朋友通过非法途径，给被告人捎信传话，而使被告人与证人或同案被告人之间进行串供。

（二）对串供的判断

对串供的判断是指我们在审查被告人口供和证人证言时，确认那些表面上一致的口供或证言是陈述人之间相互约定的虚伪陈述。我们认为对串供的判断，应从以下几个方面进行。

1. 通过审查共同犯罪案件被告人的关系及被告人与证人的关系来判断串供

共同犯罪案件中的被告人或者是被告人与证人的串供总是基于一定的关系。如果我们查清了这种特殊关系的存在，有助于我们判断其串供的可能性。

紧密合作型的共同犯罪案件中的被告人一旦被捕，常常出现串供的现象，如一些犯罪团伙或犯罪集团，有严密的组织形式，重要成员基本上是固定的，其中有明显的首要分子，且以首要分子为核心，集团成员或团伙成员结合得比较密切，犯罪前往往进行充分周密的谋划，为逃避侦查，常常以集团纲领或团伙规矩为基础，订立攻守同盟，一旦被捕，便按事先的计划进行串供。因此，我们在审查这类团伙犯罪或集团犯罪被告人的口供时，要考虑到事先存在串供的可能性。

另外，一般形式共同犯罪案件中的被告人也存在串供的可能性。如被告人之间存在主犯与胁从犯的关系，作为胁从犯的被告人往往会受到主犯的胁迫，并被告知一旦案发不得供出主犯的犯罪事实，只能把罪责揽到自己身上，否则将受到严厉的报复。案发后，作为胁从犯的被告人慑于威胁，而不得不按照主犯的要求进行串供，承认不属于自己的罪责。另外一种情况是，共同犯罪案件中的被害人因存在某种案情关系，如父子、夫妻关系等，在案发前就约定，一旦被捕，由一方承担全部罪责，这样在陈述时就形成串供。

证人与被告人的某种特殊关系也容易引起串供，如证人与被告人存在案情

关系，被告人作虚伪的无罪或罪轻供述，证人为包庇其有案情的被告人，也作同样内容证明被告人无罪或罪轻的陈述，而形成串供。另外，如果证人受到被告人或被告人一方的威胁、利诱，证人慑于威胁，或为贪图私利而按照被告人或被告人一方的意思作虚伪陈述，也形成了串供。因此，我们查明了被告人与证人存在这些特殊关系后，我们应当考虑到证人与被告人之间存在串供的可能性。

2. 通过对共同犯罪案件的被告人或被告人与证人之间串供的行为证据的审查来判断串供

共同犯罪案件的被告人或被告人与证人之间的串供必定是通过双方在案发前或案发后互相串通，互相约定的行为来实现。如果我们能查明并确认这些串供行为的存在，就能判断他们的陈述是属于串供性质的虚伪陈述。

共同犯罪案件的被告人之间的串供行为如在被采取强制措施前进行，则较难审查，一般是看其在作案前有无预谋，有无证人或其他同案犯听到或看到其订立攻守同盟的行为，攻守同盟的内容等。有些被告人常会在日记里或其他形式的文书材料中留下他们订立攻守同盟的文字，这些我们应当加以收集和审查。另外，案情暴露后，被告人处于被追捕的过程中，或者在被取保候审过程中，由于面临随时被逮捕审判的危险，被告人之间也极易进行串供行为以图在将来被逮捕，被审判时能逃避罪责。

共同犯罪案件的被告人被采取强制措施后的串供行为较易被发现。因为，被告人一旦失去人身自由，被监押、看管，其一举一动都在监视之中，因此其串供行为也较易被发现。一般情况下共犯被告人都被分别关押，但有的被告人仍然千方百计地通过各种方法进行串供，如在监室内高声叫喊或利用放风时机，共同劳动时机等接触机会，通过打手势、说暗语，或直接传递纸条的方式，与同案犯串供，以统一口径应付审讯。也有的被告人利用监管不严，与外面的亲戚朋友里应外合，通过写信，在衣服、物品中夹寄纸条，或者贿赂狱政人员、律师等传递信息，以达到与证人、同案犯串供的目的，如果我们能查实这种行为迹象的存在，我们就可以判断有关的口供、陈述存在串供的可能性。

证人与被告人之间的串供也是有一定的表现形式，如果我们查明证人在陈述前曾受过被告人或被告人亲属的贿赂、威吓，证人与被告人一方多次地接触等迹象，我们也可以判断证人陈述与被告人口供之间存在串供的可能性。因此，司法人员在向证人取证前，应注意调查案发后，证人与被告人一方的接触情况，这种调查将有利于我们判断可能的串供。

3. 通过对陈述内容的比对分析来判断串供

通过被告人与证人和共同犯罪案件的被告人之间相互串通。约定的串供陈述，其内容虽然存在表面上的一致性，但由于这种陈述毕竟是虚伪的陈述，因此我们可以通过对陈述内容本身的比对分析，来发现其实质上的矛盾，从而判断这样的陈述为串供陈述。

(1) 串供的特征是在内容上较为一致。如果双方陈述的内容在某些实质性问题上，如犯罪的时间、地点、过程、具体情节、后果等方面存在较大的不一致性，我们有理由认为被告人与证人、共同犯罪案件中的被告人之间不存在串供的可能性，排除了双方的串供可能性，为我们缩小了判断串供存在的范围。

当然由于串供双方在相互串通约定时并不知道，也不可能预见审讯人员在审讯或取证时所要涉及到的内容。因此，他们不可能在每一个问题、每一个环节上都能进行周密的约定，另外由于时间紧张、心理恐慌等因素的作用，串供双方的这种约定不可能在每个环节都表现得天衣无缝。因此，我们在分析比对双方陈述时，就可能发现在某一细节上的矛盾性和不一致性，而且这些矛盾和不一致又是实质性的无法排除的，这种情况的出现，我们并不能据以排除双方的陈述存在串供的可能。

(2) 证人与被告人或是共同犯罪案件中的被告人作了相同内容的陈述，这种陈述只是对事实内容笼统的一般性的说明，而且双方陈述显得同样的不具体，如只是局限于对事实肯定或否定的回答，缺乏对事实细节的陈述，即使在审讯人员的追问下，仍无法回答作为案件当事人应当知道的有关细节或者双方对这些细节的回答显得模棱两可无法一致。对于这种很不具体的相同陈述，我们认为存在串供的可能性。

(3) 我们查清由于客观条件的限制或者陈述人作证能力的局限使证人或被告人在这种条件下无法回答有关的事实情况，而证人或被告人却作出了这类事实情况的详细的陈述，而且与另一被告人或证人所陈述的内容一致，这种现象的出现，使我们能判断双方的陈述为串供陈述。如证人陈述他目击被害人拾起地上的砖头朝被告人头部砸去，被告人在无法躲避的情况下，用刀子捅向被害人，证人的这些陈述与被告人的陈述相一致。我们查明，当时是深夜十一点钟，光线条件很差，且证人距离现场有十五米左右，这种环境下证人是无法辨认被害人怎么拿起砖头要砸被告人头部的细节，而证人都作出与被告人供述相一致的这种陈述，我们有理由判断，证人与被告人之间存在串供的情况。

(4) 证人与被告人或者共同犯罪案件的被告人几乎用同样的语气、同样的字句极其一致地陈述了事实的情况，显得没有丝毫的差别。对这种表现得惊人的一致陈述，我们有理由怀疑它的人为性和不可能性，继而判断其存在串供的

可能性。

(5) 证人或被告人曾作过多次内容一致且较为详细的陈述，但此后又突然推翻前供，又作了截然相反的较为详细的陈述，而且陈述的内容与另一被告人或证人的陈述内容相一致。我们查清，被告人没有令人信服的理由翻供，而且原供的内容与案件事实比较相符。据此，我们认为证人或被告人后来的陈述为串供陈述。

4. 通过审查陈述内容的客观实在性来判断串供

既然串供陈述的内容是虚伪的，因此它必然地缺乏客观实在性，而与案件的情况及其他证据相矛盾。我们可以通过分析这些陈述内容是否有客观实在性来判断双方内容相同的陈述是否为串供陈述。

双方相同的陈述内容与案件的情况相比对，存在明显的矛盾，证明陈述内容是虚伪的，我们无法找出证人与被告人或共同犯罪案件的被告人为什么同时作出这种相同内容的虚伪陈述，我们只能认为双方是经过串供而作出这种虚伪陈述的。

同样，双方相同的陈述内容与案件的大多数证据或单个业已查实的证据之间不能吻合，我们也可以判断，这种陈述为串供陈述。

另外，只要我们能查实一个陈述内容为虚伪的陈述，我们可以认为另一个相同内容的陈述必然是双方串供所造成。

总之，我们不能因为证人与被告人或共同犯罪案件的被告人所作的陈述内容相同，而盲目地轻信他们的真实性，应充分收集陈述证据以外的其他证据，并与案件情况、案件的其他证据相比对，来证明、核实这些相同内容的陈述的客观实在性，并判断是否存在串供的情况。

5. 通过审讯的方法来判断串供

司法实践中，正确有效的审讯方法不仅能够使我们发现证人与被告人或共同犯罪案件的被告人之间的串供陈述，而且可以使我们获得证人或被告人客观真实的陈述。

(1) 串供陈述是双方约定的一种虚伪陈述，因此它必有破绽和漏洞，我们在审问被告人或询问证人时，不要急于驳斥，先让其说完说细，然后利用双方陈述的矛盾，根据已掌握的案情，和已查实的其他证据，进行追问，使被告人陷于不能自圆其说的被动之中，虚伪的陈述不攻自破，而不得不承认其串供陈述的事实。

(2) 细节询问法。证人与被告人或共同犯罪案件的被告人在串供之前不可能在每一细枝末节上都进行约定，因此我们在审问被告人或询问证人时，不急

于驳斥其陈述，而是按照其陈述，尽量地追问一些细节，如果双方陈述人无法回答细节，或者双方就这些细节的回答无法吻合，我们就可以认为双方陈述人之间存在串供的可能。

(3) 共同犯罪案件的被告人，由于恐慌畏罪的心理，使他们作为同伙既有进行串供、订立攻守同盟的一面，但又有各自推卸罪责的一面。另外，他们一旦被采取强制措施，隔离关押后，由于互不了解对方情节，感到人心难测，各自满腹狐疑。我们在审讯时，要充分利用同案犯之间的缝隙矛盾，选择罪行较轻、思想动摇的从犯为突破口，进行政策攻心，使从犯放弃与首犯及其他同案犯的攻守同盟，而交待案情；然后再审问首犯、主犯，利用从犯对案情的交待，打破其串供的幻想，而迫使他不得不作出真实的供述。

第三节　庭审中的举证、质证和认证

全国人大八届四次会议通过的修订后的刑事诉讼法已于1997年1月1日起正式实施。新刑诉法的最大变化，是在于把原来刑诉法中由法官在法庭上负责出示证据、包揽一切的纠问性庭审方式，修改为在法官主持下由控辩双方举证质证的控辩式庭审方式，规定法官必须在庭上查明事实，判断是非，明确责任，作出公正判决。因此，按照新的庭审方式开好庭，把主要问题解决在庭审中，是正确执行新刑诉法的关键和核心。而庭审的重点，又是法庭调查，围绕起诉指控被告人犯罪的主要事实和情节，通过公诉人指控、被告人陈述、控辩双方发问、出示辨认证据和证人出庭作证等环节，把案件事实查得明白清楚。因此，新的庭审方式的核心，在于正确举证、质证和认证，如果能把这“三证”工作确实按照新刑诉法的规定做好，则新的刑事审判方式就能落到实处，发挥最大效能。

一、新的庭审方式应遵循的原则

在研究举证、质证和认证的具体操作方法之前，首先必须明确在按照新的庭审方式审理刑事案件时必须遵循的原则，这是指导庭审活动正常进行的依据，也是确保举证、质证、认证正确合法、及时高效的前提。我们认为，在推行新的刑事庭审方式过程中，必须遵循以下原则：

1. 必须坚持控辩双方对峙、法官居中裁判原则。我们认为，这一原则实际上是一种职权与分工的划分，是权利与义务的明确，是形成控辩式诉讼基本

格局的必然要求。从法律规定和实践中都可看出，控、辩、审三者内在上存在两种关系，一是控、辩双方的平等对抗关系，二是控辩双方与审（法官）方之间不平等的请求与裁判的关系。因而，控辩双方在庭审中的对峙阵容能否形成并充分的展开，将直接影响法官的裁判质量。因此，在庭审中必须着重强调控辩的对抗与法官的指挥和疏导。为此，在庭审中，法官必须切实抓住三个环节，一是积极主持庭审，克服消极听讼、听证；二是适时疏导举证、质证，克服“不举不审”、与我无关的思想；三是指挥和指导控辩双方充分质证、论证，以求得在质疑和论证中澄清事实，认定证据。

2. 坚持民主、公平、公正的原则，这是查清案件事实的保障。庭审中必须给予控辩双方以同等的诉讼权利。要坚决克服过去实际中形成的“大盖帽一边倒”的局面。根据无罪推定的原则，法官绝对不能有“只要被告人一被指控即成罪犯”的先入为主、未审先定的思想。庭审中应当体现出充分的民主，既让控方指控到位，又让辩方辩护到位，还要让被告人陈述和自行辩护到位。法官应当主持公正与公平，即使指控成立，被告即成罪犯，也应当依法保障其合法权益，让其讲话，以此求得事实清楚，适用法律得当。

3. 坚持谁主张谁举证的原则，这是控辩式审判方式对诉讼当事人的必然要求。执行新刑诉法的重点是实行控辩式的审判方式，即由过去法官包揽一切的审判方式向控、辩、审三方分工负责的审判方式转变。因此，在庭审中，必须严格依照新刑诉法的规定，还原控、辩、审三方应有的诉讼地位和诉讼职能，充分发挥三方的作用。而控、辩双方在庭审中最突出的作用，就是谁主张谁举证。亦即是说，在庭审中，指控证明犯罪的职能由公诉人承担；辩护方提供对被告人有利的意见和证据；对被告人的讯问、对证人、鉴定人的询问和发问，以公诉人、辩护人为主；控辩双方谁提出诉讼主张，谁就应当举出证据并在庭上出示或宣读；法官的主要职能是组织、指挥庭审，引导控辩双方举证、质证和辩论，居中进行认证和裁判。

4. 坚持举证、质证、认证相结合原则。只有一环紧扣一环，才能实现法庭调查查明案件事实真相、正确甄别认定证据、判明是非罪责的目的。因此，在庭审中，凡是有关定罪量刑的证据都必须公开出示并经各方当事人辨认，对当庭出示的证据，控辩双方应当进行的质询和辩论，法官在广泛认真听取双方意见的基础上，对各自所出示的有关证据作出采纳或否定的认定，从而为作出合法正确的裁判奠定坚实的基础。

二、庭审中的举证

举证，是进入法庭调查之后的首要环节。根据新刑诉法的规定，一切有关

案件事实的证据，必须经过当庭出示、辩论和质证后，确认是查证属实的，才能作为定案的证据。因此，举证是庭审调查中“三证”的首要环节，是确保顺利进行质证和认证的前提。在庭审中，控辩双方必须在法官的主持下进行举证。举证包括出示有关书证、物证、音像资料、传唤证人出庭作证、宣读证人证言和鉴定等活动。任何一方对所举证据，均必须说明该证据的来源、证明的内容及证据的客观性、真实性和合法性。

在举证环节上，尤其要强调控、辩双方的举证责任。我们认为，作为控辩式的庭审方式，在对案件的调查取证问题上，出示证据既是控、辩双方的诉讼权利，更是其应当履行的职责。新刑诉法第一百五十七条明确规定：“公诉人、辩护人应当向法庭出示物证，让当事人辨认，对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。……”第一百五十九条第一款规定：“法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。”上述规定均说明，控辩双方均负有举证的责任，对其所提出的诉讼主张，必须提供证明的事实和证据。因此，庭审中的举证责任，主要由控、辩双方承担。但是，它们各自在举证中扮演的角色又是有所区别的。

从控方角度看，公诉人主要承担证明犯罪的责任。在新的庭审方式中，公诉人的举证责任尤为突出。凡是检察机关提起公诉的案件，公诉人均应承担举证责任。控方为了支持其指控的犯罪成立，应当充分做好各项举证工作。从法官的角度看，控方的举证，应注意以下几个方面：一是如果根据案情需要，控方证人、鉴定人、被害人必须出庭作证的，则由控方安排，法院只负责通知开庭的时间、地点；二是指控被告人有罪、罪重的证据，须由控方出示，如果举证不利，则可能承担败诉的后果；三是公诉人举证，必须说明证据的证明力和证明作用；四是凡是未在法庭上举证、质证的证据，一律不能作为定案的根据；五是对公诉机关指控基本证据不足的，不能认定为有罪。因此，人民检察院的起诉指控，必须严格按照新刑诉法第一百五十条的规定操作，对指控被告人的犯罪事实，应具体地一宗一宗逐项逐次列明，每一项指控都应包括犯罪行为的时间、地点、手段、过程和结果，以及赃款、赃物的去向，并且要举出能证明犯罪基本事实的有关证据，凡是对定罪、量刑有影响力的证据材料，均应当庭出示，对每一证据的出示，要说明证据的名称、形式、来源、证明的内容等诸多要素。

相对于控方而言，辩方的举证职能在于：提出被告人不构成犯罪、此罪与彼罪、罪轻、应当或可以从轻、减轻、免除处罚的证据，以充分维护被告人的

合法权利。辩方的举证，应当与控方的举证形成对抗关系。现在的问题在于，由于辩方在工作、职能等诸多方面因素的制约，调查取证难，收集出证难，往往在庭审中处于被动、软弱的地位，难以形成与控方相抗衡的局面。因此，为了体现新庭审方式中控辩双方互相对等抗衡的格局，保证审判的公平、公正和民主，在执行新刑诉法过程中，应特别强调保障辩方在提前介入、在审查起诉阶段即可进行辩护工作，对有关案件的事实证据有依法进行调查取证等各方面的诉讼权利，惟有如此，才能使辩方在庭审中的职能和地位得到体现，也才能实现新庭审方式的根本目的，保证整个刑事庭审过程的公平性和公正性，体现新的刑事审判方式的民主性和科学性。

在举证过程中，应当采取何种方式进行？根据新刑诉法和有关司法解释的规定，结合司法实践，我们认为，应按以下步骤进行：(1) 在公诉人宣读起诉书，被告人作陈述后，先由公诉人举证证明其指控的犯罪事实，辩护人针对指控，有不同证据出示的，按照“一事一证”的原则，逐个举证；(2) 公诉人、辩护人要求出示证据、传唤证人等，均应征得审判长的准许；审判长对与本案无关的举证请求，有权作出“不予准许”的决定；(3) 公诉人、辩护人出示证据或传唤证人，须向法庭简要说明待证事实，便于法官判断证据是否有针对性，控制庭审的进程；(4) 传唤证人出庭，证人出庭前必须履行如实作证的保证手续，然后采取“谁举证，谁先询问”的原则由控、辩双方进行发问。审判长对不正当的询问或者未经审判长许可的发问，可据另一方异议或依职权予以制止。必要时，法官有权讯问被告人、询问证人和向其他诉讼参与人发问。

在举证环节中，有两个突出的问题需要着重研究和解决：

第一，证人出庭作证的问题。新刑诉法根据直接言词原则，全面确立了证人出庭作证制度。第四十八条第一款规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。”第四十七条规定：“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才以作为定案的根据。……”根据上述规定，证人出庭作证，应当成为庭审中的一项重要法律制度。然而，从新刑诉法实施后全国法院的审判实践看，这一制度并未得到真正的执行。据统计，在1997年第一季度全国法院审结的刑事一审案件中，证人出庭作证的只占案件总数的25%左右，而在广东省，这一比例更低，只在10%左右。证人出庭作证少，一直是困扰庭审活动的难题，证人不愿出庭作证或者故意谎称自己不了解案情而逃避作证是一个普遍存在的现象。究其原因，主要有：(1) 证人出庭作证的配套制度没有跟上。我国公民的法制意识不强，特别是自觉出庭作证的意识可以说根本不具备。在这种情况

下，需要建立一套保障制度。然而，我国目前却没有这样的制度，证人不出庭应负什么法律责任，证人为出庭而支付的交通、住宿等费用及误工损失等该如何解决，如何落实新刑诉法规定的对证及其近亲属的保护措施等，目前都是没有妥当的解决办法，缺乏一整套配套的保障制度，从根本上制约了证人出庭制度的切实推行。(2) 保证证人出庭的责任由哪个机关承担没有明确。检察机关认为，人民法院有责任保证证人到庭提供证言和接受质证，而法院从诉讼法原理上认识这一问题，认为谁举证谁就应当承担保证证人到庭的责任，检察机关指控犯罪负有举证责任，理应负责保证证人出庭作证。由此可见，法、检两家对这一问题存在分歧，而新刑诉法对此又没有作出明确的规定。其结果必然导致在证人出庭的情况下，法、检谁都不愿意负起责任，主动做证人工作，于是证人便依自己的意愿，想来就来，不想来就不来。(3) 法、检两院现有力量很难担负起通知和保证证人出庭的任务。当前刑事诉讼中找不到证人，找到证人后工作难做的情况相当突出，法院只好按照检察机关提供的地址以信邮方式通知，至于证人是否收到通知，是否愿意到庭往往不得而知。客观地说，不论是法院还是检察院，都面临着办案力量不足与工作任务繁重的矛盾，要完成好通知和保证大量证人出庭作证的任务，确实相当艰巨。

第二，关于在庭审中出示的证据的移送问题。在实践中，有些地方的检察机关在庭审中对所举的证据，以及有关案卷材料并不及时移送人民法院，影响了案件的及时裁判，不利于办案效率的提高。对这一问题，中央政法委员会政法〔1997〕3号文作了明确规定。案中证据，必须在法庭审理过程中经控辩双方示证、质证后，才能作为定案的依据。为了严肃执法，保证办案质量，人民检察院应当将在法庭上出示、宣读、播放的证据材料，当庭移交人民法院，其他案卷材料可在休庭后三日内移送人民法院，以便人民法院对定案证据全面审查，作出判决。这一规定，各个司法职能部门都应当遵照执行。现在的问题在于，许多刑事案件中，对有关的实物证据，并没有当庭随案移送。

至于何时移送，我们认为由于审判方式改变后，出示证据证明犯罪的职责已由公诉人承担。如果证据先已“随案移送”，开庭审理时再交还公诉人当庭出示，显然不可行。实践中可由公诉人开庭时携至法庭，当庭出示，经过法庭质辨认证。闭庭后，再与检察人员办理证据交接手续。对上诉、抗诉案件，一审法院应当将证据随案移送至二审法院。开庭审理的，由二审法院提供给同级检察院。

另外，刑诉法第一百九十八条还从维护被害人利益出发，规定对被害人的合法财产，公、检、法三机关均应及时发还。这是法律对既作为定案证据的实

物，又不属“不宜移送”范围的财物，作为特殊情况，允许在法院判决之前先行处理的例外规定。这种处理方式在避免扩大经济损失，防止因被害人流动性较强等原因增加以后的处理难度，以及时保护被害人合法权益等方面有其积极的作用。在实践中，主要适用于盗窃、抢劫、诈骗、贪污等财产所有权关系明确的刑事案件。通常侦查机关返还后，应将作为证据的清单、照片、作价证明、鉴定书及发还手续等随案移送。不过有些案件尽管所有权关系明确，但由于涉及多起犯罪或者多名被害人，或者案情比较复杂，而不宜在法院判决前先行发还。这主要是指被告人以拆东墙补西墙的手段诈骗多人，或利用签订经济合同的手段多次进行诈骗，往往追赃数额与被害人实际损失数额相差甚远，如果简单以是被害人合法财产为由，先行发还一方或部分被害人，一旦发还有误，将难以追回纠正。因此，对案情比较复杂或者涉及多起犯罪、多名被害人的案件，不宜适用先行发还的处理方式，而应当依法妥善保管，随案移送，由人民法院判决后一并作出处理。

对新刑诉法第一百九十八条第二款规定的“不宜移送”的范围，公、检、法各家有不同的理解，导致了执行起来矛盾不一，纠缠不休。我们认为，“不宜移送”包括以下几种：一是不能离开特定场所，而承办机关也无条件存放的实物，如房屋、船只、火车、飞机、钢材、砂石等批量建筑材料；二是容易变质、腐烂的实物，如肉类、食品、水果等；三是有生命的动物和植物；四是国家规定的危险品，如易燃、易爆、剧毒物品；五是国家有关部门规定的不能移动的物品和液体。为解决这一问题，建议“两高”对“不宜移送”作出一致的解释。

三、庭审中的质证

当控辩双方为各自的主张出示证据，表明意见后，对该证据的真实、客观、合法与否，以及证明什么内容，控辩双方就应当在法官的主持下，进行质证。所谓质证，就是控辩双方对所举的证据进行辨认和质对，对其证明的内容和可信性进行辩论。应当明确，质证过程必须在法官的主导支配下进行。法官既要认真听取当事人和控辩双方的意见和理由，又要针对一切关键性的问题作必要的发问；还要对控辩双方所出示的证据、陈述的观点，逐个记取，仔细甄别，最终对案件的处理作出正确的判断。因此，质证阶段，是最能考验法官整体能力的阶段，能否抓住举证中的控辩双方分歧最大的关键点，指挥双方进行充分、有效的质证，便能体现出一个法官驾驭、主导庭审的能力水平。

在质证环节中，应遵循“一事一证一质”的原则，即应针对指控的某一具

体犯罪事实，在举证的基础上，由控辩双方围绕所举证据进行质证。但是，质证的过程应有其灵活性。如公诉人对起诉指控的某一情节进行举证，在质证时，辩护人对该证据表示异议，并提出有其他证据予以反驳时，可以准许其直接宣读相关的证词或传唤证人，而不必等公诉人全部举证完毕后再示意辩护人举证，从而可以使庭审更具内在抗辩性和逻辑性。又如辩护人为要求鉴定人说明某一鉴定的文字或图案材料的准确含义而请求到鉴定人席跟前指问时，法官亦可视情允许，这样能使鉴定人的回答明确、清楚，质证更具针对性。在质证过程中，对于控辩双方有重大分歧的证据或者控辩双方遗漏的问题，法官应及时抓住关键进行讯问发问，以利于搞清案情；对于某一事实，由于控辩双方各自持互相矛盾的证据，质证时又难于确定真伪的，法官可主动进行调查，传唤有关证人到庭，亦可以宣布休庭，由法庭进行调查核实后再行开庭。总之，庭审中的质证，应该针对案件的具体情况，在肯定一事一证一质的基本原则的同时，对被告人多或犯罪次数多的案件，可以采用以人为主线的举证、质证方式，即逐一对各被告人的所有犯罪事实进行讯问，然后进行举证、质证，从而避免反复更换被告人、浪费时间、庭审秩序混乱等现象出现。必要时，还可以采用以人以事相结合的方法进行。法官指挥质证，应当抓住重点进行，对于控辩双方没有异议的证据，或者一方有异议，但又提出反对的证明的证据，以及双方反复质对，再无新的意见、观点的证据，应及时结束质证过程，转入对下一个证据的质证。

有无必要允许控、辩双方或一方就某一证据的举证、质证后，对该证据的证明力都作一个简要的评价和总结？在前段实践中有过不同的做法。总的看来，效果不好，无此必要。因为目前在法庭上往往只存在控方举证、辩方只是辩证，控方对前一个证据评价、归纳，使辩方得不到充分的辩论和质证，不利于控辩抗衡诉讼格局的形成，而且对每一个证据都进行累赘的归纳和评价，容易产生重复质证，浪费庭审时间。我们认为，控辩双方质证完毕，无须再作评价和总结，直接进入下一证据的举证，评价和总结应当在辩论阶段的公诉意见和辩护意见中予以体现。

四、庭审中的认证

庭审调查中，对有关证据经过控、辩双方的举证、质证后，法官必须根据调查核实的具体情况，对该证据作出采信与否的认定。这就是法官对庭审证据的认证。认证可分为判决认证和当庭认证。判决认证是指对控辩双方所出示、质对的证据，合议庭不当庭作出采信与否的表态，而是在判决时予以说明，这

在执行旧刑诉法过程中是通常采用的方式。而当庭认证，是指合议庭在案件开庭审理时，对控、辩各方提出的证据就其真实性，与案件事实的关联性及其合法性与否进行当庭表态，宣布采信或不采信。以往的庭审实践中并不存在这一做法。在当前结合新刑诉法进行的庭审改革中，这一做法是否可行也成为争议的焦点之一，形成了截然相反的两种观点和主张。

（一）主张当庭认证的理由是：

1. 有利于强化庭审功能，避免使庭审流于形式。过去庭审方式中存在检审不分、先定后审的问题，而新庭审方式中法院只作程序性审查、公诉人负举证责任、法官居中裁判，这一变化表明了庭审对于案件最终处理起到了决定性作用，一改以往庭审容易走过场的流弊。在庭审中，证明犯罪的证据都必须当庭出示，经过公诉人、辩护人等双方的质证，才能作为认定犯罪的证据，体现了控辩双方在庭审中的实际作用。由此，同样应当让合议庭在主持庭审程序进行的同时，也要对经过质证的证据作出结论性意见，以完整和强化庭审功能。

2. 有利于体现合议庭职能。在审判实践中，合议庭虽然直接审理案件，但没有独立作出判决的权力，而庭长、院长、审判委员会却可以仅通过听取案件汇报就对定罪量刑作出最终决定。针对这一“审者不判，判者不审”、违背诉讼直接原则的现象，修改后的刑诉法第一百四十九条规定“合议庭开庭审理并且评议后，应当作出判决”，只有疑难、重大复杂的案件才提交审判委员会决定。这一规定有利于合议庭依法行使相应权力，在审判中发挥积极主动的作用。由于合议庭的职能得到强化，这一强化也应体现在庭审活动中，内容之一是作出当庭认证。

3. 可以增加审判活动的透明度，利于监督，保证司法公正。在新的庭审方式中，控、辩双方公开举证、公开阐明各自的意见，可以让旁听观众很清楚地通过观看庭审活动进行群众监督。而合议庭对双方举证、质证后的证据作出相应的采纳或不采纳，同样有利于通过公开表明合议庭对于案件证据的结论性意见，让群众对司法是否公正有鲜明的了解，并就此进行监督，发挥舆论对审判活动的积极作用。

4. 有利于对群众进行法制教育。当庭认证，可以让群众在了解控、辩双方举证、质证、论证的基础上通过合议庭当庭表态，对案件审理中体现出来的合法与非法、罪与非罪、此罪与彼罪、是与非，进一步树立起正确的观念，从而受到有益的法制教育。

（二）否定当庭认证的理由是：

1. 证据是相互联系的整体，一个证据经过控辩双方质证，即使没有疑义，

也不等于确实无疑，其单个本身亦无法确定其真伪。特别是证实犯罪要有一系列证据，而否认犯罪只要有一个反证即可，如果以前的有罪证据经过质证当庭予以采纳，但若在以后的法庭调查或辩论中出现了一个反证并查证属实，以前确认采纳的怎么办？显然，这会使公、检、法机关处于进退维谷的两难境地。

2. 有的证据既有真实的部分，又有不真实的部分，人证就容易出现这种情况，这时要肯定一部分，否定另一部分，往往就很困难。

3. 有的证据要经过合议庭甚至审判委员会讨论后才能定论，如果当庭确认，显然难以发挥合议审判委员会的作用。当然，不当庭确认，并不意味着法官心里就没有底，就不要对证据作出判断。法官对于质证的证据，首先有个大致的倾向，待全部证据审核完毕后，综合考虑，通过逻辑分析，更能作出正确的结论。因此，对于认证，一般最好在判决时作出，在宣判前就其认定的理由作出阐述和说明，更利于旁听者明白清楚，从而发挥庭审的教育功能。

当庭认证有利有弊，但利大于弊，应当积极慎重地推行。实行当庭认证，有利于落实“谁主张，谁举证”的原则，有利于增强审判透明度，有利于确保裁判公平、公正，有利于合议庭充分行使新刑诉法赋予的裁判职权，提高办案速度和效率。应当指出，当庭认证是法庭对控辩双方所举证据是否符合证据“三性”的确认，至于所认证的证据能否充分证明其所主张的事实，则应通过合议庭评议或审判委员会讨论予以确认。当然，当庭认证也有其弊，主要就在于可能引起控辩双方与法官的冲突，及由于法官水平的限制导致认证错误。我们认为，这一弊端可以通过法官在实践中不断提高认证水平，通过控、辩双方对新刑事审判方式的认识和理解不断加深来克服。因此，当庭认证是大势所趋，而且在客观上也具备了充足的合法性和可行性。当然，在现阶段，当庭认证可以慎重地进行，即在庭审中，多数经过充分质证，具备认证条件的证据应当大胆认定；少数一时没有认证把握的证据，可以待休庭合议或报审委会决定后，在宣判阶段交待认定结果，说明认定理由。

第四节　常见多发案件证据的审查与运用

一、危害公共安全集体证据的审查与运用

（一）放火案件证据的审查与运用

证据是证明案件事实的基础。通过对证据的审查、判断，确认案件的犯罪

事实及被告人的行为与犯罪事实之间的因果关系是整个刑事诉讼活动的核心内容。对放火案件证据的审查与运用，就是通过审查判断案件的全部证据，确定放火犯罪事实及该犯罪事实是否系被告人所为的过程。

1. 放火罪证据的特点

与别的案件相比，放火罪证据有其自身的特点，具体表现为：

(1) 物证易变异。罪犯放火后使其侵害的对象即焚烧的目标遭到根本性的毁损，同时，起火后的灭火抢救又会给现场带来新的破坏，这样，罪犯作案时遗留在现场的物品、痕迹等由于焚烧、及救火行为的破坏而发生物理或化学变化，丧失了本来的面貌。因此，案件中收集到的有关证据往往是变化了的证据。

(2) 被害人陈述、被告人供述和辩解与其他证据间的不一致较明显。罪犯在现场引燃助燃物后，惟恐他人发现，即仓皇逃离现场，对自己的放火行为造成的后果，特别是起火后的具体情节并不一定清楚，故罪犯就这些情节的供述与其他证据证实的情节存在着不一致；被害人由于当时受极度惊恐、悲伤等情绪的刺激及其他客观因素的影响不能准确感知、记忆事物的运动、变化、发展过程，其事后陈述的情节与其他证据证实的情节也存在着不一致。另外，由于罪犯着手放火到起火被人发现有一时间差，以及大火焚烧、救火中人为的原因，使得被告人关于放火时间、现场遗留物品所处的位置的供述与现场勘查笔录、证人证言等证据证实的情况不一致。

(3) 放火案件中的现场勘查笔录所记录的内容，由于现场遭到根本的或局部的毁损，并不一定能全面反映罪犯在现场作案的活动情况及罪犯遗留在作案现场的物品、痕迹。而另一方面，为了能尽量做到客观、全面反映放火后的现场情况，勘验人员就可能为最大限度地搜集罪犯遗留在现场的有关物品、痕迹而误把与犯罪事实无关的物品、痕迹如救火人员遗留在现场的火柴、脚印等收集记录在案。

(4) 直接证据少。放火犯罪一般都是单独犯罪，且罪犯作案比较隐蔽，案件发生后一般难以搜集能直接证明罪犯犯罪的直接证据。因此，在认定案件事实时更多的是运用收集到的间接证据，如遗留在现场的引火物、助燃物、现场勘查笔录、有关技术鉴定等，并通过对这些间接证据印证相互关系，使之形成能证明案件事实的完整的证据锁链。

2. 放火案件证据的审查判断

基于放火罪证据的上述特点，审查判断放火案件的证据主要是审查关于证明起火原因的证据。关于证明被告人犯罪动机的证据，关于证明被告人实施放

火行为的证据，关于认定被告人行为性质的证据。这四个方面的证据的审查与运用是审理放火案件的核心和关键。

(1) 关于起火原因证据的审查判断。

确认起火原因首先是审查判断证实起火原因的证据，一般说，火灾的引起有自然原因，如雷击、地震、干燥、化工物品的自燃而引起，有意外事件、疏忽大意和他人故意放火等原因引起，只有当排除了其他原因才能确认起火的原因是他人故意所为。确认起火的原因，有一个排除、确定的过程，即对现场勘查笔录、有关的证人证言及受害人陈述等证据进行审查判断，得出正确结论的过程。

①审查现场和现场周围的电讯、消防设施有无遭到人为的破坏。为了达到犯罪目的，阻止人们及时组织抢救，罪犯在事先可能对现场周围的电讯、消防设施进行人为的破坏。火灾后，勘验人员就可能会发现，搜集到被毁坏的灭火器、消防栓等物。对这些物证的审查确认，可为综合分析起火原因起辅助作用。

②审查确认起火点的证据。正确认定起火点是查明起火原因的一个主要环节。有关部门对起火点所处位置的正确认定，能帮助我们确定火灾是电线短路、漏电或使用炉、灶不慎或其他自然原因引起还是他人放火所为，从而为查明起火原因起到有力的证明作用。如孙某放火案，经消防部门勘查，起火点位于外墙窗口边的台板上，从而排除了因电线短路、漏电和使用煤炉不慎引起火灾的可能性。

③审查现场有无发现人为的破损痕迹。这里所说的破损痕迹是指罪犯为能进入作案现场实施撬压、敲击、锯、挖墙等行为而在门锁、门窗、墙壁等物体上留下的撬痕、压痕、锯痕等痕迹。如瞿某放火案，瞿为能入室放火而用携带的锯条锯断大门挂锁。案后，检验人员从现场提取了被锯断的挂锁。需要指出的是罪犯进入现场有可能是为寻找理想的放火位置，也有可能是为了实施盗窃等犯罪活动。因此，我们要注意这些痕迹与被告人放火行为的联系。

④审查现场有无发现引火物、助燃物。罪犯放火时一般要借助某些易燃物品如汽油、煤油、香蕉水等或用某种材料如棉丝、木片、柴草沾附该类易燃液体后作助燃物。尽管火案后现场会遭到不同程度的毁损，只有认真查勘现场和及时补充搜集证据，有些遗留在现场的引火物如火柴、打火机或助燃物的残留部分也不难搜集。有些易燃体，如香蕉水、汽油燃烧后，在现场常会留有异味，只要排除现场在事先并无该类物品，那么就可以将这些物品确定为罪犯放火时所用的助燃物。这样，起火的原因也就显而易见了。如王某放火案，火案

后的现场弥留香蕉水味。该车站工作人员证实该站事先没有买过也没有为旅客寄存过香蕉水，显然香蕉水味的存在与被告人用香蕉水作引火物有关，后王犯的供述也证实了这一点。

⑤审查现场外围有无与案件有关的物品。这里所讲的有关物品是指罪犯放火后为隐匿罪证而抛弃在现场外围的作案时所用的有关物品，如盛放汽油、香蕉水等助燃液体的桶、盆、瓶等。对现场外围收集到的沾附或残留有易燃液体的有关物品进行审查，查明其与火案之间的关联性，并能得到其他证据印证可帮助我们判断起火的原因。

⑥审查起火前现场有无出现过异常现象。这是分析判断起火原因的重要依据，尤其是对从现场无法收集到有证明价值的物品、痕迹的放火案件更有不可忽视的作用。有时，罪犯在进入现场时撬压、敲击门锁、门窗或从现场附近搬运助燃材料或点火后仓皇逃离时会发生声响，值班人员或现场周围的居民或受害人有可能在起火前后能听到或看到这些现象。如孙某放火案，孙犯为启窗向屋内倾倒汽油将窗玻璃击碎而发出响声，受害人证实在起火前确实听到窗玻璃被人击碎的声音。我们通过对有关证人证言、受害人陈述等证据材料的审查，可以发现并证实这些现象的存在，从而有助于我们分析确定起火原因。

总之，确定放火案件的起火原因，一般可以从上述的六个方面进行审查，但应注意两个问题：

①对从现场提取的有关物品、痕迹必须排除是救火人在抢救中所遗留；其次，现场勘查笔录中记录的现场的破损痕迹，必须排除是救火人员在抢救时所造成；同时，对这些物品痕迹还必须排除是行为人为实施其他犯罪所遗留。若不能做到这三个排除，那么，这些物品、痕迹对放火案来讲就丧失或不具备证据效力，不能将它们作为证明放火犯罪事实的证据。

②上述六个方面的证据，就其属性而言，都属间接证据，它们本身不能直接证明犯罪事实，只有它们之间或和其他证据之间相互印证，形成完整的锁链，才具有证据效力，才能证实犯罪事实。

(2) 关于证明被告人犯罪动机证据的审查判断。

查明放火案件被告人的犯罪动机，对最终查清案件事实和确定罪犯有着重要意义。纵观各类放火案件，罪犯的犯罪动机或是泄愤或是报复或是威胁或是销毁罪证等等。但每个具体的放火案件其犯罪动机都是特定的，它的产生都是基于特定的客观事实。这些客观事实就是罪犯犯罪动机产生的基础。具体表现为邻里纠纷引起的矛盾，公私关系处理不当引起的矛盾，对单位领导不满、为掩盖销毁其他犯罪活动所留痕迹或其他矛盾如家庭关系、恋爱关系、离婚、通

奸引起的矛盾等。一般而言，罪犯从具备产生动机的基础——产生动机——实施犯罪有个相应的过程。在这个演化过程中，罪犯与被害人之间的矛盾冲突就会通过语言、书信的方式被罪犯周围的邻居、同事及被害人所感知。因此，要查明被告人是否具备犯罪动机，首先要查明被告人是否具备犯罪动机产生的基础。而要查明被告人是否具备犯罪动机产生的基础，应该以下列证据进行审查：

①审查有关的证人证言。这是查明犯罪动机的主要环节。在日常生活中，人与人之间的各种矛盾冲突都会通过各种途径被周围的人们所感知。其中，通过语言的表达则较为通常，如双方的争吵，向朋友、同事诉说等。作为犯罪动机产生的基础即被告人与被害人之间的矛盾冲突也不例外。故对证人证言的审查，可有助于查明被告人与被害人之间的矛盾冲突是否存在、矛盾冲突的表现及矛盾冲突激化的情况等，从而帮助我们确定犯罪动机产生的基础是否具备。

②审查被害人陈述、被告人供述、辩解。被告人与被害人是矛盾冲突的对立面，双方对相互间的矛盾冲突的产生、激化等过程应十分清楚，故对被害人陈述的审查，有助于查清这些内容。对被害人的陈述在明确其证明目的的同时，还应注意审查其真实性，因为被害人同被告人之间事先有矛盾冲突，事后又有利害关系，故对被害人的陈述不能不加分析就作为证据使用，须和其他种类的证据综合起来分析，能得到印证的，才能作为定案的证据。对被告人供述、辩解的审查，除要借此查清双方矛盾的产生、激化等过程外，还应注意查清动机的具体内容是什么，即是报复还是泄愤还是其他，以此核实与矛盾冲突是否一致。

③审查有关书证。这里所指的书证是案发后从被害人、被告人或被告人亲属、同事、朋友等处搜集的信函、字条等。因为被告人可能在案发前后将与被害人的矛盾冲突通过书信的形式告知他人，从内容上看，有的是威胁性语言，有的是关于案件事实，有的是被告人犯罪后的忏悔，经过这些书证的审查、判断，同样能帮助我们正确认定被告人的犯罪动机。对书证的审查、主要是要审查书证的来源和制作情况，必要时可借助于鉴定结论。以查清书证的真实性，排除他人为了帮被告人开脱罪责而虚构或为了嫁祸于人而伪造证据的可能性。

通过上述证据的审查，若能查明动机产生的基础即矛盾冲突是客观存在的以及动机的内容与矛盾冲突相一致，就可以认定被告人的犯罪动机。当然犯罪动机产生的基础，并不都是通过矛盾冲突体现出来的。如罪犯为了敲诈勒索而放火、为了引开人们的注意力进行盗窃而放火等，这种犯罪动机产生的基础就是隐藏在犯罪分子内心深处的冲动。如果一味强调从矛盾冲突中去寻找动机产

生的基础，就易导致无法正确认定罪犯的动机。在这种情况下，我们应尤其注意审查被告人口供，同时结合其他证据，发现并证明被告人放火的真正动机。

(3) 关于证明被告人实施放火行为的证据的审查判断。

证明被告人实施放火行为，是审理放火案件所要解决的核心问题。虽然我们查明了被告人的犯罪动机，确认了起火原因是人为放火的事实，但要确定放火是否系被告人所为，仍须对案件的有关证据进行综合审查、判断。

①审查被告人供述的放火时间与被害人陈述、证人证言证实的时间是否相一致。鉴于从放火到被人发现有一时间差，因而审查时要将这个时间差考虑在内。

②审查现场或现场周围的有关物品如门锁、门窗、消防设施等破损情况及其形成原因与被告人供述是否矛盾。

③审查从现场提取的有关痕迹如手印、脚印经鉴定是否系被告人所留。

④审查被告人供述放火时所用的引火物如火柴、打火机等与现场搜集到的同一类物是否相同。

⑤审查被告人供述的起火点与现场勘查记录、证人证言证实的情况、技术部门分析结论是否相一致。

⑥审查被告人供述犯罪时所用的助燃物如汽油、香蕉水等与现场提取的残留物或有关部门的鉴定结论是否相一致。

⑦审查从现场提取的某些特定物品与被告人供述取得这些物品的地方如家里、工作场所的同类物品是否相一致。

⑧审查从现场搜集到的有关物品如作案工具等所处位置与被告人供述是否相同但要注意在救火中人为的原因造成物品位置发生变化了的情况。对此，只要有证据证实造成变化的原因，我们就不能将此视作矛盾。

以上八个方面的内容，是审理放火案件时确定被告人实施放火行为的具体要求。应该说，通过这些内容的审查判断，若能够确定被告人供述的放火时间、放火手法等方面与证据证实的情况相一致，就可以认定放火行为系被告人所为。

在以上审查判断过程中应注意：

①放火案件的有关物证、证人证言等都是搜集在前，被告人归案后尽管供述的情况与之相符，我们仍须查清是否是由于审讯中诱供、逼供所致。只有排除了这一可能性后才能对一致性予以确认。

②火案后从现场提取的有关物品、痕迹由于焚烧、救火中人为的原因，往往是已经变化了的证据，而与被告人的供述不一致。另一方面，有的现场已遭

到根本性的毁损，被告人供述的有关情节无法得到印证。这两个方面的特殊性，在审理放火案件时，应当重视，不能片面强调证据间的次要矛盾而轻易地否定。

(4) 关于证明被告人的行为性质的证据的审查判断。

放火罪的本质特征是危害公共安全，这也是区别此罪与彼罪的界限。审查判断被告人的行为是否属危害公共安全的行为，主要审查被告人的主观方面是否具有危害公共安全的故意，在客观方面是否已造成或足以造成危害公共安全的后果。就具体案件而言，侧重点也有所不同。

①对已造成危害公共安全后果的案件，主要着重审查被告人在主观方面有无危害公共安全的故意。这包括两个方面，一是审查行为人主观上是否具有积极追求危害不特定多数人的生命、财产安全的直接故意。如罪犯瞿某，为泄愤报复单位领导而故意放火将本厂厂房烧毁，就具有危害公共安全的直接故意。二是审查行为人是否具有基于某种目的焚烧特定的对象而对自己的行为可能造成危害公共安全的后果采取放任态度的间接故意。如罪犯蔡某与被害人有怨，为报复，明知被害人家中可能有其他人在，仍用大量汽油放火焚烧，致使多人死伤。

②对没能造成危害公共安全后果的案件，主要是审查确定被告人的行为是否能造成危害公共安全的后果。为此，除了查明被告人主观方面的放火故意外，同时还要从其他方面综合分析、确定其行为是否构成“足以危害公共安全”，具体而言，可从以下五个方面进行审查：

a. 审查焚烧对象本身的质地。如焚烧对象属易燃物品，那么危及的空间就大，其后果就必然或可能危及公共安全。如罪犯王某，为销毁盗窃时所留在室内的痕迹而在某单位棉纺成品仓库内放火；后虽然扑救没有造成严重后果，其行为却是足以危害公共安全的行为。

b. 审查焚烧对象所处的地理位置。被告人放火所指向的对象都是具体的，它处于一定的环境下，与周围的人、物有一定的空间关系，如它被焚烧，就必然或可能危及不特定多数人或财产的安全。如罪犯孙某为报复恋爱对象而用汽油在该女家中放火，该房系砖木结构，且和周围邻居的房屋相毗邻，后虽经抢救没危及邻居，但其行为是足以危害公共安全的行为。

c. 审查作案时所用的手段、方法。罪犯所采用的犯罪手段、方法，不仅能反映其主观故意，同样也能反映其必然或可能危害的后果。如有的罪犯在焚烧的对象周围放置助燃物，其后果是否危及公共安全显而易见。如罪犯吴某为报复某汽车修理厂的领导而在厂房周围倾倒大量的汽油、香蕉水后将其点燃。

d. 审查作案时的气候等自然情况。被告人的行为是否足以造成危及公共安全的后果，作案的风向、干燥程度等自然条件往往起决定性作用。如罪犯张某为报复王某，便将位于王家南侧距房仅一点五米的王家柴垛引燃，当时正刮东南风，风助火势，经扑救才未烧及王家和邻居的住房，但张某的行为确实是足以危害公共安全的行为，故构成了放火罪。

e. 审查起火点所处的位置。罪犯放火时所选择的起火点，往往决定着危害后果的大小，决定着行为是否是足以危害公共安全的行为。如罪犯李某因对本村泡塑厂厂长不满而用棉纱沾附煤油后在仓库的照明电线上放火，后电线被烧引起大火，由于工人的极力抢救而没造成严重损失。但李犯的行为显然是足以危害公共安全的行为。

在审理没能造成危害公共安全后果的案件时，应注意审查工具不能犯的情况。因为有的犯罪分子在放火时，由于所用的助燃物没能像预料的那样发挥作用而没有发生危害公共安全的后果，如想用汽油作助燃物结果误用了蒸馏水，但这并不能改变行为人行为的性质，仍应认定为放火行为。

（二）爆炸案件证据的审查与运用

爆炸是指爆炸罪案件和以爆炸方法故意杀人罪案件，前者指故意用爆炸的方法杀伤不特定多人或破坏公私财物、危害公共安全的行为；后者指故意用爆炸的方法非法剥夺他人生命的行为。

爆炸案件最主要特征，是使用爆炸物这一杀伤力和破坏力都极强的特定物来实现犯罪，一次爆炸，死伤数人、数十人、甚至上百人都曾有过，危害之烈，往往出人意料，对此类恶性案件，社会反响强烈，民愤很大。司法机关要准确、有力、及时地进行打击，就必须正确地审查与判断此类案件的证据。

1. 爆炸案件证据的主要特点

(1) 证明犯罪后果方面的证据较充分。

基于爆炸案件使用爆炸物这一主要特征，因而引爆后所产生的巨响会当即惊动现场周围的人，罪犯也无法（或很难）转移或掩盖现场，司法机关大多能够较快地勘查现场，有关爆炸地点、被害人情况、财产损失、爆炸时间等证据会较充分地呈现出来，尤其是人员伤亡、财物损失方面的证据。

(2) 证明罪犯的证据较小，不易收集。

基于爆炸物的杀伤力和破坏力都极强，一般引爆时间和爆炸时间大多不一致，爆炸时，罪犯不在现场；而现场所留下的罪犯放置爆炸物品所致痕迹又因爆炸而被破坏。因此，证明罪犯的证据既少，又难以收集。

2. 爆炸案件必备的证据及审查判断

(1) 证明爆炸动机的证据及审查判断。

任何一起爆炸案件的发生，罪犯一般都有特定的爆炸动机。尽管作案动机各不相同，有的是因为私人恩怨，在矛盾激化的情况下作案，有的因奸情报复、恋爱受挫报复等等。爆炸动机作为爆炸案件的思想基础，是爆炸案件首先应查清的问题。

爆炸动机的产生与其他犯罪动机一样，源于生活中各种各样的矛盾冲突，这种矛盾冲突就必然有一个发生、发展和暴露的过程，就为取证提供了条件，因此审查爆炸动机一般从确定被害人身份及其与罪犯之间的关系入手。被害人与罪犯之间是否有着较密切的关系或是否有尖锐的矛盾冲突并有激化的表现，主要可通过证人证言和书证证实。

证人通常是罪犯或被害人的同事、朋友、亲属、邻居，因为有可能知道案发前后的有关情况，但要注意审查证词之间是否协调一致、有无冲突。

书证是证明罪犯与被害人之间关系及矛盾激化情况的又一重要证据，尤其是因奸情或恋爱不成等原因促成的爆炸杀人案，其动机能在双方互相往来的信件中得到证实，也可以以其他诸如日记本、记事簿等书面材料中得到证明。

需要指出的是：证明爆炸动机时，证人证言和书证不能单一确认，应和其他证据结合起来审查、判断。如卞某爆炸案，卞犯与被害人原系恋爱关系，因被害人执意中断恋爱关系，卞犯非法购买爆炸物炸死了被害人。在此案中关于爆炸动机的查证，就充分运用了能够证明卞犯与被害人之间有恋爱关系的证人证言及书证（来往信件），结合卞犯的供述、现场勘查笔录等材料，从而对爆炸动机作出准确认定。

(2) 证明爆炸物来源的证据及审查判断。

罪犯要想实施爆炸犯罪，必须取得爆炸物（点燃爆炸物仓库之类除外）。有关这方面的证据通常有：证明罪犯曾经从事或正在从事爆炸物工作的档案记录，证明罪犯有条件取得爆炸物的证言，技术鉴定中关于爆炸物的种类、数量性质的结论；个别情况下，罪犯自制爆炸物，则有发现罪犯购买原料的证言、制作工具等物品。这些证据虽有较强的真实性，但它们比较琐碎、零散，必须通过比较、补充、复核、使之能够形成一个充足、严密而有内在逻辑关系的证据体系。如孙明桥爆炸案，孙犯供称炸药系在为本单位购买时私下扣留的一部分，而同行的证人却称不知，如解决爆炸物来源，重视对证人复核，该证人最终承认知情，原来是怕受牵连。

(3) 证明爆炸手段、行为方面的证据及审查判断。

不同类型的爆炸案，所使用的手段是不尽相同的，犯罪行为也多种多样，

有些案件作案时间和爆炸时间接近或基本相同，如点燃导火索或引火物后离开现场，点燃后投掷到爆炸目标等就是这种情况；有些案件作案时间和爆炸时间有一定差距。如安装定时装置（预定时间）或触爆装置（如地雷）的爆炸案件，尤其是装有触爆装置的爆炸物，无人触及就不会爆炸。因此，可能会出现爆炸时间与作案时间相差数日乃至月余，特别是个别案件使用高技术，如遥控、跟踪爆炸等。

证明这方面的主要证据有：有关罪犯技能情况的档案记录，罪犯购买或自制技术装置或有关物品的证人证言，科学技术鉴定及供述等等，对这些证据在审查判断上有相当难度，须逐一过滤、严格把关，注意多收集直接证据，同时不放过任何间接证据。

罪犯在案发前、发案时及发案后的行为是不同的，像作案准备过程中形迹的流露（自行试爆等）、案发后精神紧张等，这些都能通过技术鉴定或证人证言来证实，有些罪犯在归案后亦能作出供述。

(4) 证明具体犯罪人的证据及审查判断。

对作案时间与爆炸时间目前的案件，被告人是否有作案时间是确定其是犯罪人的重要环节，拒不认罪的被告人往往就是在作案时间上否认狡辩，要确认被告人的作案时间，就要排除其所声称的当时在其他场所的可能。这方面证据主要是证人证言、物证（被告人遗留物品和痕迹），辅之以技术鉴定。值得注意的是：在被告人辩称在作案时间内自己不在现场，而其所在之处难以有人证实，同时又没有取得被告人案发时在场、有作案时间的证据的情况下，不能主观地认定被告人在狡辩，在犯罪的其他环节上不严密或者存在疑点的情况下更不能轻易定案。

前述卞某作案即属此类型，只不过卞某并未声称无作案时间，而是其妹证明卞犯当时和她同床睡觉，不在作案现场。针对这一点再审卞犯，卞交待：到半夜我下床去，我妹未醒，爆炸后我回来，也没惊动她，至此才消除证据间的矛盾。

对于作案时间与爆炸时间不同的案例情况，不强求把证明作案时间的证据作为必备证据，如为防卫而设爆炸装置，结果炸了无辜，在这类案件中，作案时间是不起决定作用的定案条件，证明这方面事实的证据也不属基本证据。

被告人是否通晓爆炸物的引爆方法、定时装置原理等也是确定是否为犯罪人的重要环节。有关这方面证据有：证明被告人从事过爆炸物工作的档案记录，证明其学过爆炸技术的证言，技术鉴定中关于引爆技术的结论，从被告人住处发现的同作案类型相同的爆炸物、引爆物或该方面书籍、资料等物证。如

庞某爆炸案，庞犯原系一农民，如何懂得使用炸药的呢？没有档案可查，但在案发前，他曾去过外地某工地上干临时工。经查，庞在该工地上工作时参加多次爆破，于是问题迎刃而解了。

相反，如果我们通过证据的审查判断，确定被告人根本不懂爆炸技术，就必须慎之又慎。是罪犯的冒险成功？还是雇佣他人实施，经结合技术鉴定和其他证据进行新的查证。

被告人是有作案时间和爆炸技术是证明其为犯罪人的核心证据，但非核心的证据同样不容忽视。如在未遂的爆炸案中，爆炸物的包装品是否为被告人所有；被告人在爆炸物中掺入它物（铁钉、铁丸等）以及其住处搜出的同类物品；被告人遗留在现场的痕迹和物证等，这些零散的证据在确定犯罪行为人中的作用是不容忽视的。尤其是在被告人不认罪的案件中，它们是证据锁链中的一个不可缺少的环节，具有整体的证明意义。如前述庞某爆炸案，庞放置的其中一个炸药包未炸，经勘查：炸药包是用一块红底白花布包的；经调查，庞犯与被害人怨仇极深，有重大嫌疑；经审讯，庞犯拒不供述。最后经搜查：在庞犯住处的水泥缸中发现一块与包炸药颜色图案、新旧程度相一致的布块，且两块布对接吻合。这些个别证据的取得，对证明庞犯系犯罪人起了关键性作用，有极强的证明力，尽管其为间接证据。

(5) 证明爆炸行为是否已经或足以危害公共安全方面的证据及其审查判断。

爆炸行为是否已经或足以危害公共安全涉及到爆炸罪与其他罪的区别，可通过审查证据：爆炸地点、时间、威力及爆炸对象、爆炸结果等方面情况的证据来判断。从司法实践看，使用爆炸物品，除了炸弹、地雷外，多是炸药（包括黄色炸药、黑色炸药和化学炸药）、雷管和各种自制的爆炸装置（如炸药包、炸药瓶、炸药罐等）。实施爆炸的方法很多，如有的在室内安装炸药包，在室内或室外引爆；有的将炸药物直接投入室内爆炸；有的利用技术手段使锅炉、设备发生爆炸；有的用液化气或其他方法实施爆炸行为。但主要是在人群集中或财产集中的公共场所、交通线等处实施爆炸，如将爆炸物放在船只、飞机、汽车、火车上定时爆炸，在商场、车站、码头、群众集会地方制造爆炸事件。使用不同爆炸物和不同的爆炸方法在不同的时间、地点实施的爆炸行为，其所造成或可能造成的后果是不一样的，审查这方面的证据有助于我们对被告人的行为是否已经或足以危害公共安全作出判断。

一般来讲：爆炸地点、爆炸时间比较容易收集证据；爆炸物的威力则主要依靠技术鉴定及被告人供述，在审查时注意和物证相结合，不可轻信口供。

个别未能最终爆炸的案件，证据较难取，是否足以危害公共安全难以认定，在证据的审查判断上应着重审查物证及技术鉴定结论，对照被告供述，审判人员应学习该方面知识，请教专业人员，综合考察、全面分析。

如牛某爆炸案，牛犯因恋爱不成、蓄意报复，将一两多黑色炸药做成炸药包投入被害人厨房引爆，炸碎木质儿童车一辆，从物证、勘查笔录、证人证言、罪犯供述看，炸药量少，威力较弱，实际损失很少，也不足以危害公共安全，则牛犯的行为不构成爆炸罪。

3. 爆炸案件几类主要证据的审查判断

(1) 物证。

物证是爆炸案件证据收集中最重要的，其特点表现为：

①及时性和可见性。爆炸一旦发生、会造成人身伤亡和建筑物及其他物体的严重破坏，也会立即被人们所察觉。有关爆炸的众多痕迹和物证不可避免地展示在人们面前。

②多而杂。爆炸现场的物证往往是大量的，包括以下几个方面：

a. 由于爆炸所产生的物体结构破坏、变形移动的现象。

b. 爆炸的残留物，即爆炸装置中的残留的引爆装置、发火能源（拉火管，火柴，烟头，卫生香，各种发火组件），所有这些有关的物证都散布于爆炸现场的各个角落。

c. 变异性和不完全性，爆炸往往造成物证杂、散、大量遭破坏和毁损。爆炸过后，随之而来的对现场的抢救工作也不可避免会使有些物证、痕迹遭到不同程度的破坏，另外，如遇上刮风下雨等不利的自然条件，也会导致物证毁损或灭失。

所以，虽然爆炸形成的大量物证、痕迹，但却不易收集齐全，为了准确地认定爆炸事实我们必须尽最大可能去收集一切能收集到的物证，物证越全面、审查判断后的结论可靠性越大。

(2) 书证。

爆炸的书证一般包括两类：

一类是证明被告人具备一定的爆破技能，从事过接触爆炸物或联系的工作档案记录。当然，某些特定地区（如矿区）、特定单位（如炸药生产厂家等）则存在几乎人人皆懂的普遍性。

二类是被告人或被害人自己记载的证明罪犯作案动机的文字材料，主要形式为遗书，如庞某爆炸案，关于作案动机、被告供述证人证言，但却带有不全面性，搜出遗书后，则发现该书证对动机问题有较全面的表述。第二类书证一

般在爆炸现场无法得到，只能通过对被告人住所、工作住所进行搜查而获得或从被告人处得到。

虽然这些书证一般不能直接反映罪犯作案的具体过程，但它能反映出罪犯同被害人之间的利害关系和矛盾冲突，反映出罪犯作案的思想基础。

(3) 勘验、检查笔录。

对爆炸现场勘验、检查是收集物证、痕迹和获取反映作案情况的其他证据材料的最直接途径。对现场勘验笔录主要审查：

①审查现场勘查和制作笔录的时间是否及时，只有及时赶赴现场勘查、及时制作笔录，才能做到及时获取物证和其他证据材料，并准确地将勘查过程记录下来，不致因为时间耽搁而使证据变化和遗失、记录不准确。

②审查现场勘查是否细致，记录是否全面。由于爆炸发生后，炸药、爆炸装置散杂各处，给勘查带来困难，稍不留意或疏忽，就会放过有证据价值的细小的物证，勘查工作中对于现场死者被炸飞的人体组织和衣服碎片、爆炸后留下的各种残留物、可能是罪犯遗留物或痕迹，都要全面地收集和详细地记载。

一份合乎要求的勘验、检查笔录往往具有较强的证明力，而一份不合格的勘验检查笔录只能聊胜于无罢了。

(4) 证人证言。

爆炸案件的证人证言包括证人对耳闻目睹的爆炸现象所作的陈述和对犯罪有关情况提供证词。特点是：

①证人对有关爆炸的细节情况容易遗忘，爆炸发生的瞬间及一段时间，会产生光、声、烟、火、味等一系列现象，而光、声、味的出现较为短暂，在人脑中形成的记忆也不很长久，若不及时询问证人，证明爆炸情况的这些主要内容会被渐渐淡忘。

②不同证人所作的证言之间有一定差异，爆炸发生对证人来说是很突然的，不同的证人所处位置、心理状态、感知能力、形成记忆的客观条件不同，对当时发生的同一现象形成的印象和认识也不同，因此在陈述时可能会有差异。

因此在获取证人证言时，要尽可能多地找到感知爆炸现场的证人，以求得客观全面的证明，审查时，要注意结合其他证据作出准确判断。

(5) 被害人的陈述。

由于爆炸案件的被害人中，有的是罪犯确定的作案目标，有的则是无辜的人，前一类被害人同罪犯有利害关系、矛盾冲突，后一类则没有这层关系。受害人陈述反映的内容一是证明罪犯的作案动机，二是证明罪犯在现场情况（主

要是爆炸前一段时间内)。被害人陈述可能产生虚假成份,原因在于被害人有一种激愤的情绪。在审查判断被害人陈述时,要考虑到被害人陈述的主观性和夸大成份。

(6) 鉴定结论(鉴定人意见)。

鉴定结论种类很多,与爆炸案件有关的有:

①法医鉴定:确定死亡原因、身体伤害情况等。

②司法精神病鉴定:确定罪犯、嫌疑人、证人的精神状态是否正常。

③痕迹鉴定:确定指纹、鞋印等是否同一。

④书法鉴定:确定书写、签名是否同一或伪造。

⑤专门技术鉴定:区别爆炸物种类、确定引爆方法等。

在爆炸案件中,鉴定结论往往会起到其他证据无法代替的证明作用,如尸检中查到的爆炸弹片(铁钉、铁丸等),与现场提取的弹片相同与罪犯供述也相一致,专门技术鉴定中确认的爆炸物放置地点与被告人供述相一致等,可以使物证、供述等证据证明力大大加强。

再如某些物品或痕迹经过鉴定才能发挥物证的证明作用,否则该物品或痕迹就失去证明作用,如现场提取的指纹、鞋印、血迹、尸体等。

尽管鉴定结论有上述特点,具有相当的科学性,但是不能因此就认为它优越于其他证据,它仍然只是司法人员据以查明案情的证据之一。鉴定结论仍需经过司法人员审查判断,才能作为定案的依据。爆炸案件鉴定结论的审查判断主要有以下几个方面:

①鞋印花纹因爆炸后人杂而不可靠,指纹因高温、烟熏而不清楚,都会做出错误的结论。

②鉴定人是否具有解决这个专门问题的知识水平,尤其是爆炸案件,鉴定人应当是该方面的专家或极富经验者。

③鉴定方法是否科学。比如对爆炸现场的尸体鉴定,对尸体只观其表,未及其里,就断定系爆炸致死,就可能出现不正确结论。比如爆炸前死者是伤、是昏、还是中毒等等就会被忽视。

因此,司法人员既要看到鉴定结论的重要性,又不能夸大它的作用,在使用证据前,必须对其加以严格的审查判断。

(三)交通肇事案件证据的审查与运用

交通肇事罪,是指从事交通运输的人员,由于违反交通运输规章制度而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财物遭受重大损失的行为。

人民法院在审理这类案件时,关键是对公安交警部门侦察和检察机关起诉

认定行为人交通肇事的各个证据，依法进行严格审查，精心鉴别，只有这样才能做到正确立案，依法裁决。

1. 交通肇事案件证据的一般特点

交通肇事案件证据，其表现形式具有以下特点：

（1）证明危害结果方面的证据比较丰富。

刑法第133条明确规定，“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的”才构成交通肇事罪，虽然发生交通事故，如未发生致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的严重后果不构成犯罪。所以，构成交通肇事罪的案件，在证据方面必定是证明其危害结果方面的证据比较丰富，如有关人员重伤或死亡的医疗诊断结论、法医鉴定，人的尸体等，损坏的车辆，损失的物质财产等证据都比较丰富、充分。

（2）现场遗留的证据容易毁坏。

交通肇事一般均发生在交通道路上。交通道路的车辆、人员流动性极大，而且道路表面易受自然条件如雨水、风雪的影响，所以肇事现场遗留的刹车或碰击所形成的痕迹、血迹等原始证据，容易被其他运动着的车辆、人员以及刮风下雨等自然条件所毁损。

（3）证据审查技术性比较强。

交通肇事案件的证据，除人员重伤、死亡有医疗诊断结论、法医鉴定外，对肇事车辆的机械性能，必须由专门机关和车辆工程技术人员进行鉴定，有时甚至要送生产厂家鉴定。对肇事造成的车辆毁坏及财产损失，必须聘请有关专门技术人员进行测定和核算，对于肇事的原因和责任，以及事故现场的勘查笔录等也必须聘请专门机关和专门技术人员进行鉴别、论证。因此，对这些鉴定结论所形成的书证的审查技术性比较强。

（4）证明事故责任方面的证据较少，审查判断比较困难。

交通事故往往是一方肇事，另一方被害，双方处于对立的地位，同时被害者不是重伤，就是死亡（或者处于昏迷状态），这就给查明发生事故的责任带来客观上的困难。而且事故是突发性的，往往是在一瞬间发生的，所以任何处于动或静状态中的第三者——证人，均较难以一言断定事故发生的责任问题，何况造成事故的责任除行为人本人主观上和技术上以及机械性能上的原因外，还有被害人方责任等多种因素交织在一起，也给分清事故责任带来一定的复杂性。实践中，交通肇事案件一般有负责处理事故的公安机关的责任鉴定结论，但往往也受诸多原因的影响而导致鉴定不一定正确。因此，处理交通肇事案件，审查判断认定事故发生的责任的证据是审理此类案件主要难点之一。

2. 交通肇事案件的必备证据

(1) 证明危害结果的证据。

根据有关法律规定，交通事故造成的危害结果是构成交通肇事罪的首要条件，且危害后果的轻重程度是审理此类案件正确定罪量刑的重要依据，如果尚未造成严重后果，则属于一般交通事故，不能追究行为人的刑事责任。因此，审理交通肇事案件首先要看事故所造成的后果和危害程度的大小。这方面的证据有两类：一是人身伤亡的证据，应着重审查抢救被害人的医疗诊断结论和法医对伤势和尸体的鉴定意见书等。如果被害人当场没有死亡，在医院抢救治疗期间死亡的，则应注意审查导致死亡原因的证据。确系及时正确抢救治疗无效的，则应认定行为人肇事所致；如果属医疗单位抢救不及时或抢救不当，以及系诱发其它内在疾病复发而死亡的，则不能认定行为人肇事直接所致。二是财产损失的证据，首先对事故造成财产损失的计算应有确实科学的证据。对案件中原有财产损失的证据材料，切忌简单，照抄照用，必须认真进行逐一审查判断，必要时需请有关部分和专门知识人员进行测定和核算，如车辆的损坏，是部分毁损尚可修复的，还是确系全部毁损无法修复的，应当实地查看验证。其次，对人员受伤需住院治疗的经济损失，不能仅看被害人或其家属提供的证明单据，应去医院亲自收集查阅伤者住院治疗方面的证据材料，诸如伤者入院的伤势，治疗用药及误工、护理情况等。再次，只能计算事故造成的直接财产损失，对于因交通肇事造成的间接经济损失，一般不能作为财产损失的因素考虑，只有认真地审查判断以上两类证据，才能准确地确定被告人所造成的后果和危害程度，使定罪量刑建筑在可靠的基础上。

(2) 证明被告人违章责任和过失责任的证据。

查明被告人在事故发生中的责任，这是正确处理交通肇事案件的前提，同时也是确定被告人是否构成犯罪的关键问题，只有交通事故完全由于交通运输人员违反规章制度造成的，肇事者才负完全的刑事责任；如果它是交通运输人员和被害人双方的过失造成的，对交通运输人员则应根据案件的具体情况，酌情处理，如果交通事故完全是由于被害人的过失或故意造成的，其后果应完全由被害人自己负责，交通运输人员不构成犯罪，不负刑事责任，所以，对证明被告人责任的证据审查，主要是“二查”：一是查被告人有无违反规章制度，一般来说，在侦查阶段，公安交警部门都会对被告人的责任作出结论，但审判人员仍应根据案件事实和证据材料，对照道路交通规则规定，审查被告人是否无证驾车或酒后开车，是否超速超载超宽行车或强行超车，是否车况不良，以及单位主管负责人或车主是否强令本单位人员或所雇人员违章驾车等，经审查

确定的，其责任鉴定结论才可引用，不确实的则应送主管上级部门重新鉴定，并按新鉴定结论办。例如，造成4人死亡、2人重伤的林某交通肇事案，原县公安交警大队责任鉴定结论是“林某在车辆交会时占线行驶，应负事故的主要责任”。经审查证据，现场目击者无一证人能证实被告人在“交会时占线行驶”，故不能认定被告人犯有交通肇事罪，只能退回原处理机关另行处理。二是查被告人主观上有无过失。交通肇事的被告人在违反规章制度上可能出于故意，如酒后开车，强行超车等。但他对于发生交通肇事的严重后果则是过失的，即他未预见到可能发生严重后果，或者虽然预见，但轻信可以避免，以致发生了严重的后果，审查被告人主观上有无过失，首先是看行为人对当时出现的情况能不能预见，如果不能预见，如行人突然违章在快车道上快跑，横穿马路等，或者不能抗拒，如山崩、地震、洪水等，则都不能认定被告人存在过失的罪过，因而不能认为是犯罪，更不能追究行为人的刑事责任。其次是看被告人交待的主观心理状态与整个案情事实和证据吻合，是否符合当时当地的客观事实情况，这样得出的结论是有据可查，认定是确实可靠的。

(3) 证明事故发生过程的证据。

我们在审理交通肇事案件时应重视对这些能证明事故发生过程的证据的审查。首先审查事故发生的时间，是白天还是晚上，当时的天气是晴天还是刮风下雨雪，以及事故发生地的地理环境和当时道路路面情况等，可使我们从被告人处于不同的能见度和不同的地形条件下，看出其遵守有关交通规则的情况，是正确自觉遵守，还是麻痹大意，是不是该作为而不作的，因而发生了交通事故。其次，事故发生时肇事方和被害方所处的方向位置，以及事故发生后路面遗留痕迹的情况，可使我们从中分析判断出被告人在事故发生前，面对“险情”所采取的处置措施是否得当正确，以及其本人的技术水平和所驾驶车辆的机械性能是否良好等。最后，事故发生后，被告人是积极抢救伤员，或主动投案自首，还是毁坏罪证，逃之夭夭等。总之，我们在审理交通肇事案件时，对于能证明事故发生过程的证据，都要注意收集完整，若公安、检察机关在侦查起诉阶段中，没有收集齐全的，又涉及到定案量刑的重要事实情节的，只可退检补查，如是一般的事实情节，则可自行补充调查，同时要认真分析审查，以达到全面真实地认定被告人肇事的完整事实经过。

(4) 证明犯罪情节的证据。

审判实践中，每个交通肇事案件的犯罪情节是各不相同的。要严格依法审理好每起交通肇事案件，必须根据不同的犯罪情节，全面分析案情，才能正确量刑，处罚得当。因此，我们在审理交通肇事案件时，要注意对证明被告人犯

罪情节证据的审查。比如，被告人所造成的人身伤亡情况，财产损失大小；犯罪前的表现，是一贯还是偶尔违反规章制度，犯罪后的态度，是破坏现场，畏罪潜逃，还是保护现场，积极抢救伤亡人员；以及是否投案自首等。对于证明这些不同犯罪情节的证据，都应进行客观辩证的审查核实，使之认定有据，否定有理。

3. 交通肇事案件分类证据的审查判断

(1) 现场勘查笔录和鉴定结论。

我们在审查时，首先要审查现场勘查笔录是当场所作，还是事后根据证言补做的，其次是审查勘查笔录的内容是否真实客观，审查鉴定结论是否科学正确，审查可通过实地查看或模拟试验验证，与证人证言比对，以及与当时的路况、天气情况和其他证据印证等方法进行。经审查正确无误的，方可作为定案的证据，有误的应予纠正，不当的则应予否定，并重新进行鉴定。如朱某交通肇事上诉案。原审认定被告人判断错误，将卡车驶入逆行道，撞倒张某骑的自行车，致张当场死亡，张某之子严重颅脑损伤，事故责任鉴定书确定被告人朱某负全部责任，判决后，朱以“死者酒后骑自行车带其子在路中行驶负有责任”为由提出上诉。二审审理，经复看现场，提审被告人，调查证人发现原勘查笔录却错误地将汽车出事后刹车后停下的位置即事故的第二现场作为肇事现场，所以原鉴定结论认定被告人“将车驶入逆行道”致二人场亡，应负事故主要责任不当，为此二审重新鉴定否定了原鉴定，为依法改判提供了科学依据。

(2) 证人证言和证物。

交通肇事案件除个别在深晚偏僻处发生的以外，大都均有目击者在场，所以审理这类案件证人证言具有重要作用，审查证人证言，首先要查清该证人证言的来源，是来源于证人的直接感知，亲眼目睹，还是来源于间接得知，听别人转述才知道的。其次，即使是直接感知的证人证言，还要将它与其他证据联系起来，系统分析，若能互相印证，则充分证明其有足够的证明作用，将其作为证据使用就确实可靠了。对于物证则审查提供的是不是原件原物，如肇事汽车不合格的零部件，伪造的驾驶执照等，并应审查其与案件事实是否存在内在的因果联系，而后经有关人员辨证确定，方可作为定案的物证使用。如李某某交通肇事案，李驾驶制动不合格的大货车，因未集中精力驾驶，遇事又处理不当，致车偏离快车道，致2人死亡，3人轻微伤的重大交通事故，李对本案事实供认不讳，但辩解说事故是为紧急避开另一行人所造成的，属于意外事件，汽车是自己突然转入非机动车道的，但证人何某证实此时公路上没有行人，经实地验证，何某的证实是可信的，且与其他证据相吻合，据此，认定被告人构

成交通肇事罪。

(3) 被害人的陈述。

交通肇事案件的被害人，常因遭受伤势比较严重，或因精神遭受刺激，而可能难于正确表达。因此，除要求收集被害人陈述要及时和适时外，审查其陈述应做到全面客观，防止忽略其未陈述到或陈述含糊的事实情节。在具体审查时应重点审查其陈述的可靠性、真实性，对事实经过部分，可通过与其他证据相对照的方法，检验其是否真实可靠，一般来说，能得到其他证据印证的陈述是可靠的，反之，应比较分析研究其不一致的原因，能根据其他直接或间接证据合理解释的，亦应认定，不能排除矛盾的陈述就不能认定。对有关财产遭受损失的陈述，必须经过有关专门技术人员的测定和核算。对被害人的伤势程度，应有法医鉴定结论证实，不能仅据被害人陈述认定。

总之，交通肇事案件与其他刑事案件相比，有其自身的特殊性，在审查运用证据方面也不尽相同。笔者认为，只要从以上几个方面入手，客观全面审查判断证据，并综合分析全案情况，一般能做到对被告人正确定罪科刑，审理好交通肇事案件。

二、破坏社会主义市场经济秩序案件证据的审查与运用

(一) 走私案件证据的审查与运用

关于走私罪的概念和特征，法学界有多种见解，但司法实践中，常取的走私罪的概念，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止、限制进出口或者依法应当缴纳关税而偷逃关税的货物、物品进出国(边)境的走私活动，破坏国家对外贸易管理，情节严重的行为。从这一概念中可以得出走私罪的主要特征是：第一，侵犯的客体是国家的对外贸易管理制度。这是该罪的本质特征。第二，在客观方面，行为人必须具有走私的行为，即违反国家海关法规，逃避国家海关的监管、检查，非法进行危害国计民生的走私活动。第三，主观方面必须都是直接故意。至于是否要以营利为目的，则要具体分析，不能一概而论。以上走私罪的概念及特征带来了证明走私罪构成的证据上的四个特征：

第一，走私罪的客观行为具有多样性的特点，与其相对应，证明客观行为的证据的收集、审查与运用较为复杂。如走私行为从种类上看有运输、携带、邮寄、收购、贩卖等以及对上述行为提供资助、帮助的行为；从实施方式看，这些行为有的以暴力甚至武装方式实施，有的以非暴力方式实施。客观行为的多样性特点，决定了我们在证明这些行为时，应根据不同的情况收集、审查与

运用证据。

第二，走私罪的物证较丰富，有重要的证明作用。物证主要有走私物品和作案工具两大类。走私物大至武器弹药、机械成品或零部件，小至金银物品或者货币、家电、药材、鸦片、文物、音像制品、图片、书刊等无所不包。作案工具主要有交通工具、伪装走私物的工具及有关通讯设备、武器装备等。这些物品都是有形的物证，对证明走私内容及走私的行为有重要的作用。一般说来，只有言词性证据，没有物证很难定案。

第三，走私罪侵犯的客体是海关法规所规定的国家外贸管理制度。构成走私罪的行为，必须是海关法规禁止的行为，所以证明被告人的行为是否构成走私罪的证据必须与海关法规相联系，海关法规是前置条件。因为走私罪能否成立，它必须依附于海关法规，即走私行为是否违反海关法规对进出口的禁止、限制性规定或对外贸金融和关税的统管规定。

第四，反映走私犯罪情节严重程度的证据对定案有极其重要的意义。构成走私罪必须是违反海关法规，情节严重的行为。走私行为的这种量状规定，要求我们在定案时必须要有相应的准确证明这一量状的证据，否则我们就无法认定这一行为是一般违法行为还是犯罪行为，以及罪行的轻重程度如何。

根据上述走私罪证据特点，审理此类案件时在证据方面必须把握以下四个重要环节：

1. 审查证明被告人走私方式的证据

走私的方式尽管多种多样，但概括起来可分四种：

第一种是绕关的走私行为。也就是不经过国家的海关或者边境哨卡检查站，在没有海关或者边卡检查站的边境线上，非法进出国（边）境进行走私活动，逃避海关或者边卡检查站的监管、检查。这种行为不仅仅是走私的行为，同时也是偷越国（边）境的行为。因此，绕关的走私行为比通关的走私行为具有更大的社会危害性。审理此类案件要着重审查证明被告人绕关行为的证据，尤其是证明被告人绕关走私地点、路线的证据必须审查清楚。证明这种行为的证据主要有：绕关走私的物证，抓获绕关走私犯的证人证言以及被告人的供述等。

第二种是通关的走私行为。也就是进出国（边）境有合法手续，经过海关进出，但同时采取假报、伪装、藏匿等欺骗的手段，瞒过海关的监管、检查，进行偷运、偷带或非法邮寄的走私活动。审理此类走私案件应着重审查证明被告人假报、伪装、藏匿行为和偷运、偷带、非法邮寄行为的证据。主要有书证（如假报单等）、物证（包括走私物品和伪装、藏匿的工具等）、被告人的供述

等。

第三种是后续的走私行为。也就是进口的货物或者物品是合法的，但进口以后违反批准进口时的规定，擅自非法把保税的货物在境内销售牟利或者把减、免关税的货物、物品在特定的用途、地区、企事业单位等范围以外销售牟利，逃避了海关的监管，偷逃了关税，而转变为走私行为。审查这种行为的证据主要是非法销售的证据。

第四种是准走私行为。也就是不属于直接进出国（边）境的走私行为，而是间接的走私行为。行为人虽然并不直接进行绕关或者通关、后续的走私活动，但他直接向走私人非法收购走私进口的货物、物品，或者在内海、领海非法收购、贩卖、运输国家禁止或者限制进出口的货物、物品，或者与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、账号、发票、证明以及运输、保管、邮寄等方便，为走私罪犯服务牟利，实际上是走私行为的延续或者是走私的共犯，所以，均以走私论罪。审查这种行为的证据主要要审查证明非法收购、贩卖、运输、保管、邮寄走私物行为的物证，帮助走私犯提供发票、证明的书证等。

2. 审查证明走私行为违反海关法规的证据

违反海关法规，逃避海关监管，这是构成走私罪在客观方面的两个必要的前提条件。根据海关法和全国人大常委会关于惩治走私罪的补充规定，审查被告人的行为是否违反海关法规主要应做好以下几方面的工作：

（1）审查证明被告人走私禁止物、限制物的证据，着重审查走私物品是否为禁止物、限制物。凡未经国务院或者国务院授权的部门批准，不经过设关的海关或者边卡检查站，或者虽通过海关或边卡检查站，但采取欺骗手段逃避监管、检查，非法运输、携带国家禁止进出口的物品的，或者非法运输、收购、贩卖国家限制进出口的鸦片等毒品、武器、弹药、伪造的货币、非珍贵的文物、珍贵野生动物及其制品、金银和其他贵重金属及其制品、珠宝、有价证券等物品和国家禁止进出口的其他物品，或者以牟利、传播为目的，非法运输、携带国家禁止进口的淫秽的影片、录像带、录音带、图书、书刊或者其他淫秽物品，都是走私禁止物的行为。凡以牟利为目的，非法运输、携带国家限制（限进、限出、限量、限值）进出口的货物、物品（如贵重药材、汽车、钢材、冰箱、彩电等），都是走私限制物的行为。证明走私物品是否为禁止物或限制物的证据主要有物证（走私物品本身）以及有关的证明走私物情况的书证、鉴定结论等。

（2）审查证明被告人违反海关法规进行其他走私活动的证据。这些违反海关法规的走私活动包括：①未经国务院批准或者海关许可并补缴关税，擅自将

特准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零部件、制成品、设备等保税货物或者其他海关监管货物、进境的境外运输工具等，非法在境内销售牟利。②假借捐赠名义进口货物、物品，或者擅自将减税、免税进口的捐赠货物、物品或者其他特定减税、免税进口用于特定企业、特定地区、特定用途的货物、物品，非法在境内销售牟利。③直接向走私人非法收购国家禁止进口的物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的。④在内海、领海非法运输、收购、贩卖国家禁止进出口的货物、物品，数额较大，没有合法证明的。⑤与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、账号、发票、证明或者提供运输、保管、邮寄和其他方便，构成共犯的。证明这些行为的证据有物证、书证、证人证言、被告人供述等，对这些证据应认真审查。

3. 审查证明走私罪主观故意的证据

走私罪在主观方面必须是直接故意，过失的行为不构成走私罪。如果行为人确实没有走私的故意，但却有某种违反海关法规、违背海关监管的行为，则不属于走私罪的行为，一般是由于不懂海关监管规定或者疏忽大意而该报未报或漏报、错报的过失造成的，应由海关依照海关法及其实施细则的有关规定作行政处理。此外要注意不要把不知情、被人利用的人也作为共犯处理。至于构成走私罪是否必须具有牟利的目的，不能一概而论，要根据有关法律规定，针对不同的走私犯罪行为而具体对待，对必须以营利为目的的走私犯罪，要着重审查证明被告人有牟利目的的证据。例如，走私淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊和其他淫秽物品的，行为人在主观方面不仅须是出于故意，而且还必须具有“牟利或者传播”的犯罪目的，才构成走私罪。单纯是为了个人欣赏或者留作纪念的少量图片、书籍、刊物等淫秽物品的，不属于走私罪的行为，而是一般走私行为或者违反海关监管规定的行为，应由海关依照海关监管规定处理，不应以犯罪论处。因此，对证明其牟利或传播目的的证据要认真审查。

4. 审查证明走私行为“情节严重”的证据

走私行为是否达到“情节严重”，一般应从犯罪的手段、实施的次数、后果、数额上加以量化，根据量的多少来定罪与非罪。但也有的走私行为不分量的多少，一律定罪。

(1) 以走私物种确定量。凡违反海关法规，逃避海关监管，故意走私国家禁止进出口的鸦片等毒品、武器、弹药、伪造的货币、非珍贵的文物、珍贵动物及其制品、黄金和白银以及其他贵重金属等物品的，以及直接向走私人收购国家禁止进口物品或者与走私罪犯通谋，为走私国家禁止进出口的物品的走私

罪犯提供贷款、资金、账号、证明或者为其提供运输、保管、邮寄等方便的，不论是出于何种目的，也不论走私物品的价值数额大小，都是走私罪的行为，达到了“情节严重”，应当依法追究刑事责任。

凡是出于牟利或者传播的目的而故意走私国家禁止进出口的淫秽的影片、录像录、录音带、图片、书刊和其他淫秽物品的，或者直接向走私人收购这些淫秽物品的，或者为走私这些淫秽物品的罪犯提供贷款、资金、账号、证明和提供运输、保管、邮寄方便的，也都不论走私价值数额大小，都是走私罪的行为，达到了“情节严重”，应当依法追究刑事责任。证明这种量状的证据主要是物证，即走私物品本身，应着重审查。

(2) 以走私数额确定量。走私上述国家禁止进出口的货物、物品和淫秽物品以外的其他货物、物品，包括走私国家限制进出口的货物和国家虽不限制进出口但应依法缴纳关税的货物、物品的，以及擅自把特准保税进口的货物或特定减税、免税进口的货物、物品在境内非法销售牟利的，或者直接向走私人非法收购国家禁止进口的物品和其他走私进口的货物、物品的，或者在内海、领海运输、收购、贩卖国家限制进出口的货物、物品的，都必须是走私的价值数额达到较大以上的，才属于构成犯罪的走私行为。也就是说，走私数额较大，是这几种走私行为构成犯罪的必要条件，走私价值数额较小的，不属于走私罪的行为，而是一般的走私行为，不能以走私罪论处，应由海关依法予以行政处罚。

数额较大的起点标准，应当依照全国人大常委会关于惩治走私罪的补充规定所规定的统一起点标准执行，即：个人走私数额较大的起点标准为人民币2万元；机关、团体和企事业单位走私的，以数额特别巨大为追究刑事责任的必要条件。数额特别巨大的起点标准为人民币30万元。只有达到这些数额的走私行为，才是数额较大或者特别巨大而构成走私罪的行为，达到“情节严重”的程度，否则就不构成走私罪。对这类罪应着重审查证明走私物数量（价值）的证据，包括物证、书证、证人证言、被告人供述等。

(3) 以走私形式确定量。对以武装掩护走私、聚众持械拒捕或者抢走被扣物资或走私罪犯等手段特别恶劣或者后果特别严重的犯罪分子，不论其走私的价值数额多少，是否达到较大的标准，均应视为“情节特别严重”，以走私犯罪论定。这里关键要审查证明武装等暴力行为的证据，主要有物证（武器装备）、证人证言、被告人口供等。

（二）偷税抗税案件证据的审查与运用

偷税抗税案件的证据，是司法人员依照法定程序收集的用以确定偷税抗税

犯罪事实是否存在，被告人是否构成犯罪和罪责轻重的一切事实。从证据上认定偷税抗税罪的成立需要对纳税人在生产、经营、纳税等环节上的各种证据材料进行综合的审查。

1. 偷税抗税案件证据的特点

(1) 书证比较突出。

偷税抗税案件的书证比较广泛，尤其是偷税案件的书证在证据中占有很大比例。有证明纳税主体性质方面的书证；有证明纳税主体生产、经营情况方面的书证；有证明纳税主体纳税情况的书证。抗税案件中对税收征管人员造成人身伤害的还有医院病历等方面的书证。

(2) 税务机关所出具的证明材料的证明意义比较大。

税务机关直接负责对纳税主体的纳税工作，他们掌握纳税主体生产、经营、纳税等方面最原始、最广泛的证明材料。主要包括：证明纳税主体性质的材料；证明纳税主体生产、经营范围的材料；证明纳税主体应纳税款、税率的证明材料；证明纳税主体具有减税、免税条件的证明材料。这些证明材料的证明意义比较大，一是因为大多数证明材料本身就是国家立法机关、行政机关制定的法律、法规、规章，二是因为这类证明材料大多是国家税务机关依法收集的，直接来源于案发当时当地，比较客观，真实。

(3) 暴力抗税案件的证人证言比较多。

暴力抗税案件是在税务人员依法执行收税公务过程中遭纳税主体抗拒而发生的。这类案件的证人证言比较多，一般来讲，商品生产、经营者都不是在偏僻处进行单独的生产、经营。就纳税机关而言，除非特殊情况也不会在深更半夜去向纳税人征税。因此，一旦发生暴力抗税案件，会有许多人“耳闻目睹”，这里面可能有抗税人以外的纳税主体中其他人员，也可能有毗邻的商品生产者、经营者或周围的群众，因此，全面收集并认真审查各种证人证言，有利于暴力抗税案件的正确审理。

2. 偷税抗税案件必备证据的审查

(1) 偷税抗税案件主体认定方面的证据审查。

偷税、抗税罪的主体是比较广泛的。传统的观点认为：偷税、抗税罪的主体有两种，一是具有纳税义务的公民；二是具有纳税义务的企事业单位的直接责任人员。近年来，随着大量经济联合体的出现，各种承包生产、经营的产生，使得纳税主体的范围不断扩大。尽管在具体的偷税、抗税案件中，纳税主体并不一定就是偷税、抗税罪的主体，但有一点是可以肯定，这就是纳税主体范围的扩大，偷税罪、抗税罪的主体范围也必然随之扩大。

偷税罪主体性质认定方面的证据审查，主要从以下几个方面进行：

第一、认真审查允许纳税人从事生产、经营的上级机关批文，有权机关认定其是什么性质就是什么性质，如工商行政管理机关核发的营业执照上所记载的纳税人的性质、经营形式、经营范围。以此为证，对个体、企事业单位的主体性质不难判断。但那些经济联合体及承包生产、经营的纳税人一旦实施了偷税犯罪行为，对其主体性质的认定就不那么简单了。目前的经济联合体有两大类，一类是个人合伙的组织，另一类是企事业单位联营组织，联营组织本身又可分为“法人型”联营和“合伙型”联营两种。尽管他们都领有营业执照，但他们从事生产、经营、纳税等项活动，大多是按照他们的合伙协议或联营章程进行的。且不论这些协议、章程本身是否合法，是否完备，就是他们都遵守协议、章程，单凭营业执照也不容易判断出谁是真正的纳税人，更何况他们不如企事业单位那么稳定、那么规范。他们随时随地都可以解体，有的虽没有解体但也是“名存实亡”。这就要求我们注意收集并认真审查多方面的证据，一方面要查清商品生产、经营各个环节上的纳税人；另一方面要查清偷税环节，偷税的各种情节及其责任人，对偷税的主体进行实事求是的认定。关于承包生产、经营者犯偷税罪其主体认定问题应以承包合同为依据，分清承包方发包方的责任，谁直接实施偷税犯罪行为，谁就是偷税罪的主体。

第二，审查纳税人在生产、经营过程中的活动是否与核发的营业执照相一致。一般来讲，工商部门核发的营业执照登记的内容反映了纳税人生产、经营情况。由于目前仍有相当一部分人对税收意义认识不足，税法观念淡薄，加之税收管理科学化、法制化程度与经济发展还不完全相适应，偷税形式复杂多样，有些个体工商户虽挂有集体的招牌，但实为个体经营，大肆进行偷税犯罪活动，这就要求我们在审查犯罪主体时，留心各种证据，综合分析，准确认定犯罪主体的性质。另外我们还可以请工商行政管理机关介绍企业所有制性质情况，为我们准确判断偷税犯罪的主体性质提供可靠的依据。

第三，要分清偷税罪主体与纳税主体的关系，纳税主体实施了偷税犯罪，其直接责任人就成为偷税罪的主体，偷税主体一定是纳税主体或纳税主体的成员。因此，具体审查判断偷税犯罪主体时，应着重从下列两个方面着手：①看证明纳税人具有偷税行为并达到“情节严重”程度的证据是否充足；②看证明纳税人及直接责任人的责任分担方面的证据是否充足，在这方面要按照“罪责自负”的原则，谁直接实施了偷税犯罪，谁就是偷税罪的主体，谁就要承担刑事责任。

抗税罪的主体和偷税罪的主体一样，可以是具有纳税义务的一般公民，也

可以是国营、合营、私营、联营的企业、事业单位和经济组织的主管人员、直接责任人员。在法律上不具有纳税义务的人和单位不能成为抗税罪的主体。审查抗税罪主体认定方面的证据，除前面所讲到和审查偷税罪主体认定一样的方法以外，还要着重注意一个问题：就是要弄清是纳税人、直接责任人还是案外人实施了抗拒纳税的行为。纳税人、直接责任人只要实施了抗拒纳税行为且达到"情节严重"程度，就可以认定其为抗税罪的主体，这是毫无疑问的。问题是那些案外人，如纳税人或直接责任人的下属成员、亲戚、朋友帮助纳税人抗拒交纳税款，他们或是口头起哄，或是围攻、殴打税收人员，或是采取其他暴力、威胁的方法阻碍税务人员依法收税，对这些人能不能按抗税罪处理。我们认为不能一概而论，要分别情况分别处理。对纳税人或直接责任人不明知或即使明知但没有唆使案外人帮助其实施抗拒纳税行为的，对行为者具体怎么处理，依其行为性质而定。对纳税人或直接责任人唆使行为人实施抗拒纳税行为的，根据共同犯罪的一般原理，构成抗税罪的共犯。显而易见，这种情节下，纳税人、直接责任人及受其唆使的行为实施者均是抗税罪的主体。审查这方面的证据，主要是看纳税人、直接责任人有没有唆使行为人实施抗拒行为，是怎么唆使的，证据是否充分。

(2) 偷税抗税案件被告人主观故意方面的证据审查。

偷税罪、抗税罪成立的主观要件是纳税主体在主观上必须具有偷抗税的直接故意，间接故意或过失不能构成这两种犯罪。审查纳税主体是否具有偷抗税的直接故意，首先要明确纳税主体主观故意的内容，一般讲应包括以下几个方面的内容：①纳税主体对自己从事生产、经营等活动所纳税种、税率应明确知晓。②纳税主体对自己的纳税期限应明确知晓，纳税期限包括法定期限和税务机关及其税收征管人员对纳税主体的约定期限两种。③纳税主体超过纳税期限不向税务机关及其税收征管人员交纳税款的心理状态。这种心理状态往往是通过纳税主体的言行表现出来。如，不向税务机关如实申报营业额、采取虚假手段欺骗税务机关。抗税罪主体还表现出以暴力的行为或威胁的言词对抗税收征管人员，企图达到逃避应纳税款的目的。证明这些行为的证据也可证明被告人的主观故意。对证明主观故意的证据具体审查的方法可从两个方面着手：一是看证明纳税主体故意逃避应纳税款的证据是否充分。这里讲的充分不是简单量的相加，而是指反映纳税主体偷、抗税故意形成过程中各个环节、各个方面的证据都必须完备，包括证明被告人偷税、抗税金额明知程度方面的证据。二是看纳税主体供述的主观故意与其他证据是否相吻合，是否相互印证。尽管按刑诉法的规定被告人不供述，其他证据充分的，可以认定被告人有罪和处以刑

罚，但我们也要防止客观归罪。要认真听取和分析被告人关于主观故意的辩解，消除疑点，解决矛盾，促使被告人在确凿的证据面前认罪服法。

(3) 偷税、抗税案件客观行为方面的证据审查。

偷税罪、抗税罪在客观行为方面有相同之处，也有不同之处。相同之处是指在违反国家税收法规是一致的。不同之处是指逃税行为方式不同。偷税罪，是采取隐瞒、欺骗的方式，逃避应履行的纳税义务，例如，有的是在资金运营上，不建明账或者另立黑账，转移偷逃资金或者原料、材料，进行账外经营，有的伪造、涂改、销毁经营账册、原始凭证、票据等等。其中，不同行业的税种还各有不同的偷税方法。如对营业税，有的采取少报营业额，多报工资和计费支出；明账销、暗账记或者不记账搞账外经营等方法偷逃应纳税。抗税罪是采取公然抗拒的方式，拒不履行税收法规定的纳税义务。抗税的具体方法也是多种多样的。如，有的以各种不能成立的理由为借口，对税务机关的纳税通知进行抵制，拒不缴纳应纳税款；有的不仅抗拒缴纳应纳税款、罚款，而且聚众哄闹，威胁税务机关，围攻、辱骂、殴打税务人员。

审查偷税、抗税案件客观行为方面的证据就是从前面所讲两个方面着手：一是看纳税人、直接责任人违反了哪一种税收法规，该法规规定了纳税人哪几种税、税率是多少。法律是指全国人民代表大会及其常务委员会依照立法程序制定和颁布的规范性文件。行政法规是指国务院依法制定和颁布的规范性文件，地方性法规是指省、直辖市人民代表大会及其常务委员会制定和颁布的与宪法、法律行政法规不相抵触的，实施于本地区的规范性文件。国家工商局、税务总局根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，发布的有关税收问题的规章，对纳税人同样具有法律约束力，纳税人不得违反。除此之外，地方人民政府制定的有关税收或附征费方面的文件，虽对纳税人有一定的约束力，但纳税人违反了不能按偷税、抗税处理，只能以其他方法处理。二是看证明纳税人、直接责任人实施偷税、抗税行为的证据是否充分，这方面的证据很多，主要是书证、证人证言。我们审查这方面的证据主要看这些证据与案件事实有无联系，能否证明被告人实施了偷税、抗税行为。在客观行为的证据审查方面，要注意区分证明偷税行为与抗税行为及偷税行为与漏税行为、欠税行为的证据。偷税与抗税不难区分，但偷税与漏税、欠税有时却不易区分。偷税是指纳税单位和个人有意违反税收法规，用欺骗、隐瞒等方法逃避纳税的违法行为。漏税是指纳税单位和个人属于无意识而发生的漏税或少缴税款的行为。欠税是指纳税单位和个人超过税务机关核定的纳税期限，没有按时纳税，拖欠税款的行为。区分偷税与漏税、欠税，主要看两个方面：一是看纳税人或直接责任人

主观认识情况，是愿意交纳还是不愿意交纳，二是看纳税人或直接责任人在纳税之前有无如实向税务机关或税务专管人员申报生产、经营等方面的情况。纳税人或直接责任人主观上不愿意交纳，客观上又未如实申报，就是偷税。纳税人或直接责任人属无意识而发生的漏缴或少缴税款行为，就是漏税。纳税人或直接责任人主观上愿意交纳并作了如实申报，由于其他原因未按期交纳，就是欠税。对抗税行为的证据审查除审查证明被告人实施了抗拒行为及实施的具体方法方面的证据以外，还要注意两点：①要注意证明抗拒行为起因的证据的审查。弄清楚抗拒是因为税务人员违法收税引起的，还是纳税人或直接责任人目无法纪，为逃避税收引起的等等。②要注意对证明抗拒行为严重程度的证据的审查。弄清是一般的与税务人员争吵、纠缠，还是对税务人员进行谩骂、侮辱，甚至大打出手。只有对这些证据进行认真的审查判断，才能分清罪与非罪、此罪与彼罪的界限。

3. 对偷税抗税案件几类主要证据的审查

(1) 偷税抗税案件书证的审查。

偷税抗税案件的书证，一般反映了纳税人在生产、经营、纳税等各个阶段、环节上的情况。因此，全面收集各种书证并对之进行逐一的审查判断，对偷税抗税案件的准确定性和量刑起着十分重要的作用。偷税抗税案件的书证，大致可分为三类：一是证明纳税人生产经营情况的书证；二是证明纳税人缴纳税款情况的书证；三是证明纳税人应纳税种、税率情况的书证。

第一，对证明纳税人生产、经营情况的书证的审查。

这种书证又包括两个方面，一方面是有权机关批准纳税人从事生产、经营的各种批文、执照、许可证等；另一方面是能反映经营、生产实际情况的各种账册、单据、盘点记录等。如以从事商品经营的纳税人为例，反映其经营情况的书证有进货发票、销货发票、银行汇款手续、纳税手续等。我们审查纳税人或直接责任人是否偷税，在书证的审查方面就要看有关手续是否齐全、是否合法，是否弄虚作假。这里特别要注意的是，有些个体经营户（包括个别企事业单位）没有单据存根，这就要依靠其他证据、依靠有关法律规定，实事求是地加以认定。仍以商业经营为例，对说不清或不提供商品来源手续的，一方面进行清仓盘存现有商品，另一方面通过被告人供述、证人证言等线索，搞清进货单位或个人，查证进货情况。对提供不出书证证明销货金额、营业利润的，除有稳定的旁证证实以外，一律按商品的性质加国家规定的总毛利润进行计算。如经营五金，电器的一律加毛利 8% 计算销售金额。

第二，对证明纳税人交纳税款情况的书证的审查。

由于税收方法多种多样，有按生产、经营情况的定期查厂、查店纳税；有申报纳税；有定期定额纳税；还有代征、代扣、代缴纳税。因此，我们审查纳税人交纳税款情况的书证，也只能因人而异，因案而异。纳税人属哪一种税收形式，就审查哪一方面的证据。比如，在商业经营中，我们首先要审查进货发票的性质、金额、真伪，然后要审查销售情况的书证，如记账凭证、销售发票、销售盘点表等。在表明其实际销售金额的基础上，看其纳税票据是否齐全、票据金额与实际应纳税款是否吻合，相吻合就没有偷税，不吻合就应视其他证据情况分别定为偷税、漏税、欠税。当然，要当清是偷税还是漏税、欠税，除了审查必要的书证以外，还要综合证人证言及其他旁证进行判断。

第三，对证明纳税人应缴纳税种及其税率的书证的审查。

纳税人应纳税种及税率应视其性质、生产经营的形式、品种等情况而定。就其性质而言，全民所有制企业与集体所有制企业不同，集体所有制企业与个体不同，残废人福利企业与一般企业不同等。就其形式而言，商品生产与运输、销售的税种、税率均不同。就某一系统本身而言，纳税情况也不尽相同。如商品批发与商品零售，它的税种、税率就不相同。因此，我们审理偷税案件，最关键一条就是弄清该纳税人应纳哪几种税、税率分别是多少，然后才能计算出偷税数额。以零售五金交电的商品经营为例，根据有关税收法律、法规规定，固定的税有营业税、城建税，其中营业税率为3%（见《中华人民共和国营业税条例》），城建税以纳税人定期缴纳的营业税为计税依据与营业税同时缴纳。纳税人所在地在市区的，税率为7%，纳税人所在地在县城镇的，税率为5%，司法实践中，有些人把某些收费与税混为一谈，这是不对的。如有些地方税务机关根据当地政府的文件规定，在征收税的同时，还征收地方事业发展基金、教育费附加等，这些都不是税，而是费。纳税人没有缴纳教育费附加的，不能按偷税处理。抗税罪的书证审查主要是看有没有足够证据证明纳税人或直接责任人具有纳税义务，并证明其抗拒交纳是非法的。

(2) 偷税抗税案件证人证言的审查。

证人证言在偷税抗税案件中的证明作用也非同一般。尤其在缺乏必要的书证或书证自相矛盾、内容不清、被告人矢口否认的情况下，证人证言能帮助我们查清事实真相。证人证言按证人的身份来划分，可分为两类：一类是与纳税人生产、经营活动有联系的利害关系人的证言，如商品经营中进货、销售单位或个人的证言，纳税单位内部成员对生产、经营活动所作的证言等。还有一类就是税收机关从事征税工作人员所作的证言，如税务专管人员的证言，代征、代收、代扣税款人员所作的证言等。这两类证人证言的共同特点是：证人对纳

税人的情况比较熟悉，反映的问题一般都作为直接证据。但由于证人身份的特殊性和作出证言的时间不同，又使得这两类证人证言难免有差错。第一，证人的记忆力有限，要证人把已经过去一段时间的纳税人的生产、经营的情况说清楚，这是不可能的，也是不现实的。第二，证人所作的证言随意性比较大，带有很强的主观性。如要查清一个体商品经营者的偷税问题，提供货源的单位或个人出于种种目的，往往轻描淡写，掩盖事实真相。再者，税收人员所作的证言一般也不会违反本单位或委托单位就纳税人违法性质的认定意见。因此我们有必要对这两类证人证言进行认真的审查。审查证人证言要从以下几个方面着手：一是看证人与纳税人是什么关系，有没有明显的倾向性；二是看证人证言与被告人供述、书证等证据是否有相吻合的地方，相吻合就要实事求是地加以认定，不能吻合的，要查清不吻合的原因，这种矛盾能否排除，如不能排除则不予认定；三是看证人证言收集是否合法，是税务机关自行收集的，还是司法机关自己收集的，对税务部门在查处偷税抗税案件期间收集的证据，只要经过查证属实就可以作为定案依据，不能以不是司法机关收集的为由，将其排斥在外。

当然，审查偷税抗税案件的证据不应限于前面所讲的几个方面，应视具体案情而定。本文所讲的是偷税抗税案件证据审查中比较普遍的几个问题。

三、侵犯公民人身权利、民主权利案件证据的审查与运用

（一）故意杀人案件证据的审查与运用

故意杀人罪是侵犯公民人身权利罪中最严重的犯罪，近年来发案率逐年上升，严重威胁着人民群众的生命安全和社会的稳定。鉴于这类案件危害的严重性和刑罚的严厉性，要求办案人员必须严格依法办案，尤其是对证据的审查与判断，必须慎之又慎、万无一失。

1. 故意杀人罪证据的一般特点

故意杀人罪，是指故意地非法剥夺他人生命的行为，行为人杀人的动机各不相同，杀人的手段也多种多样，但就证明犯罪的证据而言则具有共同的特点。(1) 在凶杀现场一般能收集大量物证，行为人为实现杀人的目的，一般都要借助于一定的工具、凶器，徒手杀人的情况是不多的，此外，在杀人时，行为人与被害人往往发生剧烈搏斗，因而在现场往往留有各种搏斗的痕迹、斑迹等物证，被害人如被杀死，则有尸体等物证。(2) 鉴定结论较多且具有较强的专业性和技术性，围绕现场情况及被害人伤情、尸体而形成的各类技术鉴定，为证明犯罪提供了有力的证据，但这些鉴定，是否客观准确，则要求办案人员

应具有一定的审查判断能力，以防“盲从”。(3) 证明被害对象的证据情况一般比较充分。尽管有的被害人已被残杀的面目全非，但是其身份，仍可通过其熟人的辨认、鉴定结论以及行为人的供述等得到证明。(4) 证人证言比较零散，缺乏完整性。由于行为人在杀人时，极少有目击者。因此，对杀人过程的证明，除被告人和未死亡的被害人陈述外，很少有完整地反映这一过程的证人证言。

2. 故意杀人罪有关必备证据的审查与判断

故意杀人案件证据的种类可能涉及到那些一般取决于案件事实本身，但在常见的故意杀人案件中，我们认为应对以下几个方面的证据予以重点审查：

(1) 对确定行为人的证据的审查与判断。

①确定被告人有无作案时间。这是确定被告人是否为凶手的关键证据。审查中应注意：a. 被告人在案发前后的活动情况，有无同伴、目击者等知情人证言的证实。b. 证明被告人在案发前后的活动时间有无间断，间断的原因和理由是什么？如认定被告人杀人时间正是间断时间则应根据作案的所需时间及被告人所具有的间断时间进行综合分析，以判断其是否有作案时间。

②确定被告人有无作案条件。被告人虽然具有作案时间，但还必须对其是否具备作案的其他条件进行认真审查，首先对用特殊方法的杀人案，要查清被告人是否具有实施这种特殊方法的技能和知识，如以爆炸、电击等方法杀人的，对使用普通手段的杀人案，要查清作案凶器的来源与下落及是否为被告人所拥有和使用。

③确定被告人有无进入作案现场。对这类证据的审查，重点是两个方面：一是证人证言被害人陈述或被告人供述。二是在现场提取的各种物证，诸如，凶器、被告人遗留或带走物品、手印、脚印、血迹、排泄物等等，还可根据被告人供述等，从现场以外搜集到与现场或案件有关的其他证据。第二类证据与被告人是否有关系，通常要靠各类科学技术手段予以鉴定。

④审查被告人身体上有无创伤，在暴力杀人案件中，还应审查被告人的身体上有无因被害人的反抗而造成的创伤，如抓痕、掐痕以及锐器、钝器创伤等等，被害人的口中、指甲缝中有无与被告人有关的物证。如血迹、毛发等。

(2) 对证明被告人主观心理状态证据的审查与判断。

①从杀人动机上审查，故意杀人的动机是多种多样的。如贪财杀人、报复杀人、奸情杀人、激愤杀人等等。通过对杀人动机的审查，即能查清杀人犯罪的原因，又可以揭示杀人的目的。从而为证明故意杀人提供有力证据，并为准确量刑奠定基础；杀人动机的产生与杀人原因有着密切的联系，在审查中要

“透过现象看本质”，即被告人交待的杀人原因是否真实，是否足以使其产生杀人动机。实践证明：一些被告人归案后，出于多种考虑，往往回避杀人的真正原因，给所定犯罪带来影响，对此必须查清。如李某杀父案，李供述杀人原因是其父不理家事，经深入调查，真正原因是其多次调戏并奸淫其妻。再如王某杀害幼童案，王供述杀人原因是在一年前为打扑克与幼童之父发生过口角，经反复调查取证，查明王某是为了绑架出卖幼童而杀人。

②通过对故意内容本身审查，确定被告人是否有杀人的犯罪故意。一般可以从两个方面入手：

第一审查被告人对自己行为会造成他人死亡的结果是否“明知”。首先，可根据被告人的年龄、生理、智力、职业、文化程度等方面的自身因素进行审查。如确定其是否“明知”。其次可根据被告人所持凶器的杀伤力、打击方向、现场条件以及被告人对此的识别能力等方面的因素进行审查，以确定其是否“明知”。

第二审查被告人对他人死亡结果的发生是否具有“希望或放任”的心理，对此一般可通过对证明被告人杀人行为的客观表现的分析。判断被告人是否具有非法剥夺他人生命的“故意”。被告人使用爆炸、投毒、枪击等手段杀人的，其杀人的故意是显而易见的，但在突发性的案件中，“一刀致死”、“一棍致死”的情况下，如何判断被告人是否具有“希望”或“放任”的故意，即是否故意杀人，则可以从三个方面对有关证据进行审查。首先，要看作案现场的环境条件。如场地的大小，能见度的强弱，在场人员的多少，以判断被告人是否具有故意杀人的环境条件；其次，要看被告人使用凶器的种类杀伤力以及使用某种凶器或工具时的力度，打击的部位和他人死亡的直接原因，以判断被告人是否具有故意杀人的客观行为；再次，要看被告人行凶后的态度，以判断其实施行为时的心理状态。

(3) 对证明被告人杀人行为与结果方面证据的审查与判断。

被告人为实现杀人目的，一般要有较为周密的预谋、准备过程。杀人时往往又会遭遇被害人的强烈反抗，留下较多物证，因而反映被告人的杀人行为与后果及其行为与后果之间因果关系的各种证据较多。既使是突出性的杀人案件，客观上也会留下很多证据，因而判断这些证据的真假虚实，对查清案情，准确定罪量刑具有重要意义。

①对证明现场情况证据的审查。对这方面证据，应着重从以下几个方面审查：(A) 现场位置。杀人现场在室内还是室外，在人群密集区，还是荒郊野外，这对确定案件的性质，被告人与死者之间的关系，杀人的原因以及确定凶

手都具有重要意义。(B) 现场中的尸体及与尸体有关的物证如痕迹、血迹、凶器及其他物品的位置。这类证据一般能反映出该现场是否为第一现场并能在一定程度上反映出加害与反抗的过程。(C) 对现场收集、提取的各类物证,要审查是否随卷移送,是否有应当鉴定而未鉴定的情况。此外,对现场情况的刑事摄影资料如有关尸体和物证等的照片要认真审查,杀人案件中的各种照片是最直接反映案件面目的证据,实践中发现,有时在照片中反映出的问题而在现场勘查笔录等记录材料中没有反映或表述不清的情况,其原因多出于现场勘查人员的疏忽。因此必须注意审查,以防遗漏重要证据。

②对证明尸体情况证据的审查。这是证明案件性质,反映案件重要特征的不可缺少的证据,首先,要审查尸体的损伤情况,何处是打击伤,何处是抵抗伤,何处是致命伤;是生前伤,还是死后伤,以及创伤是怎样形成的等等,尸表创伤不明显或不是以伤致死的,尤其要注意审查致死原因和死亡时间。其次,要审查尸体各部位有无斑迹、异物;以及与尸体相关的衣着情况和衣服口袋内的物品情况,对能够反映死者身份的特定标记、装束或其他物品要审查是否经有关人员的辨认,有无丢失。第三,对高度腐败、面目全非或已白骨化的尸体,应认真审查其年龄、性别、及其个人特征,必要时,应通过科学鉴定以确定人身识别是否准确,以防“张冠李戴”。最后,要认真审查判断鉴定结论,如形状与创伤的形状是否吻合,凶器的杀伤力是否足以致死人命,凶器上有无血迹、毛发或其他印迹,有无作鉴定,结论是否科学、可靠;凶器的来源是事先准备的,还是就便获取的,是本人的还是他人的。凶器是否经过被告人或其他有关人辨认。

③枪杀案件中,应重点审查枪弹的射入口射出口的典型特征,如是散弹则应审查创伤的分布情况。从射入口周围是否有火焰烧灼痕迹弹头出入口位置及弹道走向可以判断出罪犯及被害人当时所处的位置、距离、以及被害人是否自杀。对现场遗留的枪支或在其他场所提取的枪支要审查型号、性能与致死枪支是否一致,枪支上是否有印迹,是否有有关鉴定结论。此外,还应注意审查枪支弹药的来源。

④窒息致死的案件中,要针对有关造成窒息死亡的方法的证据加以认真审查。对绳勒致死的,要审查绳索与死者颈项部的索沟的形状是否相符、索沟形成是在生前还是在死后以及绳索的承受力。对吊缢致死的要细心审查索沟,这是尸体检验的核心内容,既要看结论与检验情况是否存在联系,又要看结论本身是否科学准确,对一些技术性、专业较强性的问题,应借助于咨询、查阅资料等方法核查清楚,对确有疑点又难以解决的问题,应请求水平高,鉴定手段

（设备）较齐全的部门进行重新鉴定。

⑤在多人持多种凶器参与行凶致一人或多人死亡的案件中，要十分谨慎，查清致死真正原因。审查中应注意：A. 本案所需证据是否已全部收集和提取，特别是凶器的数量、下落、来源是否查清；B. 各被告人在行凶中所持的凶器分别是什么种类；C. 各被告人在行凶中各处什么位置所起作用如何；D. 被告人与被害人发生冲突的原因，有无明显的主从犯；E. 凶器与创口的形状是否一致，是否有法医鉴定，死者的死亡原因是否清楚等等。

（4）对几种常见的杀人手段，涉及到的有关证据的审查与判断。

①一般杀人案件中，刀、锤、斧、石、棍是常见的杀人工具。审查中应注意：凶器的走向、重心、提空的位置以及吊挂着力点与尸体吊挂姿势、重量是否一致。如是堵塞口鼻，拒劲造成的窒息死亡，要注意尸体及被告人手、面部的损伤情况。

②中毒致死的案件中要注意审查毒物的种类，是否已被吸收，鉴定结论是否正确。对可能染有毒物的物品，是否已被提取，有无相应的科学鉴定结论。此外，还要审查毒物的来源。

③溺水致死的案件中，要看鉴定是否准确注意识别有无死后抛尸入水的可能，还应注意证明溺水的地点、水的深度等情况证据，判断是否存在足以造成溺水死亡的环境条件。

④故意杀人案件中，常有凶手为逃避惩罚而分尸、抛尸灭迹的情况，对这类案件应注意审查肢体，运送尸体的工具，缠裹、包装尸体的床单、纸张、被褥、麻袋、筐箱以及这些物品中反映其与物主关系的标记等等，对此都应注意审查、清点，不可忽视。

3. 正确对待故意杀人案件中被告人的供述与辩解。

作为故意杀人案件中的被告人，在案件审理受特定心态的压抑，因而其口供往往出现避重就轻、前后矛盾、时供时翻乃至拒不供认等情况，对此，审判人员应当本着重证据、重调查研究、不轻信口供的原则，认真分析被告人的口供，坚决摒弃主观臆断、盲目轻信口供，甚至把口供视为绝对证据的错误观念。

（1）对抵赖狡辩的口供，应首先在全面了解掌握案情和证据的基础上，分析其狡辩的原因和心态，抓住重点，运用确凿的证据，伴以政策攻心手段，堵住其退路。促使其面对现实，如实供述。至于那些“死猪不怕热水烫”的被告人，也不必强求其供认，只要其他证据确凿充分的，照样定案。

（2）对被告人供认不讳的陈述，首先要审查其口供在何种环境和条件下产

生的，有无诱供逼供或为追求所谓“好态度”，而不惜夸大事实的情况。其次要注意被告人有无“代人受过”的可能，特别是在多名被告人系亲友关系而共同杀人的案件中，更要慎重审查有无这种可能，此外，还应将口供与其他证据结合起来进行审查和判断，发现矛盾或疑点必须及时排除。

(3) 对被告人避重就轻、前后矛盾、时供时翻的口供，应从分析其心态入手，找准不敢供述的真实原因。实践证明，这类被告人一般无前科、主观恶性不深，杀人动机比较简单，犯罪后既恐惧又后悔。对此，审判人员应以教育启发为主导，指出其犯罪行为的危害性，打消其各种顾虑和幻想，引导其走坦白从宽的道路。对青少年被告人，必要时还可邀请其信赖的亲友、师长一并做思想教育工作，促使其认罪服法。此外，对被告人的辩解，不应一律视为狡辩，而要认真审查判断，合理的部分，应当采信。确属无理狡辩的，应以确凿的证据，晓之利害，而不要粗暴训斥，以势压人。

以上是我们对故意杀人案件证据审查与判断的粗浅认识。总之，故意杀人案件，关系到对人的生杀予夺，我们在审理中应以高度的责任感和慎之又慎的工作态度，认真审判好每一个案件，确保不放纵罪犯，不错杀无辜。

(二) 伤害案件证据的审查与运用

伤害案件是刑事案件中发生率较高的案件之一，在审理中，应牢牢把握证据的审查和认定这一关键性的环节，从而在定性、量刑及附带民事诉讼的赔偿上保证案件的质量。

1. 伤害案件证据的一般特点

(1) 证据来源具有广泛性。伤害行为发生前，一般具有较明显的诱因，而且这些诱因多不是隐蔽的，知情者较多。伤害行为发生时，除被告人故意选择作案时机外，目击者也较多。伤害行为发生后，有明显的伤害后果，作案工具较难毁灭，受害人、被告人都可提供直接的言词证据。因此，伤害案件证据的来源比较广泛。但正是由于这种广泛性，又造成伤害案件证据的复杂性：不同证人对伤害诱因的理解不会相同；目击者由于主客观各种条件的影响，有时可能提供完全相反的证词；受害人的指控可能夸大，被告人的供述会避重就轻；即便是伤害后果的鉴定，往往也会因为技术、条件限制，甚至人为因素影响而与事实有所出入。因此，对来源广泛的证据必须进行严格的甄别。

(2) 证据指向的明确性。伤害案件中，所有提供的证据都明确地围绕着被告人的责任这个中心，这对审理比较有利。但另一方面，正由于证据指向的明确，因此部分证据的提供者是先形成观点，后提供证据，这就使提供的证据经过了证人的取舍加工，使证据的真实性受到影响，证据和责任之间的因果联系

会不明确。特别是关于行为人主观方面的证据，认为行为人是故意的，便将突发性的、偶然性的证据说成是必然的、有预谋的；将一些本不相关的现象串联成有因果关系的事件；认为行为人是过失的，便故意舍弃一些重要情节，使推理过程中断。在群殴案件中，受害人的指控和被告人的推诿能造成两个截然相反的证据系统。因此，应对证据自身的真实性严加审查。

(3) 有关伤害后果的证据是伤害案件的核心。证据，对伤害案件的定性、量刑具有举足轻重的作用；但伤害后果的证据又较难认定，表现在：一是伤害后果证据较少，具有法律效力的只有县以上医院诊断、治疗证明和法医鉴定，难以印证。二是伤害后果虽是客观存在，但必须有待于特定机关的鉴定才能成为证据。三是有些伤害后果只能在伤害的当时鉴定，而在审理时往往已错过了鉴定时机；有的伤害后果要在治疗后作出鉴定，审理只能等待鉴定作出后进行。这些都增加了对伤害后果证据审理的难度。

2. 伤害案件必备的证据的审查

(1) 伤害起因证据的审查。任何伤害案件都有一定的起因，即便是突发性的过失伤害，也有其特定的前提条件。起因证据对当事人责任的证明意义较为重要，可以从三方面审查。一是审查受害人与被告人之间的宿怨、伤害行为发生时双方所存在的矛盾。这是造成伤害行为的根本原因。在群殴伤害案件中，受害人与致害人个体之间可能并无矛盾，甚至素不相识，但如从群体角度考虑，其利害关系还是存在的。二是审查引起伤害行为的直接诱因。这种直接诱因对伤害行为的责任、被告人的主观有重要的证明意义。三是审查伤害行为纯出于偶然还是受害人与致害人之间的矛盾所引起；对事故引起的伤害应注意区别被告人故意制造条件造成事故伤害他人的情况和纯属客观因素造成他人伤害的情况。

(2) 有关伤害后果情况的证据的审查。伤害后果的直接证据虽然较少，但其辅助证据却很丰富，应注意收集审查，一是伤害当时的伤情状况，包括目击者的证言和现场抢救人员的证言、采取的抢救措施。二是最先到达的医疗单位的原始记录，有时由于条件限制，最先到达的医疗单位不具备作证资格，但其原始记录有重要的作证价值，一些科学检验结论，如 x 光摄片、血压、脉博、心电图等能起一定的证明作用。三是转院诊治的证据，包括各医院的诊治记录，特别是转院诊治的医嘱情况等必须收集审查。四是有权单位鉴定，包括法医鉴定结论是必不可少的，必须认真审查。第五，审查治愈后的伤害后果状况证明，一方面是重伤标准的规定，另一方面可作为伤害后果证据的作证，为防止当事人申诉做好准备。

(3) 证明伤害手段的证据的审查。伤害案件中的致伤手段一般有三种。第一种是行为人自身器官直接所致的伤害，首先是口咬、指抓的锐伤应进行伤痕鉴定；其次是拳、脚和其他身体部位的打击伤，应审查证明双方当事人相对位置、动作情况、伤痕情况的证据；再次是挤压时造成的挤勒伤，常造成四肢、肋骨的骨折和胸、腹内部器官的损伤，但外观伤痕常不明显，应注意有关的伤情鉴定。第四是扭伤，能造成大关节脱臼、肌肉撕裂，在抓握处有外观伤痕，应注意判断。第二种是撞击伤，即受害人被致害人推搡、拖拉、撞击到地面或其他物体上致伤，对受撞地面、墙壁、树木等应进行现场调查。第三种是器械伤，应审查物证，如凶器、伤痕、衣服上的伤害痕迹，凶器击中其他物体留下的痕迹等，使这些证据能相互一致。同时对证明致伤部位、力度的证据也应认真审查。在群殴伤害案件中，对证明伤害手段的证据的审查还能有助于我们弄清实施伤害行为的人。

(4) 被告人主观方面证据的审查。首先是结合伤害起因的证据证明被告人的伤害动机；其次结合伤害后果和伤害方式的证据证明被告人实施伤害行为所要达到的目的。此外，应审查目击者对致害人实施伤害行为时的表情、语言、动作的证据，结合被告人陈述以证明被告人的心理状况。伤害行为发生后，被告人是否立即停止伤害，并积极进行抢救等，也是证明被告人主观方面的重要证据。

3. 伤害案件主要分类证据的审查

(1) 医疗鉴定的审查。对医疗鉴定的审查应从三个方面进行：

第一是审查鉴定人资格。凡结论为重伤的，必须有法医鉴定；结论为轻伤且无分歧意见的，可由法医鉴定，也可由县以上医院的主治医师以上职称的医师鉴定；结论为轻伤，受害人提出异议的，或鉴定的伤害症状与其他证据不合的，必须经法医鉴定。对法医鉴定仍有异议，且有充足理由的，可决定易人或易地重新鉴定；如有必要，也可请上一级法医重新鉴定。首次抢救、治疗受害人的医护人员的证词，基层医院的记录，或经医嘱转入指定医院的治疗记录，可作为证据采纳，印证最终鉴定。无医嘱转院的治疗证明不具备证据资格。

第二是对鉴定时间的审查。主要是审查鉴定时间与致害时间的间隔，时间审查的意义有两个方面：一是可以区别伤害结果是被告人所为，还是其他人所为；是完全由致害人所为，还是在致害人行为后又因他人再加害、不适当的搬运方式、不科学的医疗方案甚至受害人自残等原因扩大了致害结果。二是《人体重伤鉴定标准》中规定的重伤标准，有的是致伤时的现状，有的是致伤后经医疗的最后结果，二者对鉴定时间有不同的要求：若是致伤现状的鉴定，应要

求现场鉴定或在较短的间隔时间内作出鉴定，如果鉴定时间间隔已较长，致伤现状已有改变，则应要求推定出致伤时的现状。如肋骨骨折复位后，就应根据骨折复位前情况推定有无呼吸困难发生，以确定是否重伤。若是致伤结果的鉴定，则不宜在致伤现场、治疗过程中作出鉴定结论，应待治疗的全过程结束后再行鉴定。如手指受损后的功能鉴定，就必须在治疗完全结束后作出。

第三是对鉴定结果明确性的审查。鉴定结果明确性也有两点：一点是轻伤还是重伤要明确，同时要明确轻伤还是重伤的症状，不能只有结果没有症状，也不能只有症状没有结论，症状的描述必须清楚果断。另一点是致伤原因的明确性，即是钝器伤，还是锐器伤；是撞击伤，还是挤压伤等。致伤原因的明确性可以印证致伤方式，如某受害人先与被告人发生纠缠，回家后又被其丈夫打耳光，踢了一脚；受害人又去与被告人殴打，被告人抽了受害人一扁担，受害人脾破裂。被告人提出是受害人丈夫脚踢所致。只因为当时的鉴定缺少腹部表面伤痕的结论，使案件的审理增加了难度。

(2) 证人证言的审查。

对证人证言的审查，主要审查其真实性、充分性和一致性。

真实性，需要有四个方面的审查认定。一是证人是否在现场，如不能证明其确在现场，则其证词不能认定有效。如一被告人提供的证人供述：事发的时候，他正骑自行车经过现场到市区上班，因而是在场人。经审查，该证人虽确实当天由农村骑车到市区上班，现场也确实是必经之地，提供的时间也基本吻合；但该证人不能描述当时在场人数，行为人相对位置的变化，因此该证人的在场证据不充分，其证词效力不足。二是证人所处位置是否可见致害行为的发生，可从证人与致害行为发生地点的相互距离、位置、证人的视力、视线诸方面综合审查。如一证人自称从窗口见到被告人用木棍打击受害人头部，但经现场查证，该证人所处位置与致害地点构成视线死角，该证人不可能目睹致害行为。三是证人有无作证能力，无民事行为能力的儿童、精神病人、智力发育不全者、智力减退的老人等，均不宜提供证词，在必须提取证词的情况下，其证词也只能作辅助印证作用。四是区别证人证言中的想像成份，心理学的研究证明，人的心理有将不完整事物经想像为完整事物的特点。证人证言中，常有想像性情节与其真实性情节混杂的现象，在审查时，既不能根据部分情节的真实推定其他情节的真实，也不能根据部分情节的不真实推定其他情节的不真实，必须区别证言中的想像情节，以确定证词的效力。如上例从窗口见到被告人打伤受害人的证人，他的确看到被告人手举木棍奔向受害人，受害人双手护头后退；但木棍是否打下，特别是是否打中受害人头部，该证人受到受害人头部受

伤的暗示，想像为被告人用木棍击中受害人头部，而另一证人证明受害人受伤后曾躺在门外路上昏迷不醒，事实上受害人受伤后手捂伤口，自己奔卫生所包扎去了，所以这一个证人的证词不是合理的想像，而是假证。

充分性，有三个方面的审查，一是所有应当作证的和可以作证的证人要尽量全部取证；即使不肯作证的证人，也要提取不肯作证的证词；对事发后即离开现场，且未与当地证人、当事人接触过的证人，其证词有特殊作用，更应将其证词取到，不宜缺少。二是关键性的情节应要求不同证人重复陈述，也可要求同一证人作必要的重复。三是证人证言要能够得到多方面的印证。一般说来，证人证言的充分性是伤害案件证言效力的必要条件之一。

一致性，有三个方面。一是同一证人几次所作陈述的一致性，在审理中常遇到证人推翻原证词，或拒绝继续作证的情况，其原因不外于三种：一种是被告人或其亲属的活动，一种是被告人的辩护人的诱导，一种是证人自己怕惹是生非，但伤害案件一经公诉，必然有公安、检察机关已取得的证词，若证人推翻证词，则应首先查明原因，不要急于与证人核对原证词，查明原因后，证人一般都会讲述真实情况。自诉的伤害案件，则应尽早取证，使干扰证词真实性的诸因素来不及起作用。一致性的第二个方面是不同证人证词的一致性，不同的证人，由于在现场的时间不同，所处位置不同，或由于证人自身年龄、身份、与当事人关系等因素的不同，在提供的证词上必然存在一定的差异，但他们的证词在关键性情节上必须一致。第三个方面是证人证言与其他证据的一致，也就是要与全案的证据能相互印证。

（三）强奸案件证据的审查与运用

强奸罪是一种严重危害社会治安秩序，侵害妇女人身权利，危害性极大的刑事犯罪，历来是我们打击的重点，由于这类犯罪多发生在偏僻隐蔽的处所，通常没有第三者在场，有些案件除被害人的指控，被告人的口供外，较难收集到其他证据，有的时过境迁，有的控供相悖，有的供证不一，使这类案件的证据出现了纷繁复杂的情况，给审理带来了一定的难度。所以我们在审理判断强奸罪证据时，稍有不慎，就可能放纵犯罪或罪及无辜，铸成错案。因此，正确地审查判断强奸罪的证据，对于正确地认定强奸罪，分清罪与非罪，此罪与彼罪的界限十分重要。

1. 强奸案件证据的一般特点：

从证据的角度观察，强奸罪的证据既有一般案件具有的证据共同性，又有其本身的特殊性，主要表现在以下几个方面：

（1）作为直接证据的证人证言少，且收集困难。由于强奸案件属于隐私案

件，被告人多选择在没有第三者在场或是隐蔽的地点作案，因此，能证明犯罪过程的证人证言较少，再加上被害人基于种种原因，大多没有及时报案，更增加了侦查机关收集的难度。

(2) 证明被害人主观心理状态的证据起重要作用。强奸罪的本质特征是违背妇女意志，被害妇女在她被强奸时的心理状态，除了其事后的陈述外，并且能通过她当时所作的活动反映出来，如被害人被强奸时的推、咬、喊、哭等反抗行为以及被强奸后的情绪，甚至于发展到自杀等，都能证明被害人的心理状态，这些都是我们应当捕捉的证据。

(3) 言词证据多，而实物证据少。强奸案件中的主要证据一般表现为被告人供述，被害人陈述，证人证言等言词证据。作案后的遗留物较少，即使有，有的也会随报案不及时或客观因素造成灭失。而使实物证据较少。

(4) 供证之间存在着一定的矛盾。由于强奸案件属于隐私案件，即使被告人供述了强奸的事实。而被害人顾虑到自己的声誉特别是怕影响到家庭关系及婚姻、前途等，一般不愿声张，有的被害人不报案，甚至有的询问时也不敢承认被强奸的事实。反之，也有的被害人证明被告人强奸犯罪，但被告人自恃无他人知晓，而拒不供认，这些都形成了强奸罪证据中供证存在矛盾的缘由。

2. 对强奸罪必备证据的审查

(1) 对证明作案人证据的审查判断。

强奸案件的审理中，几乎很难看到被告人会自始至终、毫不隐瞒地承认强奸犯罪的事实的，总会在案件的不同情节上，诉讼的不同阶段上，不同程度地否认犯罪事实，甚至于翻供或抵赖自己是作案人。针对这种情况，我们要全面地、系统地、有目的地搜集或补充大量证据，利用间接证据的网络来印证直接证据的证明作用，从而正确认定强奸罪的主体。在具体步骤上，首先我们可以通过被害人的陈述及其他证据来确定案发的时间，继而查明被告人在这段时间内的去向，以确定被告人有无作案的时间。其次，通过现场勘查笔录和法医鉴定的审查，查明被告人作案的有关证据，如现场遗留物（包括精液、毛发、痕迹、物品等）以及对被告人作同一认定的鉴定结论等等。再者，通过对言词证据的审查，如对被告人作有罪供述时的口供，被害人指认及陈述，其他知情人的证言等，进一步证实是被告人作案。另外，还可以通过对被告人一贯表现及有无前科、劣迹的审查，来分析被告人有无作案的可能和动机。如孙某某强奸案，被告人归案后，一直否认作案。经过我们对各类证据的认真审查发现：①被告人以前曾有奸淫幼女的劣迹。②发案正常，被害人在被害后立即报案，并提供了犯罪分子的体貌、衣着等特征，这与孙犯都是一致的。③被告人归案是

案发当天，在汽车站附近被路过的被害人辨认出而抓获归案的。④作案现场遗留作案工具小刀一把，经鉴定系被告人所有。⑤据被害人陈述抓伤过被告人脸部，被告人归案后脸部还留有抓伤的痕迹。通过对以上几点证据的审查判断，我们依法认定被告人系本案的作案人。

(2) 对被告人强奸妇女时所采用的强制手段的证据的审查判断。

根据《刑法》的规定，强奸罪的犯罪手段包括暴力、胁迫和其他三种强制手段，证明被告人已实施了某种强制手段的证据，是强奸罪的必备证据之一，我们必须对此认真地审查判断，以证明被告人是否已构成了强奸罪。

①对证明使用暴力手段的证据审查判断。暴力手段是被告人对被害人身体直接使用暴力的一种强制手段，如捆绑被害人的手足，伤害其身体等，使被害妇女处于不能反抗或不敢反抗的状态下而实施强奸。对此，司法实践中我们可以通过对下列证据的审查，来判断被告人有无实施暴力手段及暴力手段的程度。首先，明确被告人有无携带凶器对被害人实施加害行为及被害人有无受到伤害，其次，可通过对证明被害人衣着损坏情况及室内现场陈设破坏情况的证据审查判断，来确定被告人的暴力行为及其程度；还可以通过被告人供述，被害人陈述，有关证人证言及被害人被奸后造成的后果进行综合分析判断，从而来确定被告人有无使用暴力及其程度如何。

②对证明胁迫手段的证据的审查判断。胁迫手段是被告人对被害人精神上实施的一种强制手段。如以暴力相威胁，以揭发妇女隐私相要挟或利用特殊关系及谣言进行恐吓等，使妇女处于不敢反抗的情况下而强奸。对此，在司法实践中，首先可通过对被告人、被害人双方的言词及被害人当时的心理状态进行审查判断，是什么原因使被害人忍辱屈从的；如被告人携带凶器进行胁迫，被害人力求生存而牺牲自己的性不可侵犯的权利或者被告人选择了较为偏僻的地点且又是深夜进行作案，使被害人觉得孤立无援，且双方力量又悬殊而屈从等等。其次，可以通过对被告人与被害人之间的关系进行审查判断，如被告人是否利用了从属关系、教养关系或上下级关系等来达到自己奸淫的目的等。另外，还可通过对被告人供述，被害人陈述及有关证人证言和被害人被奸后的后果、心理状态来分析判断，被告人的行为是否违背妇女意志，如被害人被奸后情绪极不稳定，产生自杀念头等等。

③对证明其他强制手段证据的审查判断。其他手段包括被告人用酒灌醉，用药物麻醉被害人的手段，也包括被告人利用妇女昏睡，重病无法进行抗拒的情况下而强奸。对这种手段证据的审查，主要通过对一些物证鉴定结论的审查来证明。如以药物麻醉手段强奸妇女的，主要是通过对药物来源及使用情况的

证据来达到证明的目的。

(3) 对证明被害人主观心理状态的证据的审查判断。

强奸犯罪的本质特征是违背妇女意志，而妇女意志是一种主观心理状态，往往不易证明。特别是胁迫强奸中，被告人暴力行为不明显，被害人反抗不明显的案件中，如何审查判断被害人的主观心理状态方面的证据，显得更加重要。

①审查被害人的主观心理状态可能受到被告人威胁的事实，如被害人人身安全方面有无受到被告人的威胁；被害人有无有损名誉方面的秘密事情为被告人所掌握；被害人的某些切身利益如衣、食、住、行、工作、升迁等是否受到被告人掌握等。

②审查被害人的个性特点。通过被害人的个性特点，审查被害人有无接受这种威胁的可能，如被害人的性格比较软弱，接受威胁的可能性就大。

③审查被害人被奸后的精神和情绪状态，判断奸淫是否违背其意愿。如被害人因被告人胁迫而被奸，事后一般会感到巨大的耻辱，其精神状态一般会流露出一种痛苦、恍惑、仇恨的状态，常见的有哭泣，闷闷不乐，沉默不语等现象。反之，如被告人的奸淫行为没有违背其意愿，被害人的情绪状态一般无上述反常现象。

④审查被害人的报案情况。一般被害人出于维护自己正当权利与犯罪分子作斗争，会实事求是地向司法部门进行控告的，但是也有一些被害人被奸后未主动控告或很久才去告发的，也有的被害人因惧怕、羞耻、忍辱求全而不敢告发的，还有些妇女为了泄私愤而进行报案陷害，诬告他人的。因此，在审查案件的来源时，看案发是否正常也是证明案件真实性的一个方面。

⑤审查被害人被奸时的表现，包括其行为和情绪语言等。成年女性都清楚性遭受侵犯是一种极大的耻辱，因此，遭到犯罪分子强奸时理当本能地进行自卫反抗，来维护自己的权利和尊严；因受胁迫被强奸的妇女因为她们的反抗意志被抑制往往没有明显的反抗行为，但都会产生害怕或无可奈何的心理状态，有的被害人事后的陈述能反映这种心理状态。如有的被害人事后陈述："如果我不从就打死我，我害怕就让他搞了。"

(4) 对"两个不明显"案件证据的审查判断。

两个不明显，即被告人强制手段不明显，被害妇女的反抗不明显，也就是半推半就的特殊情况。要正确分析半推半就问题关键是要把握"是否违背妇女意志"这一强奸罪的特征，究竟是推大于就还是就大于推。在司法实践中，对推大于就证据的审查判断主要看被告人是否利用作案时间、地点的特殊性，特

定妇女的个性弱点或地位上受其支配、控制的从属关系，致使被害妇女对非法性行为产生矛盾的心理，最终无奈顺从。对半推半就的证据的审查判断，看被告人是否利用妇女的感情或自持对该妇女有恩，提出性要求。而该妇女出于个人目的或借机报恩，勉强同意性行为。在通常情况下，推大于就表明非法性行为在实质上是违背妇女意志的应当按强奸罪论处。而推小于就呢，则一般不宜以强奸论处。

3. 对分类证据的审查判断

在强奸案件中，被告人的口供，被害人的陈述及有关物证对案件起主要的证明作用，因此，我们在审查强奸案件分类证据时，应着重于对上列三种证据的审查判断。

(1) 对被告人口供的审查判断，通常是以被告人的口供和被害人的陈述为主，并兼顾能够证明双方供证情况的其他证据。在司法实践中当被告人口供与被害人陈述不一致时，就对被告人的陈述和辩解一概斥之为“狡猾抵赖，态度不老实”，或者遇有被告人不供、翻供，就举棋不定，不敢下判都是不恰当的，其主要原因是对被告人的供述和辩解缺乏认真的审查和准确的判断。对被告人供述和辩解的审查，一般先要审查其与其他旁证材料是否相互印证，其次要搞清其供述是否前后一致，有无逼供，诱供情节，有无矛盾点及矛盾点能否排除。对于前后供述基本一致，且与其他证据材料相互印证的，应当予以认定；对于前供后翻的，要认真分析加以研究，考察被告人翻供的思想动机、目的和原因。结合案件的其他证据材料，对供述作出准确的判断。如被告人印某某强奸案，被告人始终供述夜间潜入李女家中，趁李女熟睡之机爬到李女床上只是为了盗窃；而不是强奸。我们经审理后认为：该案即使被告人不供，也应认定为强奸罪（未遂），理由是：①被告人熟悉被害人家的经济情况，明知被害人家因建房情况债务累累，无东西可偷。②被告人知道当晚只有李女一人在家，其他人都已上班的情况。③被告人一进入被害人家不是寻找财物，而是直接爬上李女的床上，掀开李女的被子压在李女身上，并拉李女的裤子，后因李女呼喊而逃跑，这一系列行为都说明了被告人只有强奸的故意，而无盗窃的故意。

另外，我们还要注意审查被告人平时的表现，有无强奸行为的前科劣迹，与被害人的关系如何，是否认识等，这对审查口供的真伪也有帮助。

(2) 对被害人陈述的审查判断。

强奸案件的间接证据往往难以形成完整的证明体系，在被告人拒供的情况下，直接证据只有被害人陈述，对被害人陈述的审查判断显得特别重要。

强奸案件中的被害人，是直接受犯罪行为侵害的对象，对案件发生的时

间、地点、手段后果以及犯罪分子的体貌特征等了解得最清楚，其陈述只要没有其他因素的影响，就能作为定案的依据；但往往有的被害人出于对犯罪分子的愤恨，可能会夸大某些事实和情节，甚至把怀疑当成事实，其陈述带有水分；也有的被害人本身作风不好，品行不端，一旦被人发觉或怀疑被别人察觉，为了保住脸面而故意歪曲事实真相，把通奸说成强奸，个别的还可能为了陷害别人进行诬告而装扮成受害人，还有的被害人基于种种原因，拒绝作证或开始作证后又翻证的，如陈某某强奸案，被告人主动交代强奸被害人钱某某的事实，经公安找钱某某核实无误，钱某某第一次陈述与被告人口供一致，但后来又突然推翻了前证，否认被奸，经过多次调查和说明教育，被害人终于讲出了翻证的原因是因为被告人之父做了工作，本身也考虑自己年轻未找对象，怕以后影响名声等。

因此，在审查判断被害人陈述时应注意以下几点：

①审查发案是否正常，是被害人亲自告发还是别人代为告发；是当时告发还是事后告发；是被害人先告发还是被告人交代后找到被害人核实。

②审查被害人陈述的来源是否合法，即侦查机关取证时有无先入为主，指证、诱证的情况。被害人陈述时有无受其他人影响等情况。

③审查被害人陈述本身的真实性。如陈述是否前后一致，有无矛盾点，陈述的主要情节与现场情况等其他证据是否一致等。

④审查被害人的思想品质及与被告人的相互关系，如被害人与被告人关系正常或者素不相识，提供虚假陈述的可能性就小，反之，如果被告人与被害人有旧恩宿怨，如平时有通奸关系等，对其陈述就必须严加审查。

⑤对被害人指认被告人的强奸案件要注意其他证据的印证作用，因为形体相似的人并不少见，加上强奸案时时发生在能见度低的环境，同时被害人处于精神慌乱之中，观察不清，可能张冠李戴，加上被害人感知和表达能力的差异，对被告人能否形成正确印象及能否准确表达这种印象有很大的影响，这些都需要我们做认真细致的审查判断。

(3) 对物证的审查判断。

物证在强奸案中起着重要的证明作用，它可以印证被告人供述和被害人的陈述，加强直接证据的证明力。物证的审查判断可以从以下三个方面进行：

①通过勘验作案现场，来审查现场是否留有搏斗的痕迹等，来印证被告人是否使用暴力和其他手段实施强奸。

②通过对作案现场提取的毛发、血迹等进行科学的鉴定，来判定是否是被告人所留，从而确证作案人是谁。

③通过对被害人提供的衣服碎片或通过被害人采集到被告人的精液等进行法医鉴定，来确定是否是被告人所为或确证是强奸既遂还是未遂。

总之，对强奸案件证据的审查判断，必须进行周密的分析，认真判断，严肃推理，去伪存真，从而获得可靠的认定或否定的证据，使所办的案件真正做到事实清楚，证据确凿、充分。

（四）拐卖妇女、儿童案件证据的审查与运用

我国《刑法》公布并实施后，特别是近几年来，拐卖妇女、儿童的案件逐年增多，开始在少数几个省、自治区，后逐步蔓延到全国各个省、区；犯罪形式上也由单人直接拐卖发展到多人或者集团有组织有分工地拐骗、接送、中转、出卖被害妇女、儿童。这类犯罪严重地扰乱了社会秩序，侵害了妇女、儿童的人身权利，具有极大的社会危害性。在司法实践中，为了更好地贯彻和实施《刑法》的规定，稳、准、狠地打击这类犯罪，对证据的审查判断十分重要，本文将就这类案件证据的特征及其审查判断作一些探讨。

1. 拐卖妇女、儿童罪证据的特征

根据刑法》第240条拐卖妇女、儿童罪指以出卖为目的，拐骗、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为，因此，这类案件的证据，从其收集、分布、证明重点，证明要求等方面来看，具有以下特点：

（1）证据的收集比较困难。由于这类案件大都是跨省区作案，甚至是境外作案，涉及的范围广，加上侦查部门人力、物力的限制，给外调取证带来一定困难。另外，有的被害人几经转卖，一是卖主、买主、转手人很少查找，二是被害人很难查找，即使是被告人也很难说清被害人的确切下落，这些都给证据的收集带来一定困难。

（2）根据拐卖妇女、儿童罪的具体犯罪构成。在主观方面，被告人必须有拐卖妇女、儿童，非法出卖的目的，在客观方面被告人既有拐的行为，即以欺骗的手法，如以介绍工作、介绍婚姻、物质性利诱等手法，使被害人自愿同行；又有卖的行为，即将被害人卖给他人的行为。因此，要认定犯罪，对证明被告人主观故意和客观行为的证据，进行认真的审查判断，显得相当重要，这两个方面的证据是证明这类案件的重点证据。

（3）对被告人口供及其他一些情节证据的审查判断比较困难。一是有些共同犯罪的被告人无法归案，致使归案的被告人口供得不到印证，二是被告人常以介绍工作、介绍婚姻、介绍领养等为辩解理由，拒不供认其拐卖人口的犯罪事实，或者避实就虚，避重就轻，这些因素给我们认定事实的证据带来了一定困难。另外，在一些具体犯罪情节上，特别是获赃的多少，往往是被告人、买

主、受害者的陈述情况差距较大，难以统一。因此，对这些情节证据的审查判断，也显得比较困难。

(4) 当前拐卖人口案件大都是以共同犯罪的形态出现，即事前有预谋、内外有分工，对单个被害人来讲，在客观方面，只要实施了拐骗、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童这些行为其中之一的，即构成此罪。因此从证据的证明要求来看，只要证明被告人参与并实施了其中一个犯罪行为，就可以证明被告人具备了构成犯罪的客观要件。

2. 对拐卖妇女、儿童必备证据的审查判断

所谓必备证据是指证明某类犯罪所必须具备的证据，拐卖妇女、儿童罪的必备证据主要包括三个方面的内容，一是关于被害人主观方面的证据，二是关于被告人犯罪行为的证据，三是关于各种情节严重程度的证据。下面对这三个方面的必备证据的审查分述如下：

(1) 对证明被告人主观方面证据的审查。

根据拐卖妇女、儿童罪的犯罪构成理论，凡以非法牟利为目的，采用利诱、欺骗、胁迫等手段，把人当成“商品”出卖的行为即构成此罪。因此，证明被告人主观上是否具有非法牟利的目的的证据，是证明被告人构成这类犯罪的必备证据。对这类证据的审查与认定一般可以通过以下两个方面进行：

①通过审查被告人的口供来认定其非法牟利的目的。有些被告人能如实供述其行为的主观目的是为了牟利，对这类被告人的主观故意较易认定。但大多数被告人不能如实供述其主观目的，例如，常以介绍婚姻、介绍收养等为借口为掩盖其真实的主观目的，对这类被告人主观目的的证明，一方面我们可以通过政策攻心等方法迫使其交代出真实的主观目的，另一方面，也可通过同案被告人的口供，被害人和买主的陈述，来证实其主观目的。

②通过审查被告人的外在的客观行为来证明其内在的主观目的。被告人的主观目的往往通过其外在行为表现出来。如被告人有将妇女、儿童出卖于他人的行为，这种“出卖”行为本身也就证明了被告人主观上非法牟利的目的。再如审查被告人有无“获赃”的行为，包括赃款来源，赃款是对方自愿给付，还是通过讨价还价式的索要，赃款是作为被害人身价由收买方给付，还是作为一种酬金给付，赃款数额大小等等，通过对这些内容审查，也可以使我们正确地认定被告人是否有非法牟利的目的。

司法实践中常有“有拐无卖”的现象出现，对这种犯罪现象如何认定被告人的主观目的，我们认为应区别情况、分别对待，一种情况是被告人拐骗妇女后，因被抓获等意志以外的原因而未及出卖，这种情况并不影响被告人主观上

非法牟利的目的的存在，只是由于意志以外的原因而不能实现这种目的。另一种情况是共同犯罪的被告人，各犯按分工实施犯罪行为，有的被告人专司拐骗妇女、儿童等交同案人出卖，这类被告人行为仍属“有拐无卖”，但其非法牟利的主观目的存在于其共同犯罪的共同故意之中，并不影响对各个被告人主观上非法牟利目的的认定。

还有一种情况是收买妇女、儿童的行为，如果被告人收买妇女、儿童是为了婚姻、抚养等目的，而不是具有牟利的目的，则应按《刑法》第240条的规定，认定其构成收买妇女、儿童罪。如果被告人收买妇女、儿童是为了再次出卖，或者被告人的这种收买行为是其共同犯罪中的一个分工，则照样可以认定被告人是有非法牟利的目的，而构成拐卖妇女、儿童罪。

(2) 对证明被告人行为证据的审查判断。

根据拐卖妇女、儿童罪的构成理论，被告人在客观方面必须是具有欺骗手段，将妇女、儿童拐出并卖给他人的行为。针对当前这类案件大都是共同犯罪或集团犯罪，被告人为共同的犯罪目的，而分工进行拐骗、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为。《刑法》明确规定，被告人只要以出卖为目的，而有上列行为之一的即构成犯罪。因此，对被告人行为证据上的审查，也就是对《刑法》中所列举的五类行为证据的审查。

①对被告人拐骗妇女、儿童的行为证据的审查。所谓“拐骗”是指以欺骗、利诱的方法带走妇女、儿童的行为。对这类行为证据的审查可通过以下两个方面进行：一查被告人是否向被害人制造了虚拟的事实或者向被害人承诺了某种优厚的物质条件。这可以通过被告人口供、证人证言、被害人陈述等来证明。二查被害人是否受到被告人欺骗、利诱而信任被告人，自愿地与被告人同行。这点主要是通过被害人陈述，被害人被骗当时和事后的心理状态、证人证言等证实。

司法实践中较难审查的是被告人以介绍婚姻的手法使妇女自愿同行，而卖与他人为妻的行为是否属于拐骗的行为。我们认为对这类行为应着重审查两个方面的证据：一是审查被告人介绍的婚姻是否属实，是否以虚假的事实欺骗被害人或是以夸大的事实引诱被害人，二是审查被害人是否自愿与收买人成婚，即婚姻是否违背被害人意愿。如果被告人是以欺骗、利诱的手法，违背被害人意愿，将被害人卖与收买人成婚，则被告人行为属于拐骗行为，构成拐卖妇女罪。

②对被告人收买、贩卖妇女、儿童的行为证据的审查。所谓收买是指以出卖为目的收买妇女、儿童的行为。所谓贩卖是指收买的妇女、儿童又转手出卖

的行为，审查被告人收买、贩卖的行为证据可采取以下几个步骤：首先审查被告人主观上是否具有收买后再出卖的目的。这主要通过被告人供述、第一手出卖人的证言、被告人收买后的证言等证据证明。其次审查被告人是否有收买的行为，这可以通过证人证言、被害人陈述、被告人供述等言词证据及收买款等实物证据证明。最后审查被告人转手出卖的证据。转手出卖有两种情况：有的是收买人直接出卖从中渔利，有的是转给二道人口贩子出卖。审查转手出卖的证据主要是通过对被害人是否是收买来的证据，被害人是否被再次出卖的证据进行审查，包括审查被告人口供、被害人陈述、买主陈述、所获赃款等一系列证据。

③对被告人接送、中转妇女、儿童的行为证据的审查。所谓接送、中转是指在其共同犯罪中接送被拐卖的妇女、儿童或将其转手交给其他被告人再行拐卖的行为，并包括为拐卖妇女、儿童介绍买主、卖主，为拐卖活动提供资金、地点、场所等行为。对这类行为证据的认定，首先要审查关于被告人共同犯罪的证据，包括事先有无预谋，有无共同的故意即非法牟利的目的，有无组织分工的证据；其次要审查被告人的行为，如"接送"、"中转"等是否是为了参与或配合了实施这种共同犯罪的证据。

(3) 对证明被告人犯罪情节证据的审查判断。

犯罪情节对定罪量刑起着至关重要的作用。因此，必须对证明被告人犯罪情节的证据进行认真的审查判断。根据《刑法》的规定，拐卖妇女、儿童罪的三种犯罪情节决定了三个不同的量刑格，即情节一般的量刑格、情节严重的量刑格和情节特别严重的量刑格。下面就如实对这三种犯罪情节的证据进行审查判断分述如下：

①对情节一般的证据的审查。所谓情节一般是指只要实施了拐卖妇女、儿童的行为，就构成了犯罪。因此，对情节一般的证据的审查，实际上就是对构成犯罪的证据的审查，这在前面已经叙述，这里不再重复。

②对情节严重的证据的审查。根据《刑法》的规定，情节严重共有八种情形：

A. 拐卖妇女、儿童集团的首要分子。对这种情形的证据审查主要抓住两点，首先要审查关于集团犯罪的证据，包括对同案犯人数，组织是否严密、稳定，是否有明确的目的，社会危害性等证据进行综合审查，以认定其共同犯罪的形式为集团性质。其次，对被告人是否为该集团首要分子的证据进行审查，包括对被告人在集团中地位、作用、威信等证据进行审查，以认定其是否属于首要分子。

B. 拐卖妇女、儿童三人以上的。这条规定是指被告人所直接参与拐骗、收买、贩卖、接送、中转的妇女、儿童的人数在三人以上。对这条情节证据的审查，首先要审查的是被告人直接参与的证据，其次要审查被害者人数的证据，鉴于有的被害者被多次贩卖，很难查找，我们认为只要其他证据确实充分，即使找不到被害人，也照样可以认定。

C. 奸淫被拐卖妇女。这条规定是指被告人在拐卖过程中，与被害妇女发生性关系的行为。对这条情节证据的审查应抓住两点：一是被告人已与被拐的妇女发生性关系的证据，而目的不一定是强奸，只要发生了性关系即可认定。二是审查奸淫的时间，必须是在被告人拐卖该被害人过程中，才能构成这条情节。

D. 诱骗、强迫被拐卖妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的。审查这条情节的证据应掌握两点：一是被拐卖的妇女卖淫的证据；二是被拐卖的妇女卖淫是因为被告人在实施拐卖活动中诱骗、强迫而造成，或者是因被告人将被拐的妇女卖给他人而迫使其卖淫。这里要抓住被害人卖淫是被迫的证据，其次要抓住被告人采取诱骗、强迫、转卖等手段的证据。

E. 以出卖为目的，使用暴力胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童。

F. 以出卖为目的，偷盗婴幼儿的。

G. 造成被拐卖的妇女、儿童或者亲属重伤、死亡或者其他严重后果的。审查这条情节的证据主要抓住以下几点证据：一是关于被害人或其亲属人身伤亡严重后果的证据，如医疗鉴定、法医鉴定等证据。二是被告人在拐卖过程中对被害人直接实施加害行为的证据和被告人对被害人所采取的拘禁、殴打、虐待、强奸侮辱等行为的证据。三是被告人行为与被害人及其亲属人身伤亡的结果之间的因果关系的证据，这种因果关系可能是直接的因果关系，也可能是间接的因果关系，如因被告人的侵害行为，致使被害人及其亲属自杀、精神失常等。

H. 将妇女、儿童卖往境外的。对这条情形的证据的审查，主要是审查被害人确切下落的证据，必须直接查找到被害人在境外的下落才能认定，如被害人难以查找的，则不易认定。

③对情节特别严重的证据的审查。

《刑法》没有列举情节特别严重的情形，我们认为所谓情节特别严重是在上述八种情节基础上更为严重的情节，主要是指兼有两种以上上述八种情节的情形。因此，对情节特别严重的证据的审查判断方法与对情节严重的证据的审查判断基本相似，因此这里不再叙述。

3. 对拐卖妇女、儿童罪分类证据的审查判断

所谓分类证据是指刑诉法第 42 条所规定的每类案件都具备的七类证据。根据拐卖妇女、儿童罪的犯罪特征及其证据特点，我们认为这类犯罪主要的分类证据包括三个方面即被告人供述和辩解、证人证言、被害人陈述。

(1) 对被告人供述和辩解的审查判断。

被告人对自己是否实施及怎样实施犯罪行为知道得最清楚，其供述和辩解应是最能证明案件情况的直接证据，但由于被告人与案件处理结果有着切身的利害关系，虚假的可能性很大，因此，对被告人的供述和辩解必须认真地审查判断。

①审查被告人供述和辩解是否合理。拐卖妇女、儿童案件大都为共同犯罪案件，拐卖的人数多，涉及的范围广，情况比较复杂，我们要从犯罪时间、地点、动机、目的、手段和后果等各个方面去审查被告人的供述和辩解是否合情合理，是否与案件事实有矛盾。对于被告人供述前后有矛盾的，要及时深入地调查核对。如张某拐卖儿童案，检察机关以拐卖儿童罪起诉，张某开始作了有罪供述，承认是拐骗该男童准备出卖，后来是供称见男童走失，因好心将其带回家。法院经调查查明：男童确系其母亲带去县城路上走失，另外证人也证明被告人讲过小孩找不到母亲啼哭，所以把他带回家，如没有人认领，就准备收养。据此证明被告人不构成犯罪。

②审查被告人供述和辩解的环境和外部条件。司法实践中，有的被告人出于真诚悔罪作了供述，有的被告人出于政策感召作了供述，有的被告人在大量证据面前不得不供述，我们认为被告人在这几种情况下所作的供述，其真实性较大。而被告人在审讯人员违法审讯情况下，如在逼供、诱供、指供情况下所作的供述其虚假的可能性较大。另外，有的被告人出于哥们义气，或者出于亲情等关系而作出的供述也有虚假的可能性。

③对共同犯罪的案件，要用比较的方法来审查判断被告人的供述和辩解。共同犯罪案件的被告人，他们既有共同的利害关系，又因各犯所处地位不同而容易产生矛盾。我们在审查案犯口供时，除了对每一被告人的供述和辩解进行前后纵向比较审查外，还要把各个被告人的供述和辩解进行横向的分析、比较，发现矛盾，鉴别真伪。当发现矛盾时，决不能回避，一定要分析研究产生矛盾的原因，利用其他证据，排除不真实的口供。有些共同犯罪案件，被告人事前订立攻守同盟，或者在归案后进行串供，对这类被告人的供述和辩解，除了在口供之间进行对比，找出在表面一致的假象下掩盖的矛盾外，还应与其他证据相对比，审查其真伪。

(2) 对被害人陈述的审查判断。在审判实践中，对被害人陈述着重进行下面三个方面的审查：

①审查被害人与被告人关系。如果被害人与被告人素不相识，一般说故意捏造被拐卖事实，提供虚假陈述的可能性较小。如果被害妇女与被告人关系密切，则易作出虚假陈述，有的甚至是共同犯罪人。如"放飞鸽"案件，男女合谋，以骗财为目的，假扮兄妹、父女，将女方卖与他人为"妻"，拿到钱后，女方再逃走，像这类案件应以诈骗罪定性。

②审查被害人陈述与案件其他证据有无矛盾。被害人常出于对被告人义愤而夸大犯罪情节，因此我们在审查时，要对被害人陈述作认真对比审查，对有矛盾的，要通过其他证据来解决矛盾，而不能主观臆断。

③对被拐卖儿童陈述的审查。被拐卖的儿童，有的有一定的陈述能力，有的因年龄小陈述能力较差。我们首先要审查询问人的询问方式是否得当，有无可能影响儿童如实陈述的询问方式，如不适当的提示、启发、暗示等等。其次要审查儿童陈述的语气，使用的语言，是否符合儿童的习惯，如一个6岁的幼童陈述时，称遭被告人奸淫了，我们有理由认为幼童使用奸淫的字句，有悖于常理，其陈述存在虚假的可能。

(3) 对证人证言的审查判断。根据司法实践，审查这类案件的证人证言，包括以下几点：

①审查证人证言的来源。审查证人是直接耳闻目睹案件的事实，还是听他人讲述的间接得知案件的事实。是直接感知的，还应进一步审查感知时的主观、客观条件，如距离、气候等，能否使证人作出那样的证言。对于间接得知案件事实的，还必须审查有无直接感知案件情况的人的证言，如缺少，还应补充调查。对于间接感知的证言，如果不知道或说不出来源，即人云亦云、道听途说的，就不能作为证言来使用。

②审查证人与被告人关系。如果证人与被告人存在一定亲情关系，他就可能为包庇被告人而缩小犯罪情节，使被告人受到较轻的处罚。相反，如果证人与被告人之间存在一定的矛盾积怨，则证人也有可能夸大被告人罪责。因此，我们在审查证言时，对证人与被告人的关系，必须加以认真考察。

③审查证言是否受到外界影响作出。这主要是审查证人是否在侦查、预审、起诉阶段受到公安、检察人员的威胁、提示、引诱而作出虚假的证言。特别要注意在证人第一次陈述与被告人供述或其他证据存在矛盾，而在以后的几次陈述又取得高度一致的情况，有无取证人员为取得案件证据的统一，而对证人进行指证、诱证的情况。

四、侵犯财产案件证据的审查与运用

（一）抢劫案件证据的审查与运用

抢劫是指以非法占有为目的，当场使用暴力、胁迫或其他方法，强行夺取公私财物的行为。抢劫案件在刑事案件中占有较大的比例，且性质比较严重，社会危害性大。正确地审理抢劫案件是刑事审判工作的重要组成部分，审理抢劫案件同样要遵循“以事实为根据，以法律为准绳”的原则，而犯罪事实是发生在过去的事情，不可能完全重复和再现，只能凭证据去证明。证明的过程实际也就是审查和运用证据的过程，这是我们审理抢劫案件的核心工作。当然，要做到正确地审查和恰当地运用证据，准确定罪和量刑，同样也不能离开法律的规定，二者是相辅相成的。本文拟就如何审查抢劫案件的必要证据，准确运用这些证据认定抢劫案件作些探讨。

1. 抢劫案件证据的特点

抢劫案件按犯罪分子有无实施暴力及暴力程度的轻重，可分为胁迫抢劫案、轻暴力抢劫案、重暴力抢劫案和以其他非暴力方法（如麻醉等）实施的抢劫案四种；按照抢劫场所的选择情况，可分为拦路抢劫、入室抢劫、在热闹繁华地区及交通工具上抢劫三种。不同的抢劫案件，其证据的特点也不尽相同。

（1）胁迫抢劫和轻暴力抢劫案件证据的特点。

所谓胁迫抢劫和轻暴力抢劫主要是指单纯以实施暴力相威胁抢劫而并未将暴力付诸实施，或抢劫时虽然实施了一定暴力，但暴力程度很轻微，没有造成被害人轻伤、重伤或其他严重的暴力损害结果。这类案件，行为人对被害人的人身侵害程度较轻，反映对人身权侵害后果的证据少。因而抢劫事实也就缺少这方面证据的印证；此外，由于没有实施暴力或暴力轻微，被害人往往很少抵抗，因而犯罪行为人身上也很少会留有伤痕、斑迹等抵抗痕迹；犯罪分子留在现场的物品、痕迹等物证也较少。因此，这类抢劫案件的证据以被告人的供述和被害人的陈述为主，辅之以其他少量的间接证据。

（2）重暴力抢劫案件证据的特点。

重暴力抢劫是指犯罪行为人直接实施较重的暴力加害于被害人，使被害人最终失去抵抗能力或不敢抵抗，从而劫走其财物的行为。这种抢劫往往给被害人造成比较重的人身伤害，因此，这类案件中，证明人身伤害后果情况的证据比较充分，如被害人身体（或尸体）上的伤痕、衣服破损痕迹、法医鉴定结论等，这些证据对证明抢劫案件事实有重要意义，不仅能直接证明抢劫后果，而且对印证被告人的抢劫行为也有重要作用。由于这类抢劫案件暴力强度较大，

被害人的反抗有时也比较激烈，因而会在犯罪分子身上留有一些反抗痕迹，现场的物品、痕迹等物证也较多，因此现场勘查笔录，对被告人进行的法医鉴定结论和有关的物品、痕迹等物证也是这类抢劫案件重要的证据。

(3) 其他非法暴力抢劫案证据的特点。

非暴力抢劫主要是指犯罪分子对被害人不直接实施暴力或胁迫，而是对其施加其他力量，如药物麻醉等，使其不知抗拒或失去反抗能力，当场劫走其财物的行为。这类抢劫案件，行为人与被害人往往有正面接触，但没有直接的对抗，没有实施暴力和反暴力的过程，作案手段具有一定隐蔽性，犯罪行为是在“和平”气氛下实施，且手段特殊。因此，证明作案手段的证据较为隐蔽，仅凭我们的感观很难收集和判断，需要借助一定的技术手段，有关的鉴定结论在这类案件中具有举足轻重的证明作用。

(4) 拦路抢劫案件证据的特点。

这类抢劫案件主要发生在一些比较偏僻的交通要道上，行为人与被害人正面接触的时间较短，一旦得手，行为人即溜之大吉，作案现场证据较少，且现场易遭破坏，通常行为人作案时也很少会有第三人在场，直接的证人证言较少，即使偶尔有一些目击者，因人员流动性大，也很难收集其证言。因此，这类案件除被害人陈述、被告人供述外，往往很难收集或补充收集更多的其他证据，即使有其他证据，也多为零散的间接证据。

(5) 入室抢劫案件证据的特点。

这类案件，现场证据往往较多，且易收集，现场勘查笔录和有关的物证等具有重要的证明价值，对于印证被告人的口供和被害人陈述有重要意义，此外，从审判实践看，这类案件中，直接证人证言较少，但间接的证人证言往往较多，且易收集。

(6) 在热闹繁华地区和交通工具上抢劫案件证据的特点。

在交通工具上抢劫主要是指在汽车、轮船、火车等交通工具上抢劫旅客或车主钱财的行为；在热闹繁华地区抢劫主要指在这些地区当众抢劫行人钱财的行为。这类抢劫案件发生时往往有第三人在场，有的当众进行，因而能够证明抢劫过程的证人较多，但由于人员流动性大，对证人证言如不及时收集会使该收集的证据收集不到；作案现场也常处于运动变化，因而现场证据较少，且难以收集。审判实践中，有些侦查机关因被告人被当场抓获，即忽视对有关证据的收集，给审判机关认定抢劫事实和准确定罪量刑带来困难。

2. 抢劫案件的必备证据

所谓必备证据是指证明抢劫案件的必要事实所必须具备的证据环节，这些

证据环节的完备程度如何，对于区分抢劫案件罪与非罪、此罪与彼罪、一罪与数罪及重罪与轻罪起着重要的作用，它是我们准确定罪，恰当量刑的重要依据。

抢劫案件必备的证据环节主要有以下几方面：

(1) 证明行为人主观故意的证据。

抢劫罪在主观方面是直接故意，即行为人必须以非法占有公私财物为目的，并且有当场实施暴力、胁迫或其他方法，使被害人不能反抗或不敢反抗，以便劫取其财物的故意。证明被告人的主观故意主要是为了区分几种不属抢劫罪的情况，如果行为人主观上只是想收回自己的合法财产，不能构成抢劫罪，只对其实施的暴力负责；如果行为人不以非法占有财物为目的，而是出于进行其他犯罪的需要而抢劫枪支弹药或者为了进行反革命活动而抢劫国家档案、军事物资或其他公共财物的，也不构成抢劫罪，其行为属于抢夺枪支弹药罪或反革命破坏罪；如果行为人不是以当场取得财物为目的，而是以将来取得财物为目的，则可能构成敲诈勒索罪和其他罪，而不构成抢劫罪。此外，在证明行为人主观故意时，还应特别注意证明其主观上有数个故意的情况，尤其是对抢劫致人死亡的案件，如果行为人在抢劫过程中，直接追求被害人死亡，以便抢劫顺利进行，则其主观上有杀人的直接故意，按司法实践应定故意杀人和抢劫两罪；如果行为人对被害人的死亡主观上是放任或过失，则仍应定抢劫一罪。

证明被告人主观故意的证据主要有被害人陈述、被告人口供、赃款、赃物等物证以及反映行为实施情况的证据，如凶器、伤痕等物证和有关的法医鉴定结论，现场勘验笔录等，因为行为有时能较客观地反映主观心理状态。少数案件还有证人证言。我们应从这些证据材料中找出有利于证明行为人主观故意情况的内容，并加以审查和分析，以综合判断行为人的主观故意。如果现有证据尚不足以证明行为人的主观故意情况，则应进一步补充收集有关证据，否则不能轻易下判。

(2) 证明犯罪行为侵犯客体情况的证据。

抢劫罪侵犯的客体是双重客体，即同时侵犯公私财产所有权和被害人的人身权利。对财产权利的侵犯主要体现在对公私财产（限于动产）的当场劫取和非法占有；对人身权利的侵犯主要体现在当场对被害人实施暴力，使其人身当场受到暴力伤害，或者以当场实施暴力相威胁，使被害人产生惧怕，或者用其他方法（如药物麻醉等）使被害人失去反抗能力。对客体的侵害包括得逞和未得逞两种情况。

抢劫案件中，证明侵害客体情况的证据主要有赃款、赃物、作案工具、用

于作案的其他物品（如药物）、伤痕等物证和有关的鉴定结论。这些证据能够较直观地证明侵害对象的情况，而考察行为侵害的对象，有助于我们判断其侵犯的客体。因此，在审理抢劫案件时，应认真审查这些证据。当然，有些案件的对象并不能完全反映客体，在这种情况下，我们应结合行为的动机、目的和行为实际侵害的利益情况判断其侵害的客体。例如为了进行反革命活动而抢劫国家档案、军事物资、银行、商店等，如果我们不结合其犯罪动机和目的，仅从其侵害的对象情况考察，就很难准确判断其行为侵害的客体，极易误将意在推翻人民民主专政的政权和社会主义制度的反革命行为判断为侵犯人身权利和财产权利的抢劫行为。在这类案件中，证明行为人主观目的和动机的证据实际也是证明其侵害客体情况的证据之一，审理案件时应注意审查和运用。

(3) 证明抢劫案件客观行为方面的证据。

抢劫罪的行为包括当场使用暴力、胁迫或其他方法对被害人的人身进行加害和当场强索、抢夺财物，两者必须同时具备。行为人的意思表示和举动能够反映这些行为的特质。证明暴力行为的证据主要是作案工具、凶器、伤痕、其他遗留物品、痕迹等物证和有关鉴定结论、现场勘验笔录、被告人供述、被害人陈述等；证明胁迫行为的证据则主要是被告人供述、被害人陈述等言词证据，实物证据较少；证明用其他方法实施人身加害行为的证据主要是被告人供述、被害人陈述、鉴定结论；证明强索或夺取财物行为的证据主要是赃款、赃物等物证和被害人陈述、被告人供述。审查和运用这些证据，主要是为证明行为人当时的意思表示和行为的内容、过程，因为意思表示和行为的内容、过程决定着行为的性质。就行为人的意思表示，应着重看其是否欲当场取得财物和是否以欲当场实施暴力相威胁；就其行为的内容和过程，着重看其行为是否属于以暴力、胁迫或其他方法侵犯人身权的行为，是否属于强索或强夺公私财物的行为，两种行为是否均当场实施。这些内容不证明清楚，将直接影响到对案件的准确定性。例如行为人不是以当场实施暴力相威胁或者不是以当场取得财物为目的，而以将来实施暴力相威胁或以将来取得财物为目的，都不构成抢劫罪，而可能构成敲诈勒索罪。

(4) 证明行为的社会危害性严重程度的证据。

行为的社会危害性严重程度如何，决定了行为人的抢劫行为是一般的违法行为还是抢劫罪的行为，是属于我国《刑法》第 263 条第一款的抢劫行为还是属于 263 条第二款的抢劫行为，是最后定罪和量刑的决定因素。

证明行为社会危害性严重程度的证据根据刑法第 263 条规定的情况主要是两方面，一是证明是否属于“情节严重”的证据，二是证明是否“致人重伤或

死亡”的证据。

①证明抢劫行为“情节严重”的证据。

这方面的证据主要包括以下几个方面：

a. 犯罪分子的个人情况，如犯罪分子是否曾因犯抢劫罪受过刑事处罚，是否是抢劫集团的首犯或主要实行犯等。证据主要是有关书证、被告人供述等。

b. 犯罪分子的作案手段，如是否持枪或持爆炸物抢劫，是否用足以危及他人生命或造成重大财产损失的危险方法抢劫。证据主要是被告人供述、被害人陈述、作案工具或物品、鉴定结论等。

c. 抢劫的后果，如抢劫财物数额是否巨大，是否造成其他重大损失（如影响生产、经营、科研等造成巨大损失），是否致二人以上轻伤，是否因抢劫生活、医疗等急需款物，造成严重后果（如造成被害人或他人自杀身亡、精神失常或因病不能及时医治导致病亡或病情加剧致残等）。证据主要是赃款、赃物等物证、被告人供述、被害人陈述、证人证言、鉴定结论、有关主管单位或部门出具的证明材料等。

d. 抢劫的场所，如是否是在繁华地区或公共场所当众抢劫，是否是在火车、汽车、轮船上当众抢劫等。证据主要是证人证言、被告人供述、被害人陈述等。

e. 抢劫对象情况，如是否是抢劫银行、信用社或国家金库，是否是抢劫国家珍贵文物，是否是抢劫军用物资、抢险救灾物资等。证据主要是赃款、赃物等物证、现场勘验笔录等。

②证明抢劫致人重伤、死亡的证据。

包括两个方面，一是证明被害人重伤、死亡结果的证据，主要是有关伤情或尸体的法医鉴定结论；二是证明抢劫行为与被害人重伤或死亡结果之间有刑法意义上因果关系的证据，主要是证明暴力实施手段的证据（如作案凶器、物品等物证、有关暴力实施方法的被告人口供等）和证明重伤、死亡原因的证据（如法医鉴定结论、证人证言等）。

(5) 对抢劫行为人与案件被告人进行人身同一认定的证据。

对犯罪行为人与案件被告人进行人身同一认定是审理每一个刑事案件的必备过程。除了证明抢劫犯罪事实的存在、性质及情节，还必须证明犯罪是否为被告人所实施，如果张冠李戴必然会造成冤案、错案，不仅会放纵罪犯，而且会冤枉好人，给国家和人民的利益造成损失。审判实践中也并非没有这种现象，应引起高度重视。人身同一认定的过程是一个极其复杂的综合判断和认定

过程，涉及到多方面的证据和事实，有关案件事实的每一个证据几乎都与之有关联，其中最主要、最直观的证据有被告人的供述、被害人的指认、有人身同一认定价值的痕迹鉴定结论（如指纹鉴定等）、现场勘验笔录、其他物证等。我们必须以证据和事实为前提，运用严密的逻辑、辩证的思维，作出准确的判断。

(6) 证明抢劫犯罪分子个人情况和犯罪后表现的证据。

犯罪分子的个人情况主要包括刑事责任年龄、刑事责任能力、历史情况等；犯罪后的表现包括自首、立功、认罪态度、悔罪表现、退赔情况等。这方面的证据主要是书证、证人证言、被告人口供等。这些证据对于正确定罪和量刑也有着十分重要的意义，因为它们涉及到许多重要的法定或酌定量刑情节。

3. 抢劫案件几种主要证据的审查和运用

我们在弄清了抢劫案件的必备证据以后，还必须对这些证据材料进行审查和判断，在查证属实的前提下正确地加以运用，准确认定案情。这些证据材料就其种类而言也主要是物证、书证、证人证言、被告人供述和辩解、鉴定结论、勘验检查笔录，此外，少数案件可能会有视听资料。这里仅就其中最主要和最常见的几种证据的审查和运用作些探讨。

对抢劫案件几种主要证据的审查与运用主要是审查其客观性、合法性和关联性，在此基础上根据其与抢劫案件事实的联系方式和联系面，认定相应的事实，并最终对整个案件作出综合判断。

(1) 对物证的审查与运用。

抢劫案件的物证包括作案工具、作案物品、行为人遗留在现场的物品和痕迹，在实施暴力和反抗过程中，在被害人或被告人身体或衣物上形成的伤痕或印迹、赃款、赃物、尸体等。物证是以其本身的存在发挥其证明作用的，相对于言词证据而言更具有客观性。但不同的物证、证明的方式和证明的内容是各不相同的，就证明方式而言，有的以其存在的场所、位置证明案情，有的以其数量、质量证明案情，有的以其外部特征证明案情，有的以其性质和用途证明案情，有的则以其诸方面特性共同发挥其证明作用；就证明内容（即物证与案件事实的联系面）而言，有的能证明作案的手段（如作案工具和物品），有的能证明犯罪后果（如赃款赃物、被害人尸体等），有的能证明暴力行为的实施情况（如被告人、被害人身体上的伤痕、痕迹、衣着破损情况等），有的可用于对抢劫犯罪分子进行人身同一认定（如抢劫现场留下的被告人的指纹、脚印等）。应当指出，物证一般都属于间接证据，单独一个物证一般都只能反映案件事实的某一个方面或某一个环节，不可能直接证明案件的主要事实，审判实

践中有人将物证理解为直接证据是错误的，应注意纠正，否则会影响对物证的正确审查与运用。

对抢劫案件物证的审查，主要是审查每一个物证的来源、形成过程、特征、数量、质量、性质、用途、收集和保全情况，判断其是否是在抢劫犯罪过程中自然形成的，有无伪造、变造或以同类物品替代的情况。审查的方法一是纵向联系，即将单个的物证所反映的情况与整个案情的发展过程联系起来，运用逻辑的方法，看其与其他事实是否矛盾，是否符合事物发展的客观规律；二是横向比较，即将单个物证所反映的案件事实与其他证据（包括其他物证）所证明的同一事实进行比较鉴别，如有矛盾，则必须合理排除；三是运用科学技术手段，抢劫案件中的有些物证如指纹、伤痕、麻醉药品等，仅凭感观是很难作出判断的，须结合有关鉴定结论，借助科技手段，才能充分挖掘和判断其所携带的证明信息，发挥证明作用。

对抢劫案件物证的运用主要是要在对物证查证属实的基础上，认真分析和判断其能证范围，根据每一个物证所得出的证明结论应与其本身所携带的证明信息量相适应，对其能证范围和能证程度既不能夸大，也不能缩小。这是一个辩证的逻辑思维过程，应以客观实际出发，结合认定抢劫案件必备的证明环节，抓住重点，作出准确的判断。

(2) 鉴定结论的审查与运用。

抢劫案件中常见的鉴定结论有以下几种：

①法医学鉴定结论，主要是用于确定死者的死亡原因，死者、伤者的受伤害情况，有助于判断抢劫案件中暴力加害或其他人身加害行为是否发生，加害的手段、方法和轻重程度及其造成的后果情况。

②刑事科学技术鉴定结论，主要是指对指纹、掌纹、脚印、痕迹等进行同一认定的结论，有助于我们对被告人与抢劫行为人进行人身同一认定。

③少数抢劫案件可能有司法精神病鉴定结论，用于确定被告人、被害人的精神状态，有助于我们判断被告人的刑事责任能力及被害人的受害情况。

从理想的角度看，这些鉴定结论应该是客观真实的科学结论，但由于鉴定毕竟是人的活动，鉴定过程受各种主客观条件的影响，有时也难免发生错误，因此，对鉴定结论同样需要认真审查，不可盲目轻信，盲目采用。

导致鉴定结论出现差误的原因主要有以下几个方面：

①来自鉴定人的因素，包括鉴定人与抢劫案件当事人有直接或间接利害关系；鉴定人对解决该项专门性问题的科学知识或技能有局限；鉴定过程中受到他人的影响和干扰等。

②送检材料不充分或不真实。鉴定结论与送检材料有密切的关系，送检材料是基础和前提，正确的鉴定结论必须建立在充分可靠的送检材料的基础上，如果送检的材料本身有问题，鉴定结论必然会出错。

③鉴定使用的设备不够完善，采用的方法和操作程序不尽科学。

④作出结论的论据不够充分，推断不合理。

因此，对鉴定结论应着重审查上述几方面的内容，只要存在上述任何一个因素，都不能认为结论是正确的。当然，对鉴定结论仅就其本身进行审查，有时很难作出判断，审判实践中更多地是要结合其他证据进行综合分析，对比研究，发现矛盾，解决矛盾。

运用鉴定结论认定抢劫案情时，着重明确一点，即鉴定结论虽经查证属实，其证明力仍然是有局限的，它仅能解决抢劫案件中涉及科学技术的某些具体问题，只能据以认定案件中的个别或部分事实，不能据以认定全部案件事实，对全案事实的认定更多地依赖于其他证据，我们不能盲目夸大鉴定结论的证明作用。

(3) 对被告人口供的审查和运用。

被告人口供包括被告人的供述和辩解。在抢劫案件中，如果抢劫确系被告人所为，理想的口供，其能证范围是相当广泛的，它能够反映案件事实的全部情节，包括犯罪的动机、目的、手段、方法、过程和对社会的危害结果等等，就其证明内容的广度而言，是其他任何一种证据所无法比拟的；如果抢劫不是被告人所为，他也能比其他任何人更清楚、更充分地陈述自己与案件事实无关的各种情况和理由。在抢劫案件中，除口供外，很少有其他能够反映案件全貌的直接证据，尤其是一些被害人已死亡或丧失表达能力的案件。因此，审查和运用被告人口供对于认定抢劫案件有着极其重要的意义，它能够将其他间接证据证明的案件的零散、片断的事实串联起来，形成一个完整的、合乎规律的证据体系，使证据更为充分。

但口供证明作用的发挥，必须建立在口供真实可靠的基础上，而口供是一种真实性和虚假性同时并存的证据材料，与其他证据材料相比，其虚假性特点更为突出，抢劫案件更是如此。抢劫是一种性质比较严重的犯罪，犯罪分子对自己所要承担的法律责任往往有畏惧心理，自己的口供所证明的案件事实可能成为其承担法律责任的基础，因此，他总是不愿如实供述，总要想方设法作有利于自己的陈述，以逃避或减轻处罚，只有在无可辩驳的事实面前，他才会如实供述。当然，也不排除有些犯罪分子出于真诚悔罪或为了争取坦白从宽而如实供述的可能。但值得注意的是，即使是有罪供述也不能一概认为都是真实

的，其间也存在虚假的可能性，例如，有的被告人片面理解“坦白从宽”的政策，故意夸大犯罪事实，以期得到从宽处理，有的被告人出于江湖义气，替人受过，把别人的犯罪行为揽在自己身上，有的被告人只承认司法机关已掌握证据的犯罪事实，而隐瞒司法机关暂时还不了解的犯罪事实；不正确的审讯方式也能导致被告人作虚假的有罪供述。因此，审判机关审查判断口供的真实性，是保证口供证明力，运用口供证明抢劫案件事实的尤其重要的工作。

抢劫案件到审判阶段，卷宗材料中最多的莫过于被告人的口供了，对众多的口供材料应如何审查和判断其真实性呢？

①可通过阅卷，形成对被告人口供的综合印象。

a. 审查被告人品质。被告人品质是影响其口供真实程度的主观因素之一。抢劫犯罪分子也不例外。从审判实践看，犯罪前思想品德比较好的人，偶然犯抢劫罪以后，迫于法律的威慑，经教育，一般比较容易如实供述自己的犯罪行为；而那些恶习很深，思想品质一贯很差，历史上有劣迹，曾“几进宫”的犯罪分子一般不肯轻易如实供述，还常常会嫁祸于人。当然，审查被告人品质不能代替对口供的审查，但它对我们判断口供的真实性无疑是有帮助的。此外，我们还应注意审查被告人的其他情况，如文化程度、精神状态、记忆表达能力等，这些因素也会给口供带来一些影响。

b. 审查取得口供的方法。口供取得的方法，尤其是审讯方法对口供的影响是相当大的，不同的审讯方式和不同的心理暗示会对被告人的心理产生不同的影响，从而导致其作出真实程度不同的供述。被告人在逼供情况下产生的恐惧心理和在诱供情况下产生的侥幸心理都会成为其作虚假供述的动机。

c. 仔细审查被告人的各次口供，比较各次口供之间和每一次口供前后之间是否基本一致，是否有自相矛盾的地方。审查时，对被告人的每一次口供都不能放过。审判实践中有的审判人员为了赶时间，走捷径，只对其中被告人供述比较全面的某一次口供进行审查，而其余的则一概忽略，这种做法是应当避免的，殊不知这样做很可能会遗漏一些问题和矛盾，以偏概全，导致证据不扎实。只有经过全面审查，比对口供，才能较全面地发现问题和矛盾，为最后解决矛盾打下基础。

②具体审查和判断抢劫案件口供的内容，使口供成为认定抢劫案件事实的根据。

这一过程，我们可以采取分解、比对、核实和综合审查运用的方法。

a. 分解、比对、核实。

所谓分解是指将口供所反映的抢劫案件事实的内容，按照抢劫案件必备的

证明环节进行分解，即分析出哪部分口供是用于证明被告人主观方面情况的，哪部分口供是用于证明被告人客观行为的等等。

所谓比对，是指将各次口供中分解出的证明同一事实环节的口供进行比较，找出相同点和不同点，以便进一步收集和运用其他证据进行核实。

所谓核实，是指将证明同一事实环节的其他相关证据与口供进行对照，以达到相互印证的目的，如果不能相互印证，则必然要排除其中之一。

应当指出，口供所反映的抢劫案件的每一个必备的事实环节都必须有其他相关证据的印证，未经印证的那部分口供一般不能作为定案的根据。

b. 综合审查运用。

我们在对口供进行分解、比对和核实以后，还必须结合全案事实，将口供所反映的抢劫案件的所有的事实环节串联起来，综合审查判断和运用口供。因为抢劫案件事实作为一种犯罪事实，其各个环节之间应该是相互联系、互相协调的统一体，事物的发展有其内在的、合乎规律的发展过程。如果口供所证明的事实环节之间出现不可排除的矛盾，我们完全有理由排除且必须排除该口供的真实性和其证明作用。

以上我们仅着重论述了抢劫案件几种主要证据的审查与运用，对其他证据同样也不能忽视。

总之，审查和运用证据是审理抢劫案件的核心工作，以上仅是一些粗浅的探讨，要切实审理好每一起抢劫案件，还有待于我们在审判实践中作出进一步的研究和探索，不断总结，以提高审判水平。

（二）盗窃案件证据的审查与运用

近年来，盗窃案件越来越多，盗窃数额也越来越大，加之许多盗窃案件时间长、作案多、地域广，被告人中有不少有前科或者是劳教分子，甚至是作案后被通缉而逃窜的犯罪分子。这些给我们从重从快打击盗窃犯罪分子带来了不少困难。但是，只要他们进行犯罪活动，就必然引起客观事物的变化，遗留下蛛丝马迹，同时因盗窃成员的增加也会给审理带来一些有利因素。只要认真审查、判断证据，还是能够做到从重从快、不枉不纵地打击盗窃犯罪分子的。因而在审查盗窃案件的证据时要特别注意以下几个问题：

1. 审查被告人的供述及辩解

盗窃案件多数是被告人被抓获后，通过被告人的供述，经进一步收集证据予以认定的，一般尚能做到主要犯罪事实清楚，证据确实充分，正确地定罪量刑。但也有少数的惯犯、累犯为了逃避法律的制裁而采取拒不交待的方法，或者因其犯罪较重而避重就轻，想方设法地进行无罪或罪轻的辩解，也有的被告

人错误地理解“坦白从宽，抗拒从严”的政策，故意扩大自己的盗窃犯罪事实，把较轻的犯罪行为说成较重的犯罪行为，以显示其能够坦白认罪，争取宽大处理。另外，也不排除少数办案人员有“小偷有一必有二”的错误思想而采取不正确的审讯方式，使得被告人被迫作出某些虚假的陈述。因此，在盗窃案件的审理过程中，实事求是地审查被告人的供述，就显得尤为重要。

(1) 认真审查被告人的第一次供述。在盗窃案件的审理过程中，要特别注意被告人在公安机关的第一次供述。因为这次交待往往是被告人在盗窃现场或销赃时被当场抓获的，此时被告人与外界隔绝，在精神上还处于极度的恐慌混乱之中，还未来得及做好对付司法人员审讯的心理准备，这样就决定了被告人的第一次供述的可信程度较高，尽管其中可能有错误的供述，但这些往往是次要的枝节问题，其交待的主要犯罪事实一般是真实可信的。对被告人的第一次供述主要应从以下几个方面进行审查，即作案时间、地点；作案手段及工具；盗窃的赃物及去向；作案后在何处落脚；窝主及销赃者是谁；失主是否及时报案；若是团伙作案，还要查清谁是策划者，具体分工及各自的责任等。通过以上证据的审查，将会对一起盗窃案件是否成立作出初步的判断。

(2) 认真查明被告人不供或翻供的原因。在盗窃案件的审理过程中，经常遇到部分案件的被告人不供或翻供，我们不能简单地认为就是被告人的认罪态度不好，过早地作出肯定或否定的判断。被告人的供述是否真实不在于被告人的否定或翻供，而取决于被告人的供述是否符合客观事实。因此要对被告人的不供或翻供的原因进行认真地剖析和审查，及时采取对策以获取审判的主动权。实践中盗窃案件的被告人不供或翻供的主要原因有以下几种：一是惧怕心理。被告人原在公安、检察已有交待，但后来得知自己的罪行严重，害怕处罚而不供或翻供，主要体现在想减少自己参与盗窃的次数和数额。如被告人张某于八八年的一天，两次盗窃河北省来贩卖毛线妇女的人民币 13000 元。归案后，被告人对自己的犯罪行为作了如实的交待，但到了起诉和审理阶段，被告人即把第二次盗窃的 11000 余元说成是被盗主给其购买毛线的回扣；二是存有侥幸心理。特别是在共同犯罪中，有的因盗窃前没有明确的分工，虽然在事后参与了分赃，但在归案后往往以自己当时不知道他人盗窃为由，拒不供认，企图逃避惩罚。这就要结合同案犯的供述和作案的地点、环境等其它证据进行综合分析，以事实揭露其犯罪行为，打消其侥幸心理，促使其认罪服法。如被告人纪某、郑某共同盗窃案，两被告人盗窃作案 17 起，郑某在公安预审时已作了交待，但两被告人在盗窃前均没有预谋，由纪某实施盗窃，郑某则“望风”、“挡人”。归案后，郑某听信同牢房人的唆使，认为自己每次仅仅是“望风”、

“挡人”，可以赖掉几笔，就把几次数额较大的盗窃犯罪说成是自己不在场或不知道纪某盗窃，仅仅事后参与分赃而已；三是抵赖心理，当直接证据不足要依靠间接证据定案时，被告人往往易翻供或不供。如被告人王某盗窃自行车一案，被告人在公安机关一直供述自己盗窃自行车五辆，后被告得知有两辆无失主报案即开始翻供，只承认盗窃了三辆自行车，检察院以被告人盗窃三辆自行车向法院起诉，经法院补充调查，最终证实被告人盗窃自行车五辆。由此不难看出，客观上证据不足，会使被告人更大胆地抵赖。

(3) 充分听取被告人的辩解。被告人的辩解是法律给予被告人的权利，不能简单地说成是被告人的狡辩和抵赖。审查中，对被告人提出的辩解要实事求是地结合有关证据加以分析，对于案件的主要事实出现矛盾的应及时查清。被告人的辩解往往是针对以下三个方面提出的：一是针对被盗主报案的事实提出辩解。如被告人巩某于 1991 年 2 月的一天深夜，盗窃一居民的价值 3000 元彩电一台，后被群众举报抓获，被盗主在报案中称有卖摩托车的 3000 元同时被盗，被告人对此进行辩解，后经审查，排除了被告人盗窃 3000 元的可能性；二是针对所盗窃财物的价格及新旧程度提出辩解，这是在审理盗窃案件中最为普遍的一个问题。如被告人周某于 1991 年 2 月盗窃某院校日本产理光牌照相机 1 架，被盗物品的发票上价格是 2994 元，检察机关以此价格向法院提起公诉。在审理中，被告人提出这一价格过高，承办人没有简单地驳回被告人的申辩，而是走访有关照相器材商后，证实该种相机当时市场价格仅为 1290 元，后到被盗单位再次核实查明，原来此相机是二级单位派购的，其中有 1000 多元的回扣，最终准确地确定了盗窃数额；三是针对其在实施盗窃犯罪活动中的地位、作用提出辩解。在共同盗窃中，被告人各自对其所起的作用、地位往往相互推诿，特别是在有两名犯罪分子共同作案一名归案而另一名在逃的情况下，归案的被告总是将主要责任（如所起的作用，赃物的分配等）向在逃的那一名犯罪分子推卸。对此类案件我们认为不宜再分主从犯，应按一般共同犯罪处理。

2. 审查失主的陈述及报案

失主报案是被盗者以书面形式向公安机关作出的被盗情况的报告，它是证明案件事实的有力证据。一般情况下，失主报案反映的情况是比较客观、可信的。但是由于受报案时间的迟早，财物管理状况以及报案者个人思想品质等原因的影响，都可能造成报案反映的并不是真实情况，以至与实际被盗物品及数额出入较大。对此，审判人员对于失主的报案应作细致全面的审查，查证属实的方可作为定案的证据。

(1) 注意对报案时间上的审查。报案时间可分为破案前的报案和破案后的报案两种，破案前的报案一般是失主在被盗后及时向公安机关作出的报告，此时的失主不知案件能否侦破，加之相隔时间较短，对被盗物品的新旧程度、价格等情况都能作比较清楚的陈述，比较真实可信，易于审查判断，大多数可以作为定案的证据。破案后的报案是在被告人被抓获后，公安机关根据被告人的交待，寻找失主并由失主补写报案。由于此时离发案时间较长，情况变化较大，失主认为无关紧要或者当时根本就没有发现被盗，对被盗物品更一无所知。所以这类报案掺杂的"水分"较大。因而，在审理中既不能按报案为准，也不能单以被告人的供述为依据，应综合全案，进行严格的审查和分析，作出正确的判断。如张某等四名被告人，从某大厦盗窃收录机 3 台、电饭煲 4 只，案发后搜出了赃物，但是大厦并没有发现本单位被盗，只是在公安机关上门后，被盗单位才进行清仓查货，并写了份一至二月份本单位被盗清单，其数目远大于被告人供述的，虽然这份被盗清单就很难作为定案的证据，因为可能有其他犯罪分子在此盗窃作案，也有可能被盗单位错报，也有可能因被告人被抓获而故意扩大损失的数额。因此办案人员就要结合其他证据，进行综合分析，作出正确的判断。

(2) 注意对报案内容的审查。被盗物品的数量、价格等，是对被告人定罪量刑的重要证据之一，只有经过认真核实后才能作证据使用。a. 对被盗物品内容进行审查，即审核物品的数量、质量、规格、价格等。如惠某盗窃一案，被告人于 1989 年 2 月在某水利工程队盗窃木材、脚手架、管钢等物，报案称：被盗木材 10 余立方米，钢管（4 米长）150 余根，而被告人仅承认盗窃木材不到 1 立方米，已打成家具，4 米长的钢管 8 根，焊成一张铁床。经调查被盗单位，由于被盗单位经常在外施工，人员混杂，加之管理不善，对于被盗物品的数量根本不知是多少，报案材料中写的只是大约数字。通过分析认为，被告人在短时间内没有使用特殊的运输工具，如此大量的财物是不可能运走的；b. 利用公安机关的勘查记录来审查报案内容。勘查记录是公安机关对有关犯罪的现场、物品、人身等进行勘查所做的记录，它是案发现场的真实反映，为我们审查判断被盗主的报案提供了依据。如被告人端某等五人的盗窃案，五被告人于 1989 年 1 月在某市盗窃作案数十起，其中五被告人曾在一居民家盗窃作案，被盗主报案称被盗现金 800 元、金融债券 3000 元，但五被告人只供认盗窃现金 800 元，没有盗窃金融债券，检察院以报案的数额向法院起诉，法院在审理中发现，失主的 3000 元债券放在三间房屋的东侧一间的桌子抽屉里，公安机关的现场勘验记录中表明"中间及西侧房间被翻，东侧房门上锁有撬迹"，从

这份记录中不难看出东头房屋并没有被撬开，因此所谓的3000元债券被盗也是不可能的。

3. 审查证人证言及物证

(1) 审查证人证言，防止主观片面。盗窃案件的被告人常以撬门扭锁、挖洞跳窗、翻墙入院、冒充找人或乘人不备、掏兜割包等方法进行作案，在这类案件中，除被告人被当场抓获外，其它很少有证人能够证实被告人的犯罪行为，即使有些证人作证，多是间接的、不完整的，这就要求我们必须充分地利用有限的证人证言，进行正确地审查判断，做到不冤枉好人，也不放纵犯罪分子。在审查证人证言时应注意以下几个方面：一要审查证言来源，看是证人耳闻目睹的，还是道听途说的，注意分析证言的真实性；二是要审查证人证言是否相互印证，能否找出矛盾，注意分析证人证言的客观性；主要审查证人当时所处的环境和条件，对证人作出的不同陈述，抓住主要事实审查主要矛盾，分析证人证言的客观性。如被告人王某于1990年11月22日在公共汽车上扒窃一乘客现金1000余元，被当场抓获，被告人所盗的1000余元已被扔出车窗外，被告人拒不供认，这种案子能否认定有争议，我们即对抓获被告人的同志进行了解，他是一位反扒人员，多次受到单位和公安机关的表扬，与这名被告人也无任何利害关系，同时结合其它证据，法院对被告人从重判处有期徒刑四年，被告人表示服从判决，不上诉。

(2) 审查物证真伪，防止主观臆断。盗窃案件中的物证主要有作案工具、犯罪分子留下的物品、盗窃的赃款赃物等。对物证的审查必须首先查明物证本身的真伪，即物证是当场取得的还是事后搜查取得的，当场查获的一般矛盾不大，而事后搜查取得的必须进行严格的鉴别。其次，审查物证与本案的联系，即证据的相关性，看物证与盗窃案是否存在着客观的联系，否则就不能作为证据。如有的随卷向法院起诉的案件中有大量的物品，这些物品有是被告人自己的，有别人存放的，有购买别人的赃物等种种可能，不一定全是被告人盗窃的赃物。再次审查物证与其他证据是否相互印证。物证是案件的间接证据，仅凭这一间接证据是不可能定案的，必须审查与其他证据的关系，看他们是否相互印证，形成一个锁链。如被告人唐某盗窃一案，起诉书指控唐某于1989年12月在某单位财务科翻窗入室，撬锁盗窃现金数千元，作案工具没有起获，赃款也均被挥霍，被告人归案后仅在刑警队作过一次供述，后即翻供说初次供述是公安人员刑讯逼供，法院提审时，该犯鸣冤叫屈。在阅卷中发现。本案除有被盗单位报案、被告人供述一次外，还有其他证据，即公安机关接到报案后进行现场勘查时，在中心现场发现一趟较为清晰的足迹，后遂派人从唐某家中密取

旅游鞋一双，经公安机关痕迹检验技术人员鉴定，该旅游鞋与现场提取的足迹相同。但此鞋是否被他人借用、盗穿？唐某在发案前是否因故到过中心现场等环节均未查明。为此，法院提审了唐某，唐供称以前从未到过现场，到被盗单位调查，亦证实唐从未进入过财务科，后又找唐某之妻询问，她证实唐某仅有一双这样式的鞋子，且从未借给他人和被盗用过。根据上述证据，结合公诉机关提供的其它证据，法院认定：现场提取的足迹系唐某盗窃作案时所留。在开庭时，法院适时运用有关证据，被告人唐某在事实面前不得不如实供述其犯罪过程。一审判决后，唐犯表示认罪服法，没有上诉。

（三）诈骗案件证据的审查与运用

1. 诈骗案件证据的特点

诈骗罪是指：以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒事实真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗罪的证据是指：国家司法机关依照法定程序收集和认定的，用以证明诈骗行为是否存在，确定诈骗罪是否构成的一切客观事实。诈骗罪的证据既有一般案件所共有的证据特征，又有其本身的特点，主要表现有：

(1) 证明被告人主观内容方面的证据较难收集。诈骗案件的被告人与其他刑事案件中的被告人一样，在主观故意上避重就轻，能推则推，常常以各种借口否认自己明确的欺骗故意和非法占有他人财物的目的，因此，对被告人的主观故意能直接起到证明作用的证据较难取得。

(2) 证明存在虚构事实方面的证据显得比较重要。这方面的证据涉及证明被告人的行为是一般的经济纠纷，还是构成了诈骗犯罪。虚构事实的证据主要是三种：①书证物证，主要证明被告人诈骗行为，这种证据，在借贷、合同、票据、财务、经营活动的行骗中居多，体现在证据上常见的有：账册、票据、名册、文件、合同书及作案工具和被骗的实物。②被害人陈述，诈骗案主要是被骗方人员的陈述。这是一种普遍运用的证据，被骗方的陈述一般比较真实可靠，能够证明当时被告人所虚构的事实。③被告人供述和辩解，经查证属实，也是定案的重要证据之一。

(3) 证据的复杂性和多面性。由于诈骗犯罪的手段多种多样，如：有的利用借贷诈骗财物、有的利用经济合同诈骗财物、也有的利用支票和代购代销及伪造涂改票据等手段诈骗财物。这些都决定了诈骗罪的证据具有复杂性和多面性。

(4) 证明诈骗犯罪后果的证据比较明显。此证据一般表现为一定数额的财物，如：被骗的定金、贷款、预付款、借贷额和具体实物，根据《刑法》规

定，诈骗数额较大构成犯罪，证明诈骗数额的证据，也是证明诈骗犯罪后果的重要证据。

2. 诈骗案件证据的审查与运用

诈骗案件是由检察机关提起公诉的刑事案件，在公安机关的侦查、预审和检察机关的审查起诉等一系列过程中，有关犯罪事实的一些基本证据已经具备，法院在审查诈骗案件中，主要是通过已有的证据材料进行审查，确定哪些证据合法有效，与案件事实有因果关系，可以作为定案的根据。由于诈骗案件的证据材料纷繁复杂，是否对案件事实起证明作用不易断定，要做到案件事实清楚，证据确实充分，必须针对诈骗案件中各类不同的诈骗形式，掌握审查证据认定证据的正确方法。

(1) 借贷中诈骗证据的审查与运用。借贷中的诈骗涉及到三方单位或个人：①借贷人（方）即向银行申请借贷的单位或个人；②担保人（方）即担保他人或单位向银行借贷的一方；③出借人（方）即发放贷款的银行。借贷中的诈骗有“借贷”外衣作掩护，具有较大的欺骗性，往往容易把诈骗犯罪与借贷纠纷交织在一起，两种性质稍有疏忽即相混淆。在司法实践中，审查此类案件的证据主要抓住三个环节：

①查被告人的借贷动机及申请借贷的报告，这是能够证明被告人是否具有诈骗故意的证据。被告人在借贷前一般都是在借贷项目上作假文章，为了掩盖其骗贷动机，在银行都编造了虚假的申请借贷的书面报告，且申请借贷报告中内容往往又与被告人的真实借贷动机不一致，被骗方对其真实借贷动机是蒙在鼓里，在案发后方能得知真相。如：某被告人向银行申请借贷报告是购货缺额，而真实动机是想通过借贷手段占有财物，其诈骗的主观故意方面的证据表现在申请借贷内容的虚假性。借贷动机与借贷报告是否一致能够证明被告人的骗贷故意是否成立。我们可以把申请借贷的虚假内容，作为被告人骗贷故意方面的定案证据，证明被告人骗贷的主观故意。

②查担保方的形成，这既是形成借贷关系的必要条件，也是涉及以借贷骗取资金的一个重要证据。被告人为通过借贷骗取财物，往往首先骗取有担保能力的单位或个人为其提供借贷担保。在司法实践中，此类证据应审查：a. 担保方人员的证言，他们的证言比较真实可靠，能够证明当时为被告人提供借贷担保的真实情况；b. 被告人请求担保借贷的供述，并与担保方人员的证言相互印证比较，从中鉴别其申请担保借贷是否系虚假；c. 担保书的来源是否有骗取或伪造情况。通过三方面的审查，就可以查清被告人骗取担保的定案证据。

③查出借方的批货手续及被骗数额，这是对被告人定罪量刑的依据。根据借贷规定，银行对申请借贷方必须调查核实其固定资产的数额及来源，偿还途径是否可靠，借贷的用途及数额以及担保单位的担保能力。司法实践中，此类案件主要存在两种情况：一种是借贷人不如实提供情况，千方百计制造假相来欺骗出借方借贷前的查核，使查核人无法了解事实真相而造成出借方错觉；另一种是出借方人员查核不认真，使被告人在各个批货环节上蒙混过关。我们可以把被告人不如实提供情况和批货环节上的弄虚作假行为及损失数额作为定案依据。

(2) 经济合同中诈骗证据的审查与运用。经济合同是法人之间或法人与自然人之间为实现一定的经济目的，明确权利义务关系的协议。有些被告人则是以签订经济合同为掩护，根本没有履行合同的意愿，目的就是为了非法占有财物；也有的被告人诈骗故意不甚明显，合同签订后，部分履行，部分占有，与合同纠纷交织在一起难以分清，审理这类案件应审查以下几个方面：

①合同主体的法人资格是否假冒。经济合同成立的首要条件是，合同双方必须具备法人资格。与其他犯罪不同，经济合同案犯大多以假冒法人身份出现，直接进行诈骗活动（如以经理、厂长等名义），且大多发生在公开场合，被骗方对被告人自称的法人资格是明了的，但对其是否真正具备法人资格却并不清楚。案发后，被骗方的陈述，被告人留下的名片、介绍信，合同书上的签名与被告人的身份证和职业情况及供述互相印证，能够证明被告人签订合同时的真实身份，被告人身份如系假冒即可作假冒法人资格的定案证据。

②查被告人是否具有履行合同的意愿，这是证实被告人签订合同时主观故意方面的证据。被告人的主观故意一般有三种情况：a. 被告人签订经济合同是想骗取对方全部财物，主观上根本就没有履行合同之意，诈骗故意十分明显；b. 被告人签订经济合同后，部分履行，未履行部分能还则还，不能还则赖，辩称是履行中的合同纠纷，诈骗故意不十分明显；c. 被告人开始无诈骗故意，后因生意不成而产生诈骗之念，由合同纠纷转化为诈骗犯罪，要证实被告人主观故意的内容，必须审查以下两个方面的证据材料：一是审查合同中规定的款、物流向与实际额、物流向是否一致。合同内容是按双方行为人的意志确定的，反映着行为人的主观故意，合同规定的额物，在实际流转中能不能按合同规定流转，可从中鉴别被告人签订合同的主观动机，从而确定被告人是否具有履行合同的意愿；二是审查合同的有效性。即合同条款是否合法，印鉴、合同书是否伪造、涂改，合同内容是否真实，双方行为人有无内外勾结共同作弊的情况，签订合同是否超越权限，如系虚假都可作为定案依据。

(3) 利用支票诈骗的证据审查与运用。支票是人们生产经营中的付款票据，这种付款票据一般要经过：出票人，即签发支票的单位和个人；收款人，即通过银行向出票人收款的部门；付款人，即出票人开户的银行。这类案件与其他犯罪不同，被告人是以支票行骗，归结起来大致有四种情况：①用挂失的支票诈骗，即行为人拾到支票后骗购商品；②用过期支票诈骗，即行为人利用某些单位审核不严，以过期支票蒙混过关骗购商品；③用空票诈骗，即行为人明知此票银行账号无存款，仍将支票签出骗购商品；④伪造或通过其他非法手段取得支票骗购商品。审查此类案件的证据主要抓住三个核实：①核实签发支票的单位和个人的持票动机，从中认定持票人的主观故意，这是持票主观故意方面的证据。如被告人明知自己银行账号无存款，或明知所持的是过期支票，仍用支票购货；②核实被告人所持支票的来源是否合法，如被告人有否利用拾到和挂失及窃取支票购买商品情况，这是被告人利用支票诈骗的行为证据；③核实出票人开户银行和单位的财务账目，确定被骗数额的大小，这是被告人定罪量刑的证据。

(4) 对其他几种诈骗案件的证据审查与运用。其他常见的诈骗有：①虚构货源以代购代销为名骗取财物；②涂改单据、冒领财物；③以帮助看管为名骗走财物。虚构货源以代购代销为名的诈骗财物的案件其证据是：a. 与案件有关的购销票据（如发票、进货单、购货单、账册等），b. 被骗人的陈述，能够证明购销全过程。涂改单据冒领财物的诈骗案件其主要证据是：a. 被涂改的单据，这是被告人冒领实物的书证；b. 被告人冒领的具体实物，这是一种物证，能够证明冒领实物的具体数额，这两种证据相互印证基本一致，能够证明被告人冒领财物的犯罪行为。以帮助看管为名骗走财物的诈骗案件主要证据是：a. 被骗人的陈述；b. 知情人的证言；c. 被骗走的实物，这三种证据相互印证，能够证明被告人以帮助看管为名而骗走财物的行为。上列几种诈骗案件的主要证据是定案的基本证据，其他证据如假书证的技术鉴定、笔迹鉴定、被告人的住宿登记、来往支票等等也会对证明诈骗犯罪事实起到一定的作用，经法庭审核确定后可作定案证据使用。

五、妨害社会管理秩序案件证据的审查与运用

（一）毒品案件证据的审查与运用

毒品犯罪案件作为六害之首，是严打斗争的重点对象。近几年来，由于国际贩毒活动猖獗，并不断向我国渗透，日益严重的毒品犯罪活动，已经成为我国社会的一大公害。它导致吸毒现象沉渣泛起，并在一些地区出现蔓延势态。

对于这一严重危害社会的现象，新刑法作了必要的补充和修改，在原有罪名基础上新规定了十六个罪名，对一些毒品犯罪的定罪、处刑作了新的规定，司法机关要准确运用法律武器与毒品犯罪案件作斗争，必须正确地对这类案件的证据进行审查判断。

1. 毒品案件证据特点

(1) 罪名多、罪证难取。根据禁毒斗争中出现的新情况和严惩毒品犯罪的需要，从立法上对刑法进行了重要的补充和修改，增加了一些新的罪名。有：制造、贩卖、运输毒品罪；非法持有毒品罪；包庇毒品犯罪分子罪；窝藏毒品罪；窝藏毒品犯罪所得财物罪；走私制造麻醉药品、精神药品的物品罪；非法种植毒品原植物罪；引诱、教唆、欺骗他人吸食、注射毒品罪；强迫他人吸食、注射毒品罪；非法提供毒品罪。这十种罪名有的属于选择性罪名，在适用中应根据行为人的具体罪状，按照选择性罪名的定罪方法加以认定。如果同一被告人在同类毒品犯罪中实施了多种犯罪行为，也不应视为数罪而并罚。与众多的罪名相反，认定毒品案件犯罪人的证据却相对较少，审查判断难度大。毒品罪犯在巨额暴利诱惑下铤而走险，实施犯罪的手段狡猾多样，因此证据上也存在着“中间虚、两头假”的问题。直接证据少，间接证据难以形成锁链，影响准确定罪。

(2) 虚假多，印证难。毒品犯罪绝大多数都是共同犯罪，而各个共同犯罪有各自的特点，有的事前共谋，组织严密，分工明确；也有的组织松散、临时纠合，且大多手段狡猾，如采取“人货分离”等，有一套对付缉毒机关的手段。被抓获成员往往互相推诿责任，拒不承担自己罪责或相互包庇，编造谎言。即使交代出来也仅限于毒品交易地点和对方假姓名及外型特征。对这种虚假成份多的言词性证据审查判断难度较大。

(3) 毒品种类多，勘验鉴定难。毒品指鸦片、海洛因、吗啡、大麻、可卡因以及国务院规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。审理毒品犯罪案件除了要查获毒品，确定毒品的性质外，还要确定毒品数量。《刑法》中对走私、贩卖、运输、制造毒品、非法持有毒品中的鸦片不满二百克、海洛因不满十克是区分罪与非罪的一个重要界限；对非法种植罂粟五百株才够上刑法处罚，而对其他毒品无量的规定，却又标明“数量较大”的定罪标准。司法实践中，因鉴定机关现有设备、人力、技术等原因，对毒品种类、含量等的鉴定结论不明确，实物又不随案移送，确定罪证比较难。

2. 证明对象及其证据运用

审判人员怎样运用证据去查明、证实案件事实，关系办案质量。确定证明

对象，是为帮助审判人员全面、系统地掌握各种证据，并正确地运用这些证据来查清和证实案件事实。

证明对象：在毒品案中，凡是需要用证据加以证明与案件有关的一切事实都是证明对象。证明对象的范围，既不能扩大，也不能缩小。如果扩大证明对象的范围，对案件无关的情况都去进行详细调查，那不仅浪费司法机关的精力，拖延结案时间，而且会影响集中力量，深入查明与本案有关的事实。如有的地区抓获的贩毒分子，虽供有卖主（即“上线”）或供有买主（即“下线”），但往往所供地址、姓名是假的，如定要查清“卖主”、“买主”则拖延对罪犯的审查，而贩毒分子本人犯罪能否构成才是关键，是需要我们着重证明的。如果缩小证明对象的范围，对与案件有意义的情况应查明而未查明，那不仅会导致证据不充分的后果，而且还会造成对案件事实判断的根本错误。根据毒品案件特点，准确证明对象主要有二方面内容：

(1) 有关犯罪的事实。主要指与毒品犯罪构成要件有关的事实。不仅要证明一般毒品罪构成的共性要件，而且要注意证明具体毒品罪构成的特定（个体）要件。

一般毒品罪构成的共性要件有五个方面：

①要特别注意获取物证。区分是毒品还是用于制造麻醉药品、精神药品的物品，还是用于制毒的原植物。如已转移的要设法追缴，销毁的要有相关证据证实。

②毒品或物品的种类、数量、含量；购进价格、销售价格；资金来源、毒品来源、去向。有的要有鉴定结论。

③犯罪时间、地点、方法。例如：非法种植毒品原植物罪。《刑法》规定：“非法种植罂粟或者其他毒品原植物，在收获前自动铲除的，可以免除处罚。”这里须掌握二个时间。一是毒品原植物在收获之前铲除的；二是“自动铲除”的时间，一般是指在公安、司法机关尚未采取强制措施之前自动铲除的。

④行为人犯罪动机、目的，是否“明知”。如：非法提供毒品罪，如果行为人以牟利为目的而非法提供毒品给吸毒者，就不能以非法提供毒品罪论处，而应该以贩卖毒品罪进行处罚。而所有毒品犯罪均系故意犯罪，主观心态是“明知”而为。

⑤行为人是否达到刑事责任年龄，有无刑事责任能力。

具体毒品罪构成特定要件有四个方面：

①主体身份。证明其身份在于确定其能否作为具体罪名的犯罪主体，从而确认是否属于此类罪的性质。如非法提供毒品罪，只能由特殊主体构成，即只

有依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品或精神药品的人，才能成为本罪的主体。

②犯罪的手段。《刑法》中把某些特定的手段规定为犯罪构成的客观要件。如：强迫他人吸食、注射毒品罪。行为人必须具有违背被害人的意志，采用暴力、胁迫或者其他强制手段，迫使他人吸食、注射毒品的行为。这是区别引诱、教唆、欺骗他人吸食、注射毒品罪的主要标志。

③犯罪的对象。这里犯罪对象是指犯罪行为直接作用的具体物或人。在毒品犯罪中绝大多数犯罪对象是毒品，而有些犯罪对象则是特定的人或特定来源的物。如包庇毒品犯罪分子罪、窝藏毒品犯罪所得财物罪。前者包庇对象必须是已经实施了走私、贩卖、运输、制造毒品行为的犯罪分子；后者窝藏的财物必须是毒品犯罪所得的财物。不同的对象反映了不同的行为性质，所定罪名也不同。

④行为与结果之间有无因果关系。例如引诱、教唆、欺骗他人吸食、注射毒品罪。如果被害人非因引诱、教唆、欺骗而吸食或注射毒品，而完全出于自己的主观愿望，则行为人与被害人无因果关系。

(2) 有关犯罪分子个人的情况和犯罪后的表现。通常与量刑有一定的关系，必须予以证明。

①从重情节：如毒品犯罪集团的首要分子，武装掩护毒品犯罪活动、暴力抗拒检查、拘捕和参与有组织的国际贩毒活动的，以及惯犯、累犯、教唆犯等，为法律规定的从重处罚情节。

②从轻情节：投案自首、主动检举、未成年犯罪等。

证据运用：运用证据证明案件事实，必须要求有确实、充分的证据。也就是把握毒品犯罪案件的“两基本”。即：案件基本事实清楚，基本证据确实、充分。证据若确实、充分，是能够对案情作出结论的，这是由证据事实所客观具有的证明力决定的。证据事实与犯罪事实之间的客观相关性，决定了证据事实对犯罪事实具有充分能证性。反之，如果基本事实不清，作不出肯定或否定的结论，则说明证据不确实、不充分。

衡量毒品案件的证据是否确实、充分，除运用证据的关联性、合法性来查证外，还可以联系毒品案件证据的证明对象来考察所掌握的证据是否充分。有的案件证据在数量上看并不多，但对应加以证明的证明对象均能起证明作用。如毒品案中不少案件人赃俱获，但来源、去向不清，又无继续查证的可能，应根据已经查明的事实、证据定案。这样既保证了办案质量，又及时打击了犯罪分子。

3. 各种证据的审查运用

分析整个毒品案件十种罪名中，各罪基本特征不尽相同。一些犯罪案件证据具有共性特点。如贩卖、运输、制造毒品罪；非法持有毒品罪；窝藏毒品罪；走私用于制造麻醉药品、精神药品的物品罪。其共性特征有四点：一是犯罪主体均为一般主体；二是犯罪对象均为毒品或制毒物品；三是客观表现形式是作为；四是主观上均为故意。因此本文就这类罪具有共性的证据综合审查运用作些探讨：

(1) 毒品或制毒物品等物证的审查运用。审查现有证据能否证明犯罪对象是毒品或制毒物品。如鸦片、海洛因、吗啡、大麻、可卡因以及国务院规定管制的其他能够使人成瘾癖的麻醉药品和精神药品及化学物品醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他经常用于制造麻醉药品或精神药品的物品。

毒品或制毒物品一旦被查获，就是毒品案件最重要的证据。它与案件事实存在明显的联系，对确认毒品犯罪行为是否发生，是否存在客观内在的联系，是否为被告人所实施具有重要作用。对一些毒品案件证据的审查判断，也始终都是直接或间接围绕审查判断是否毒品及制毒物品进行的。一般应着重审查以下几方面：

①毒品及制毒物品是否真实，是否原物，有无虚假。

②审查毒品及制毒物品的来源、去向，本着实事求是原则，具体案件具体分析，不能片面强调毒品的来源、去向。

③审查对各种毒品及制毒物品有无进行科学技术鉴定，与案件中其他证据能否相互印证。

④审查有无扣押、没收物品的证据。毒品案件中对毒品及制毒物品原物一般不随案移送，往往用文字记载的内容来证明案情。诸如扣押、没收物品清单。就其内容要审查记载是否完整，数量记载是否规范，计量换算是否按国家规定标准、称谓。如有的地区被告人购买的毒物以每两三十八克为换算标准，如审查不细将影响案件质量。同时要审查其内容是否真实，如来源，物的颜色、形状、核实的净重，有无给被告人辨认，制作人有无签名及时间、地点等。凡无实物，而以文字记载的，审查中一定要慎之又慎以防出差错。

⑤审查毒品及制毒物品的种类、含量、数量，这是定罪量刑的重要证据，应力求清楚、准确。

(2) 证人证言的审查运用。毒品案件侦破难、取证难，有相当部分案件是公安机关用“特情”、“耳目”等秘密手段破获的。因此对证人证言可以据其不同特点审查掌握。

①“特情”、“耳目”证言。此类证人是公安机关用来侦破犯罪的手段。其证言比较扎实可靠是由其身份特殊性所决定的，但也不能完全排除有掩饰情节的可能性。比如“特情”为破案采用一些手段，恰恰这些手段是衡量被告量刑时需要考虑的酌情情节，在证言中就需要正确判断运用。例如：喻某走私海洛因案。喻帮人拍摄彩色照片，冲片途中遇到“大理人”（特情），两人谈生意时，喻问“大理人”要不要海洛因，“大理人”表示要，后喻从缅甸老街走私海洛因一千四百五十克入境，当喻与“大理人”在国内某旅行社内讲价时被抓获。一审判处喻死刑。喻以“大理人”引诱为由上诉，最高人民法院复核，根据案件具体情况，不能完全排除“特情”引诱犯罪的可能性，改判喻某死缓。

②熟悉人证言。要审查证人身份及同当事人关系，有无隐瞒、歪曲事实真相或者无中生有、捏造事实，故意提供虚假证言的情况。查明证人陈述的情况是他亲见亲闻还是别人转述的，其来源是否可靠。例如朱某等九人贩卖、运输、制造毒品案。朱某从他人手中购得鸦片样品后涂在香烟上吸食。事后向朋友吹嘘吸食毒物满屋香味，自己也感到很舒服，并问朋友谁想要，其朋友听说后，向“特情”报告了此事，在审查中被告人也承认这一情节，从而使证言与供述得到印证。

③证言内容的审查中要注意有否不分程序、有无诱导性发问、限制性回答、陈述的顺序是否合情理。

（3）被告人供述和辩解的审查运用。被告人供述和辩解是毒品案件主要证据之一，对被告人供述辩解的审查运用可从以下几方面进行：

①对被告人否认“明知”的审查。毒品案件行为人主观上对毒品是否“明知”，是被告人内心世界的东西，被告人往往矢口否认“明知”，企图逃避罪责，审查时可以通过其行为来判明。主要从三方面审查：一是查手段判“明知”。毒品案件成交时，往往现款现物交易，在作案中犯罪分子往往千方百计伪装毒品，如将毒品捆绑在人体上或将水果挖空后藏毒，或将毒品藏匿于特制夹层箱子内等，如果被告人实施了上述伪装行为，其对毒品的性质主观上一般是明知的。二是查抓获时的行为判“明知”。毒品犯遇到检查时往往作贼心虚，对检查人员的提问支支吾吾回答不出，或抗拒检查，或弃赃逃跑，这种不正常现象的出现，意味着行为人内心清楚这些物品的性质。即行为人主观上的“明知”通过其自身行为体现出来。三是间接证据证实被告应当知道其所携带的物品是毒品。

②对被告人“供认”的审查。毒品案件人赃俱获较多，一旦抓获被告人也能供认犯罪事实。在审查中，特别要在具体情节上加以审核，如有无扩大自己

罪责、隐瞒某些情节等情况。毒品案件特点之一是共同犯罪多，这类共同犯罪组织严密，一人被抓往往不供同伙；也有的以亲缘关系为纽带结伙作案，一人被抓后宁愿自己坐牢也不愿供出亲属。因此，我们要从审查毒品上下源、资金来源等处着手，用现有证据使其完全供认。

(4) 鉴定结论的审查运用。随着禁毒斗争的深入，犯罪分子手段也越来越狡诈，真真假假，虚虚实实，千方百计逃避法律制裁。假毒品、掺假毒品在办案中时有出现。为准确定罪科刑，对毒品进行鉴定，确定毒品的种类、含量，是办理毒品犯罪案件中十分重要的问题，而对其鉴定结论的审查运用在审判阶段至关重要，如发现疑点应补充鉴定或者重新鉴定，可从以下几方面进行：

①审查送检材料是否真实充分，是否符合鉴定要求，有无写明送检机关、送检物的颜色、形状、气味、数量、送检目的、要求。

②鉴定的方法是否科学，使用的设备和其他条件是否具备作出正确结论的必要条件。如果条件、方法、设备不能够达到作出正确结论的必要要求，所作出的鉴定结论就需慎重对待。

③审查得出的结论推理是否正确，结论是否明确、惟一。毒品的鉴定是技术性、专业性较强的问题，审判人员应借助于咨询、查阅资料等方法搞懂搞透，对不明确的结论，应请求技术水平高、鉴定设备较齐全的有关部门进行重新鉴定。

④审查鉴定结论的法律手续是否完备，是否符合法律规定的形式、手续。

在毒品案件中还有几类罪具有其特定特征，如包庇毒品犯罪分子罪；窝藏毒品犯罪所得财物罪；非法种植毒品原植物罪；强迫他人吸食、注射毒品罪；引诱、教唆、欺骗他人吸食、注射毒品罪；非法提供毒品罪。这类罪的构成除主观要件与前面相同外，都有其各自特定特征，有的须是特殊主体并排除特定目的；有的犯罪对象须是特定的人或物；有的在客观行为方面须有特定的手段。因此在对这类案件的证据审查时，除证明主观方面的证据外，必须针对不同情况，区别对待。

(1) 包庇毒品犯罪分子罪、窝藏毒品犯罪所得财物罪证据的审查运用。这两种罪其行为直接作用的人或物是特定的，即前者必须是已经实施了走私、贩卖、运输、制造毒品行为的犯罪分子；后者必须是犯罪分子所拥有的或进行毒品犯罪活动所获得的财物。

①审查包庇对象是否是已经实施犯罪的人。这里已经实施犯罪的人既包括作案后潜逃尚未捕获归案的犯罪分子，也包括逃跑出来的已被依法拘捕羁押的未决犯和在服刑中的已决犯，并且包庇必须是犯走私、贩卖、运输、制造毒品

罪的犯罪分子。这是区分此罪与刑法规定的包庇罪明显不同的特征。

②对事先是否通谋的审查。可以通过间接证据进行综合审查判断。如被告人与包庇对象之间的关系，证人证言，被告人实施行为的手段、时间、地点，有无得赃款、赃物，现场勘验中物证勘验笔录、绘图、照片等附件。

③对包庇、窝藏动机的证据的审查。一般说来，被告人敢冒被判处刑罚的风险包庇毒品犯罪分子，窝藏毒品犯罪所得财物，都有具体的、明确的动机。较常见的是因友情、亲情或图财等。证明被告人有无具体的、明确的犯罪动机，往往是判断被告人的行为是否构成犯罪的重要步骤。通过审查判断证据，确认动机，可以发现被告人与行为有无内在的联系，从而认定被告人是否“明知”毒品犯罪分子或毒品犯罪所得物而实施其窝藏、包庇的行为。

(2) 引诱、教唆、欺骗他人吸食、注射毒品罪；强迫他人吸食、注射毒品罪证据的审查运用。

这两种罪的行为人犯罪动机大多数是出于牟利而进行报复。如有的贩毒犯罪分子为了广开“财路”，扩大“市场”，不惜伤天害理，拉人下水；还有的犯罪分子在受到制裁以后，迁怒于某些干部，使用卑劣手段使这些人或亲友染上毒瘾进行报复。这类案件被害人陈述与被告人供述往往是主要证据。对这两种证据的审查要注意两点：

①要注意审查被害人陈述案情时的心理活动。吸食、注射毒品的被害人与其他案件的被害人有所不同。主要表现在对犯罪分子仇恨心态上。如强奸案的被害人在人身权益受侵害后，出于对犯罪分子的无比愤恨，而夸大某些事实和情节，以求严惩罪犯，解其心头之恨；而毒品案中的被害人染上毒瘾后往往不能自拔，相应地对实情不敢如实陈述，有隐瞒或缩小犯罪事实的可能；也有为顾及名声，掩饰自己，嫁祸于人而作虚假陈述的可能。

②对被害人陈述与被告人供认即使没有明显矛盾，也要注意具体情况具体分析，通常要有一定的间接证据相印证，才能据以认定案件事实。如对强迫他人吸食、注射毒品采用的手段、被害人被逼迫后精神反常状态或身体伤情等等进行综合审查，才有利于准确地认定案件事实。

(3) 非法种植毒品原植物罪证据的审查运用。

种植毒品原植物离开时间、地点不可能形成，要注意现场勘验、检查笔录。种植毒品原植物数量（株数），被告历史情况，有无因此类行为受过处罚，或有无抗拒铲除的行为，这些不仅是罪与非罪的关键证据，而且明显地与案件事实有着客观内在联系。

①审查现场勘验、检查。现场勘验、检查是反映实物证据的集中所在。其

笔录是保全、固定证据的重要手段，是判断案件中其他证据的重要依据，也是再现案件中某些事实，判明案件真实情况的重要依据。首先审查笔录的内容是否完整，记录、照相、绘图是否齐全，是否反映了现场或其他勘验、检查对象的概貌。如《刑法》中规定，非法种植罂粟五百株以上为“数量较大”的具体标准。勘验检查笔录中有无这一反映。如种植范围、植株间距等。其次，对笔录的内容是否真实要进行审查。笔录中记载的物证、书证与收集到的物证、书证是否吻合，与被告人供述等其他证据有无矛盾。如：种植的毒品原植物是在未成熟之前发案，而现场勘验、检查笔录中反映的是未收获之前的毒品原植物。其时间上的矛盾性必须要有其他间接或直接证据予以排除方能定案。对不符合法律要求的笔录不能作证据使用。

②要审查书证中有无反映被告个人历史情况的材料。根据《刑法》的规定，区分非法种植毒品原植物行为的罪与非罪的界限主要有三点：一是种植毒品原植物数量较大；二是因种植毒品原植物被公安机关处理后仍不改正，继续种植的；三是非法种植毒品原植物并抗拒铲除的，行为人具备其中任何一点，即可构成非法种植毒品原植物罪。特别是第二点，要有公安机关处理过的材料。对这些材料要审查其真伪，是原始的还是临时补开的。如赵某制毒案中，赵供述所在地区年年有人种植毒品原植物，政府从未管过以致走上制毒犯罪。而公安机关反映对当地种植原植物处理过，未起作用。而案卷内却无任何书证材料证明这一事实，双方言词也得不到验证。对此，我们应引起足够重视。

(4) 非法提供毒品罪证据的审查运用。

从证据角度观察，该罪的特点是，主体是特殊主体，只有依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品或精神药品的人，才能构成犯罪主体。因而，证据要证实犯罪分子的主体身份。另外，因为犯罪分子明知提供的麻醉药品或精神药品系国家管制范围，实施犯罪行为比较隐蔽，一般极少甚至没有目睹、直接感知的证人，没有明显的现场。但由于犯罪行为对象是国家管制的麻醉药品和精神药品，行为人领取运输等签收的单据、使用的处方，管理的账册等都是可以收集的证据。

①审查证明被告人身份和职务的证据。证明其身份目的在于确定其能否作为非法提供毒品罪的主体，证明其职务目的在于确定其是否在任职期间，有否可能经手毒品。这样才能确认被告人是否具有非法提供毒品罪的主体资格。

②审查行为人在任职期间有无违反国家或行政主管部门关于麻醉药品、精神药品的管理规定的行为。例如，医生给他人配用精神药品有两种情况：一种是为治病按规定配用，一种是明知他服务的对象是吸毒者，由于某种动机违反

规定提供毒品，审查证据时要注意区分。

③审查判断有关的单据、账册。如毒品入库需签收记账、出库有领单、出账。这些书证材料以其记载的内容和被涂改或伪造、变化的情况发挥证明作用。审查判断这些书证材料与案件事实有无联系，与被告人有无客观内在联系，对于确认非法提供毒品的行为是否发生、是否为被告人所实施，有着重要作用。

（二）销赃、窝赃案件证据的审查与运用

1. 销赃窝赃案件证据的特点

从证据的角度观察，销赃、窝赃案件有如下特点：(1) 销赃罪窝赃罪的犯罪对象是特定的赃款赃物，其作为证据，在案件中起着重要的证明作用；(2) 两罪要求行为人明知故犯，实践中审查判断行为人主观上的明知比较困难；(3) 由于赃款赃物流转环节多，有的被挥霍、消耗、变质、灭失等，因此能确切证明犯罪数额的证据较难收集；(4) 在窝赃案件中对窝赃点的审查判断及买赃人证言的审查判断比较重要。

2. 审查判断销赃、窝赃案件证据的主要环节

(1) 判断行为人主观上是否明知，是审理销赃、窝赃案件的首要任务。

销赃、窝赃案件中行为人主观上的明知，是指根据行为人自身的能力，能准确判断和识别。明知是行为人内心世界的东西，不可能轻易表露出来，在司法实践中，判断行为人主观上是否明知有一定难度。但通过对一系列直接或间接证据的审查判断及其运用，能揭示行为人的内心世界，确定其主观上是否明知。

①利用赃物的不可替代性，判断行为人主观上是否明知。

赃款、赃物作为销赃、窝赃犯罪的特殊犯罪对象，对判断行为人主观上的明知有着特殊的意义，因为它作为物证存在，其数量、外形，存在状态等特征都与案件事实存在着联系，对案件具有不可替代性的证明作用，其固有特征，从侧面反映了行为人对物品性质的认识程度。实践中对赃款赃物进行如下四个方面的审查，为辨别行为人是否明知提供依据，即认真审查本质属性，仔细考察外部特征，准确计算犯罪数额，合理比较流转价格。如周某销赃案，审判人员就是通过对追缴的10块A型铝锭的审查，为判断周某主观上明知提供客观依据的。从本质属性看，A型铝锭是重要的工业原料，而不是普通的生活用品；从其外部特征看，10块铝锭都是新的，并有规格、型号、重量等标记；从数量看，10块铝锭重300公斤，属大宗的，为一般人不能拥有；从购销比价看，周收购时以废铝价格，出售则按重要工业原料价格，二者之间有几倍的差

距。通过以上四点看，确定周某主观上明知有了一定的客观基础。

②综合考察行为人的智力、经历、文化水平，判断识别能力，确定行为人主观上是否明知。

人的智力、经历、文化水平不同，其判断识别能力就会有差异，这种差异在销赃、窝赃案件中就会产生明知或不明知结果，因此对行为人智力、经历、文化水平等方面的审查，综合考察其判断识别能力，有助于确定行为人对赃物是否明知。如陈某销赃案，陈收购液体硝酸银3000克。此案审理中，通过对陈某智力、经历、文化水平等个人情况的审查，综合分析了陈的判断识别能力，得出了陈主观上是明知的结论。从其经历看：陈曾从事多年的金银提炼工作，后又从事金银废角料的回收，对硝酸银属于含银贵重化工原料这一性质是明确的，也知道国家《金银管理条例》中有“禁止任何单位或个人随便买卖”的规定；从其知识水平来看：陈是中专文化，并能准确识别其收购的是液体硝酸银，而不是其他物质，这种能力是一般人不具有的。定案时借助其经历、知识水平等个人情况，综合分析了其判断能力，确定了其主观上的明知。

③审查赃款赃物的交接过程，辨别行为人主观上是否明知。

对交接过程的审查，在某些特殊的销赃、窝赃案件中，能直接或间接地反映行为人主观上是否明知。审查有无特定的交接时间、地点、方式等情况，因这些特定的时间、地点、方式，往往体现了行为人主观上的意图。如蒋某销赃案，蒋经营个体废旧物收购店，盗窃犯张某白天到其收购店问蒋铜杠是否收，蒋得知大约有200公斤时，即与张约定次日晨4时，由张把铜杠送到收购站，并要张在敲门后学几声羊叫。从交接时间看，凌晨4时，村邻尚未起床，约定此时交接的目的，显而易见；从接受的方式上看，要张学羊叫，也是特定的，其目的同样很清楚。这种时间上的约定和方式上的安排，已超出了其正常收购的范围。这种特定的交接时间和方式，为确定陈某主观上的明知起到了证明作用。

(2) 确定行为人是否实施销赃、窝赃行为是审查销赃、窝赃案件的重要方面。

没有代为销售或窝赃行为，就谈不上销赃窝赃犯罪。因此，对销赃、窝赃行为的证据必须认真审查判断。

①查清赃物来源和去向，是判断行为人是否具有代为销售或窝赃行为的重要步骤。

销赃、窝赃案件中，行为人有没有接受赃物，如何接受的，接受的是不是赃物，将直接反映行为人有没有实施销赃、窝赃行为；接受赃物后对赃物是如

何处理的，有没有处理，同样也体现行为人是否实施销赃、窝赃行为。因此，实践中，通过对赃物来源、去向的审查，来证实行为人有否实施销赃、窝赃行为。

对赃物来源的审查，应注重如下环节，首先，审查证据所证明的物品是否确属赃物，如不是赃物，就谈不上销赃、窝赃行为。其次，审查行为人与犯罪分子事先有无通谋，如果有通谋，则是共犯，而不是销赃、窝赃犯罪。第三、审查行为人有无接受赃物的行为。通过上述三方面审查，判断行为人是否实施代为销售或窝赃行为。

审查赃物去向，应根据具体案件，选择具体的审查侧重点和方法，来判断行为。实践中赃物去向一般有三种情况，一是赃物已脱离行为人之手。对于这种情况，审查的侧重点应放在赃物的落脚点上，并注意收集和审查转手过程中如发票、协议、合同等方面的证据，以揭示转手过程，确定其行为。二是赃物被加工、消耗或磨损。由于物品的外部特征发生了改变，给审查赃物去向带来了困难。审查中的侧重点可以放在审查赃物的质上，因外部特征的改变，一般不影响其内在的本质属性，可以通过进一步鉴定等方法来审查，并结合其他间接证据，反映确切去向，来确定其行为。三是赃物尚未转手。针对此种情况，审查侧重点应放在尚未转手的原因上，是案发及时未能出手，还是只是为了窝赃或其他原因，通过对原因的审查，也可揭示客观情况，为判断行为提供依据。

②将行为人的口供、证人证言进行比对审查，是证明行为人是否实施销赃、窝赃行为的重要方法。

行为人对自己是否实施代为销售或窝藏赃款赃物知道的最清楚，其对有无实施代为销售或窝藏行为都要进行表述，这种表述给审查判断其行为提供了一方面的情况。实践中，可以将行为人的口供与证人证言进行比对审查，寻找共同点和矛盾点，通过对共同点和矛盾点进行分析和核实，看共同点是否符合情理，是否符合客观事实，矛盾是否得到排除，来判断口供的真伪性，发挥其充分证明作用，从而清晰地证明行为人是否具有销赃、窝赃行为。

③对销赃点、窝赃点的现场勘查是证明行为人是否实施销赃、窝赃行为的重要手段。

现场勘查是收集证据的途径，也是证明案件事实的重要方法，对勘查制作的笔录，是证明效力较强的证据，对销赃点、窝赃点的勘查，对证明行为人是否实施销赃、窝赃行为有特殊意义。因为赃物不可能自己置于销赃、窝赃点上，它必须通过人的行为才能实现，所以，对客观存在的销赃、窝赃点进行勘

查，把两点所处的位置、环境以及在两点上发现的各种痕迹、物品等情况进行分析研究，可以为判断行为人有否实施销赃、窝赃行为提供帮助。如许某窝赃案，审判人员对窝赃点进行了勘查，发现窝赃点在许家阁楼上，阁楼离地有2米多，上下阁楼使用的是竹梯，而赃物却是笨重的农用脱粒机，根据勘查情况，进行分析研究，认为凭许一个人的行为，难以将赃物置于窝赃点上，于是对许进行进一步的讯问，使真相大白，原来是许和其妻郭某两人用绳吊上去的。此案通过对窝藏点的勘查，不仅证明了许某有窝赃行为，还证实了其妻郭某是窝赃共犯。

(3) 不可忽视对证明赃物性质、来源、去向、数额的证据审查。

赃物在销赃、窝赃案件中的特殊地位，使对证明其性质、来源、去向、数额的证据审查也显得很重要，它不仅涉及行为人主观上的明知和客观上的行为，还涉及到对案件处理的有关从重、从轻、减轻等方面的情节。因此，对这方面的证据审查亦应重视。对此实践中可采用"三方辨认、鉴定复核、比对印证"的审查方法。"三方辨认"，即有物证存在的情况下，可将其交由受害者、罪犯和代为销售、窝赃人辨认，通过辨认，确定性质、判断来源、明确去向。鉴定复核，即对物品进行鉴定，从质上进行判断，复核是对有关书证、证言提供的物品数额进行核对和计算，以确定数额。"比对印证"，是指在缺乏书证、物证的情况下，将证言与供述、证言与证言进行比对审查，看是否相互印证，来判断赃物性质、来源、去向、数额。比对印证在有书证、物证的情况下也可应用。

3. 对销赃、窝赃案件有关具体证据的审查。

(1) 对犯罪分子、代为销售人、窝赃人供述的审查。

以上三种人的供述在案件中称为口供，这些人对案件事实知道的最清楚，其供述和辩解本应是最能证明案件真相的直接证据，由于其处于特殊的诉讼地位，案件的处理结果与其有切身的利害关系，因此往往会出现虚假的供述，另外，其口供有时也会受到有关司法人员不恰当讯问的影响，发生偏差，因此对口供必须慎重审查。

①审查供述的动机。

动机审查，是审查口供的第一关，销赃、窝赃案件中供述动机审查，应注意两个方面：一要注意审查供述的前提，即在何种情况下进行的供述，有无刑讯逼供、引诱、威胁、欺骗以及其他非法获取口供的情况。二要注意审查其供述时的心理因素，是出于真心悔罪、坦白交代，还是出于逃避惩处，进行抵赖，或者是掩护他人，自我承担。

②审查口供的合理性。

销赃、窝赃案件中口供合理性的审查，着重三个方面：一是审查口供内容的合理性，根据其供述的犯罪事实和实施犯罪的过程，结合具体情况，从接受赃物的时间、地点、方式、目的、动机等各方面全面客观地分析是否有代为销售或窝藏赃物的可能，是否合情合理。二是审查历次口供之间有无矛盾，这些矛盾是否得到合理解决。三是审查口供有无反复，如有反复，要查明反复的原因，分析这些原因是否合理。

③审查口供的真伪。

真实的口供，无疑对定案有重要作用，因此，对口供真伪性必须审查。销赃、窝赃案件中，往往有物证、书证、现场勘查笔录等可靠性、真实性比较大的证据存在，可以将这些证据与口供进行比较，看是否统一、吻合。真实的口供应该得到其他证据的印证，如果得不到印证，就产生矛盾，而这些矛盾又受到查证属实证据的排斥，那么其口供必定是虚假的。

(2) 对证人证言的审查。

在销赃、窝赃案件中，最主要的证人证言是买赃人所作的证词，而买赃人与行为人之间往往关系相当复杂，这种复杂的关系给审查证言的真伪及证明效力带来了困难。因此审查证言的首要环节是审查证人与行为人之间的关系，然后针对不同的关系，分析证人作证时可能出现的心理状态，确定相应的审查重点和方法。证人与行为人之间的关系一般有三种：一是家属亲戚关系，具有这种关系的证人，在作证时往往会产生庇护行为人的心理，而作虚假的证词，因此审查的重点应放在真伪上。审查的方法主要是“核对”和“印证”，核对就是把证人所证的证言与行为人的口供进行比对，看是否一致，“印证”就是将证人所作的证言和其他证据进行比较，看是否得到印证。二是朋友熟人关系。具有这种关系的证人作证时可能出现两种不同的心理，一种是出于江湖义气，情面观点及怕行为人报复的心理，而作虚假的或缩小行为人责任的陈述；另一种是出于公心作真实的陈述。审查的重点可以放在证人的可靠性上，可采用审查证人个人情况与审查它的特殊性相结合的方法。审查证人个人情况，就是审查证人的身份、政治状况、思想品质及为人处事的态度；审查它的特殊性，就是审查证人与案件处理结果上的关系，通过审查来判断证言是否可靠。三是偶尔相识关系。具有这种关系的证人所作的证词一般来说真实性、可靠性较大，但在销赃、窝赃案件中，也会遇到买赃人因所买赃物被无偿追缴，经济上受到损失，出于埋怨等心理，而在作证时夸大事实，作不符合客观的证词，或为了避免自己所买赃物被追缴或少追缴，而缩小事实，作不完整的证词。因此审查

的重点应放在证言的客观性和完整性上，可采取“考察、分析、补证”的审查方法，考察即考察作证的时间、条件、作证前后与行为人及其亲友的往来等情况，分析有否受到行为人及其亲友的干扰，判断证言的客观性；考察证人作证的内容，作证的次数，分析证言的完整性，根据考察和分析，发现问题及时进行补证，使证言具有客观性和完整性。在针对不同种关系证言审查的基础上，还需对证言形成的过程等方面进行审查，防止发生偏差，主要是对证人的某些客观因素进行审查，这种审查体现在三个方面，一是审查证人对事物的认识能力；二是审查证人的记忆情况；三是审查证人的表达能力。

六、贪污贿赂案件证据的审查与运用

（一）贿赂案件证据的审查与运用

贿赂罪包括受贿罪、行贿罪和介绍贿赂罪。由于介绍贿赂的行为是在行贿人和受贿人之间进行的，所以一般来说，定案时取证容易，证据较充分，加之目前受贿、行贿行为和方法、手段越来越多样、隐蔽，无需他人从中进行勾通、撮合，因而介绍贿赂的行为很少发生。因此，本文仅就贿赂罪中受贿罪和行贿罪证据的审查运用进行探讨。

受贿罪是一种职务性犯罪，是指国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员，利用职务上的便利，索取他人财物、或者非法收受他人财物并为他人谋取利益的行为。这一行为的成立，在证据上有着特殊的要求，首先在主体上，要求证据材料能够证明行为人的主体资格必须是法律规定的特殊主体；其次在客观表现上，要求证据材料能够证明行为人非法收受或索取他人财物的行为必须是确实利用了职务上的便利；再次在主体与客观表现的关系上，要求证据材料能够证明行为人与行为之间必须是具有刑法意义上构成受贿罪的内在的、必然的联系。

行贿罪不是职务性犯罪，是指为谋取不正当利益，给予国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员以财物的行为。这一行为的成立，在证据上也有特殊的要求。第一，要求证据材料能证明被告人是向构成受贿罪主体资格的特殊主体行贿；第二，要求证据材料能够证明被告人行贿是为了谋取不正当利益。

受贿罪和行贿罪的证据要求是把握这类犯罪的最基本和最重要的环节。在审判实践中，要正确审理这类案件，就必须严格把好证据关。把握证据关，一般意义上讲主要就是对证据材料的正确审查与运用。它对于查明案情、揭露犯罪、惩罚犯罪、保障无辜者不受刑事追究具有关键性作用。

1. 受贿罪、行贿罪证据的一般特征

(1) 由于受贿、行贿行为的方法、手段越来越多样、隐蔽，在实施贿赂行为时往往没有第三者在场；单位行贿的，往往以“运输费”、“外协费”、“临时工工资”等形式记账，冲抵行贿金额，加之受贿者往往都有一定的地位和职权，行贿方或知情者为了自身利益往往不愿如实供证，因此造成了贿赂案件证据少、查证难的情况。

(2) 由于受贿行为与行贿行为实际上是一个行为的两个方面，因此贿赂双方的陈述有相互印证的一面，但因陈述双方考虑到切身利益，陈述内容也有互相矛盾的一面，加上知情人少，因而直接证据“一比一”的情况多，较难判断，间接证据也往往难以形成完整的证据锁链。

(3) 由于受贿和行贿行为的发生都离不开财物，因此贿赂物是贿赂案件中的核心证据，它作为物证对于认定罪与非罪、罪重与罪轻起着重要的证明作用。

2. 贿赂案件必备证据的审查判断

(1) 对证明犯罪主体资格及利用职务之便方面的证据进行审查与判断。

行贿罪的主体只要符合一般犯罪主体资格的要求就可构成，因而审查判断比较容易。而受贿罪主体是特殊主体，必须是“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员”，涉及到受贿主体资格的证据材料主要有书证（如任命书、委托书、合同、档案证明等）、证人证言、以及证明受贿人所在单位的经济性质的证据等。从司法实践看，证明主体资格的书证审查起来比较容易，证明受贿罪主体资格的证人证言以及与证明主体资格有关的证明单位性质的证据审查起来比较困难。

第一，通过对证人证言进行比较分析、对比审查，判断主体资格。证人主要是企业内部的领导干部和知情职工，他们所作的证言是证明受贿人主体资格的关键证据，必须正确审查。具体方法：一是不同证人证言之间的比较分析和同一证人的多次证言之间的比较分析，通过对比审查，找出异同，剔除个人主观臆断成分。二是证人证言与其他间接证据的比较分析，找出矛盾，提出问题，力求统一。如果只从某一证人证言本身来审查，就难证明其证言内容的真伪和对证实案情的作用。只有通过多方面证据的仔细比较，客观分析，在相互联系中来考察，找到各证据间相互印证的共同点，并与法律要求的主体要求相对照，才能得出该主体是否是受贿罪主体的正确结论。例如某受贿案，证人证言证明被告人系“受厂长委托从事公务的人员”，这些证人证言是证明被告人主体资格的惟一证据。通过对证言的对比审查，发现除了厂长外，其他证人都

是以被告人以前是受厂长委托从事某业务为依据，作出这次也一定是受厂长委托从事公务的结论的。财务上证明被告人在两年“业务”活动中没有出差记录，没有为“业务”而报支分文；证人证明被告人两年中是利用业余时间从事“业务”的，厂方未给他报酬。这些证据虽然不能直接证明被告人的主体资格，但能以此来审查厂长的证言。如果被告人的行为是受厂长委托从事的职务活动，那么为什么要利用业余时间，所花合理费用为何未予报支。通过调查，收集的证据证明因被告人并非为厂长办事，而是为其亲戚做事，所以厂长没有同意报支费用和给予报酬。这一证据对账务证明作了合理的解释，同被告人供述相互印证，反映了案件的客观事实，从而证明了被告人不是受委托从事公务的人员，不构成受贿罪的主体资格。

第二，把握单位性质。单位的性质如何，也反映出了受贿人的法律地位和主体资格。在当前多种经济形式并存的情况下，对一个单位性质的确认，已不能仅以某一文件或某枚印章为惟一依据，而应当从多方面去综合分析。一般可以通过对下面五个方面的审查来确定：一看工商登记。工商登记是确认一个单位性质的重要依据，但是目前在工商登记管理中还存在某些混乱现象，因而工商登记的内容还需由其他证据证明。二看资金来源。如果资金来源于集体，属于集体所有，那么毫无疑问该单位的性质属于集体性质。三看管理形式。纵向看该企业有无主管部门，有无上下级直属领导关系；内部看有无集体管理制度。四看承包协议。主要审查协议中确立的发包方与承包方之间的权利和义务。五看财产归属。主要审查该单位的固定资产、利润等是否归集体所有。通过以上五个方面的审查，就可较正确地确认该单位的性质，从而把握被告人的主体资格，只要该单位是全民性质或集体性质的，其内部的职务人员利用职务之便受贿的，就符合受贿罪的构成要件。

利用职务上的便利条件是行为人构成受贿罪的重要客观条件。“利用职务之便”是指利用了自己职务范围内权力和地位形成的有利条件，行贿人行贿的目的也就是希望受贿人利用他的职务之便为自己谋取利益，因此，必须审查清以下几个方面的证据材料。

第一，审查证据能否证明受贿人所担任职务的权力范围。职务与权力有必然的联系，有职务的人必然有一定的权力，但是相同职务其权力大小程度、权力范围不一定相同，一定的权力又必然会有一定程度的便利条件，受贿人利用合法职务范围内的权力所形成的便利条件，是刑法意义上的“利用职务之便”，要认定受贿人是否利用了职务之便，首先必须查清行为人的实际职务及该职务的权力范围，包括受贿人在单位内主管或分管什么事项，在经济交往中安排业

务、采购物品、签订合同的权限，被授权委托的范围，其担任该职务后在客观上从事的职务活动的内容。证明这些事实的证据主要有书证、证人证言等。在查明上述事实的同时，还须注意审查其职务活动的合法性。

第二，审查证据能否证明受贿行为与职务的内在联系。法律规定的“利用职务之便收受或索取他人财物的行为”，就蕴藏着行为与职务的内在联系，没有这种内在联系的不能认为是利用职务之便。这种联系，一般可通过审查受贿行为是以什么活动为背景，该活动是否是受贿人的职务活动加以判断。例如某被告人系锅炉安装队副队长，在任职期间为他人推销矿石瓦，从而收受现金4000余元，有关书证、证人证言证明被告人的职务范围是负责锅炉安装，企业也无权经营矿石瓦，而被告人收受现金的行为依据的是推销矿石瓦的活动，该活动不是他的职务活动，因而推销矿石瓦与其担任的职务无内在的联系。

对受贿人利用职务之便证据的审查，也是对行贿罪证据审查的一个方面。但在行贿罪中，主要是对行贿人利用受贿人职务之便为自己谋取利益方面证据的审查判断。一是审查证明行贿人是否获取利益的证据。行贿人行贿的目的就是为了让受贿人为自己谋取利益，因而审查证明行贿人有无获得利益的证据，既可证明受贿人有无为行贿人谋取利益，又能证明行贿人有无行贿目的。行贿人所得利益通常涉及到在经济交往中获得业务报酬、取得经济上的利益，这些利益取得必须与行贿有联系，即必须是因向有关人员行贿而获得。对为单位行贿的，应主要审查行贿单位与受贿人之间的往来账目，结合证人证言，确认行贿单位有无通过行贿方法从受贿单位获取利益，以及获取利益的种类、金额等。对为个人行贿的，主要通过审查贿赂双方供证来确认行贿者获取利益的情况。二是审查证明行贿人取得的利益与受贿人利用职务之便之间联系的证据。主要涉及到受贿人有无利用职务之便方面的证据，审查起来也主要围绕受贿人之职务所形成的权力范围及有无利用权力，这在前面已经阐明。如果证据证明行贿人所得利益并非是受贿人利用职务之便而带来的，那么受贿方收受财物的行为就不应视为受贿，反过来，行贿方即便支付了财物，也不能定为行贿罪。

由于贿赂双方在整个贿赂过程中始终是紧密联系的，缺一都不能成为贿赂行为，因而在证据的审查判断时，不能单从某一方面分析，应把双方的行为结合起来进行审查，才能作出正确判断。

(2) 对证明贿赂行为的证据进行审查判断。贿赂行为包括故意产生、时间、地点、手段、金额等方面内容，这一系列行为都是围绕财物而进行的，行贿人支付财物以及受贿人取得财物是贿赂行为整个过程中最重要的一环，它决定了贿赂行为有无发生、怎样进行。对证明贿赂行为的证据进行审查判断应着

重从两个方面进行。

第一、对证明贿赂行为手段的证据进行审查判断。受贿行为法律规定有“收受”和“索取”两种。我国法律规定，收受他人财物构成受贿罪的要以受贿人为对方谋取利益为条件，而索取他人财物构成受贿罪的无此条件，在量刑时索取的要从重处罚。因此对于收受还是索取财物的证据的审查判断极为重要。审查时，要以充分的证据为基础，对贿赂双方供证、证人证言、有关书证进行综合审查，只有当他们之间能相互印证时才能认定。索取行为往往由索取者表现出主动性，这种主动性除了索取财物主动外，还在为了能够索取到对方财物而创造条件方面也较主动，比如为索取财物而积极主动为对方采购物品、推销产品等等。而收受行为往往由行贿方表现出主动性，这种主动行贿的原因常常是为了向对方表示感谢和希望以后再得利益，比如通过正常途径得到贷款，发展了生产，为了表示感谢而主动给对方有关人员财物等等，就充分体现了行贿的主动性。因而我们可以对贿赂过程中存在的这种“主动”和“被动”进行审查，得出是“收受”还是“索取”的重要线索，并作为印证是“收受”还是“索取”行为的旁证。

受贿或行贿行为中，贿赂双方或取或支付贿赂品的形式多种多样，如以“回扣”、“手续费”、“外协费”、“奖金”、“挂名工资”等形式出现，掩盖了贿赂的实质。贿赂时又往往无第三人在场，因而在审查证据时，必须抓住各种具体表现形式的实质，对各种证据综合分析，正确判断每种具体手段与贿赂行为的联系。

第二、对贿赂行为的时间、地点、环境等细节方面证据进行审查判断，证明贿赂行为确已发生。贿赂行为的发生，均有一定的时间、地点及相应的环境特征，这些是确认贿赂行为是否发生的不可缺少的证据，对这些问题的审查必须结合贿赂双方的供证以及其他有关证据进行联系审查，找出供证的可靠性和客观性，以发挥其证明作用。例如某被告人在任职期间，将几笔业务外发给某个体户，该个体户称被告人分数次向其索要业务额5%的回扣，共计1000余元，但被告人否认。证据材料反映：第一、个体户是在检察机关主动找其调查时经教育后作证的，并主动提供了自己的笔记本，笔记本内由他自己亲笔记录了业务名称、业务总额、行贿地点、时间及数额等，侦查中，对该笔记本内记载的对其他人行贿的情况得到查证属实，还说明笔记本记录内容是客观的。第二、被告人称该个体户没有到过他家，但个体户所说的被告人家中房屋结构、家俱放置位置等与实际相符，这说明被告人供述是虚假的；第三、被告人的姘妇称被告人曾经讲过该个体户到其家里送钱，这又成为该个体户证明可靠性的

有力旁证。这些证据从时间、地点、环境特征等方面证实了贿赂行为的存在。

(3) 对证明贿赂财物的证据进行审查判断。贿赂行为的成立必须要有贿赂品的存在，贿赂品与案件事实存在着密切联系，是贿赂罪的重要证据。贿赂财物具体表现为金钱和物品，它既具有易查实和较可靠的特点，又具有易毁损和易伪造的特点，因而在审查时：一要审查贿赂品的来源。单位行贿的，可利用有关账目、发票、凭证、白条等书证来证明。个人行贿的，通过对行贿金钱是从家中还是从银行提取或向他人借来的进行审查，对行贿物品是何时所购、从哪购买的等方面进行审查，查明其来源。二要审查贿赂品的数量、特征。通过对金钱面值、数字以及物品的外形、规格、颜色等外部特征和内在性能，结合供证综合审查，确定财物系贿赂品。三要审查物证与案件事实的关系，防止把似是而非的物证作为定案依据。作为物证使用的金钱和物品，必须是原物，必须经过被告人供认、证人证言共同印证。贿赂款物已经灭失，要审查灭失原因，如已挥霍的金钱，要查清其具体挥霍去向，如已毁损的物品，要查明如何毁损，有无残留物等。通过对各种直接证据、间接证据的综合分析、审查，证明已经灭失的财物确系贿赂品。

3. 对贿赂罪一般证据的审查判断

(1) 对证人证言的审查判断。贿赂罪中的证人主要有两类：一是尚未构成犯罪的行贿人；二是没有参与行贿的其他知情人。从证言所证明的对象来看，有的是对整个案件事实的证明，有的是对案件事实的某一环节的证明，有的是对案件某些情节的证明；其中有的能直接证明，有的只能间接证明；由于贿赂双方有着密切联系，因此，行贿方的证言一方面可以同受贿人供述相互印证，另一方面因与自身利益有利害关系而作虚假证言。因而在对证人证言审查时，要充分运用其他证据及数个证人证言，查清证人有无为使被告人不受或少受刑事追究而作虚假证明；有无为泄私愤而作夸大事实的证明；所作证言来源于亲身经历还是道听途说；数次作证前后是否一致，和其他证据有无矛盾；所作证言中哪些起直接证明作用，哪些起间接证明作用；所作的议论性或判断性证言有无依据；证人与证人之间事先有无商议作证内容；证人与被告人事先有无串通或有无利害关系；证人平时为人做事是否诚实等。对证人证言各种情况的审查，目的在于判断其证言的可靠性及客观性，切忌孤立地审查证言或仅以某一证言作为定案的惟一依据。

(2) 对被告人口供的审查判断。被告人的口供是证明案件事实的直接证据之一，在贿赂案件中构成行贿罪的行贿人口供也是被告人口供，它与受贿人口供具有同样的证明意义。但是由于被告人与案件处理结果有着切身的利害关

系，特别是当贿赂双方同列为一案的被告人时，双方往往不肯如实供述，甚至编造谎言，虚假的可能性很大。因此在审查时应注意：受贿人在供认受贿事实时，能否同供述出对方行贿的意图、原因、过程，包括详细的细节情况，同行贿人口供是否一致；被告人前后口供有无矛盾，有无翻供、串供；共同被告人的口供有无异同，能否印证；口供与其他证据之间有无矛盾，提供的证据或证据线索侦查机关有无进行查证等。

（3）书证。贿赂案件中的书证常见的有委托书、合同、账单、凭证、信件、白条等，书证的客观性较强，对贿赂事实有较强的证明作用，我们可以充分运用书证对贿赂人的主体资格、职务权力及贿赂行为进行审查，但书证与物证一样也具有易伪造的特点，因而适用书证时要注意审查书证形式的时间；书证的制作人及制作意图、制作依据；书证有无涂改、是否伪造；账面支出与实际支出是否相符；是复制件还是原件；书证同其他证据能否吻合印证等等，对有些书证如信件、发票、白条等在必要时可以经技术鉴定，确定其真伪。

（二）贪污案件证据的审查与运用

对贪污案件证据的审查判断，是审理经济犯罪案件中的难点之一。实践中常遇到对贪污案件的争论分歧，大多是因证据问题而引发，因此有必要对贪污案件证据的审查判断进行研究。

1. 贪污案件证据的一般特点

贪污犯罪的特点决定其证据的特点。

第一是取证、查证难。首先，贪污手段隐蔽。贪污是职务犯罪，多为管理钱财或经手财物的专业人员所为，罪犯利用职务便利，实施犯罪的条件充裕，不仅可以不为人知，不留迹象地从容作案，还便于作案后销毁或涂改罪证，使许多贪污事实难被发现和侦破。由于证据少，因此证明的困难很大。其次，说情打坝人多。贪污案件主体的特殊性是收集证据难的重要原因，贪污案犯掌握着主管或经管公共财物等权力，在社会上经济交往中形成千丝万缕的关系网，一旦犯案，关心人多，以说情甚至包庇来对付侦查办案，给司法机关收集证据造成阻力。第三，认定贪污案件证据的专业性强。贪污行为在经济关系活动中实施，经济活动纵横交错，证明贪污的证据不仅复杂，而且涉及经济学、财会学、审计学等方面的专业知识，要求审查判断证据的司法人员有较宽的知识面和较高的综合分析能力。

第二是证据类型少，书证证明作用突出。贪污犯罪的特点和收集证据的困难，形成了贪污案件证据类型不多的特点。言词性的三类证据，被告人作如实供述的不多；作为法人的被害人，无法像自然人那样提供被害过程的直接证

据；只有证人所作的证言是贪污案件的主要言词性证据，而证言的证明对象往往是罪前罪后情节，或片断情节，难得一份目睹贪污行为全过程的证言。物证主要表现为账册单据上的痕迹和赃款赃物，其他形式的不多，勘验检查笔录亦不多见；惟有书证在贪污案件中的种类多，比例大，更为重要的是，书证在案件中的证明作用突出，它往往成为许多贪污案件最终定案的关键证据。财务制度要求建立的各种账册和附账保存的各类票据为搜集书证提供了得天独厚的方便。

第三是赃款为货币种类物，认定赃款的难度大。贪污侵占的公共财产大多是现金，或是被转换为现金，以货币为表现形式。货币作为种类物用于交换流通领域，从案犯处搜取的现金，即使其说不出正当来源，也难直接断定是否为贪污非法所获。对在被告人处搜取的货币能不能认定为贪污的赃款，必须有其他证据印证，单凭货币本身不能作赃款的同一认定。

2. 贪污案件的证明对象及其证据运用

(1) 证明贪污主体的证据运用。

贪污犯罪的主体是特定的主体，必须是国家工作人员，集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员。因此，在证据方面必须具备证明被告人所在的经济组织性质、被告人身份职务及其任职或受委托从事公务的范围、时间等证据，以证实该被告人是否从事公务并经管财物，能否作为贪污主体，为最终确定是否具有贪污性质提供依据。

①证实被告所在经济组织性质的证据。主要指被告人在哪个单位部门任职，及该单位部门所有制性质的证据。证明被告人在某个单位就职的证据，可通过该单位或主管部门出具的劳动人事管理的档案、表格、合同、聘书及其说明性证言等证据来判断。随着经济体制的改革，出现了一些不属于国家、集体性质的经济组织，如合伙经营、家庭联营、个人投资等私人工商户，其参业人员不能成为贪污主体。通常情况，经济组织性质由工商行政管理部门颁发的商业执照为主要证据，但实际生活中有许多私人经营工商户持集体营业执照，因此对营业执照核定的所有制性质需严格审查。通过审查固定资产、流动资金来源是否属集体、业务主管部门对其所有制性质的要求及其管理情况、有无公共积累、分配形式如何等方面证据，来判断所有制性质。对有疑意的经济组织可请工商行政管理部门重新核定性质，出具书证。如某技术咨询公司陈某贪污一案，经走访调查工商行政管理局，主管部门科委、被告人工作单位及公司其他成员，取得这几方面证据：该公司成立时以集体性质备案，查该公司无投资、无固定经营场所、无专职人员；公司成员是几个有一技之长的科技人员利用节

假日接受咨询、提供服务，收取报酬，按约定分配。对上述证据材料进行分析，排除了该公司的集体性质，陈某不符合贪污罪主体。

实践中有些经济组织冠以某机关、某国营集体企事业单位的下属名称，对此类组织的性质，不可以单位名称衡量，要有其主管的企事业单位对该经济组织审批、管理及确定所有制性质的有关文件等证据。要注意对主管单位在案发后对该经济组织性质的表态的审查。以防偏信出于各种动机和目的的违背事实的“单位负责人证言”。如某国防科研部门科技开发公司某经营部门的所有制性质，公司出具证明，言明是公司原经理擅自同意成立的经营部，成立后几经转手承包，实质已经失控，不是本公司的下属，不属集体性质。经审查，该经营部除公司的批文和工商税务颁发的执照都写明是集体性质外，还有公司委派经营部负责人的任命书，公司拨款等筹建经营部的书证，经营部负责人作为法人代表，与承包人订立的承包合同等，据此应该否定公司原来出具的证明材料。再查，该经营部因经营不善，并有诈骗行为，且亏空很大，资不抵债，债权人纷纷索债，故证明公司负责人的伪证事出有因，该经营部门性质仍是集体所有制。

②证实被告人身份职务的证据。包括任命书、聘书、职责范围有关文件规定等书证，主管部门证明或领导人员的证言，被告人受委托从事某项工作委托方证言或合同、聘书等。一般情况下，证明被告人职务身份的证据比较清楚，如厂长、科长、会计、供销员、营业员，其职务及其便利条件为公众所知。对受委托从事公务的人员，特别是临时委托，职务不很明确，在证据审查中尤其要注意做到“三查清”，查清有无受委托的事实；查清委托公务的职责范围与被告人侵占的公共财产有无内在联系；查清委托公务的内容有无管理经手公共财物或这方面的职权。除了对委托人的证言和被告人供述认真对比印证，还要对被告人有无从事被委托的公务进行审查，通过其他细节来证实是否受托，防止随意排除被告人受委托的情节。例如袁某盗窃价值三万元镍丝案，审查证据时发现被告供述“我利用了领导给的权利进行盗窃”，经进一步查证：该厂、车间有关负责人证实其是受委托以工代干的车间调度员。该调度员有编制生产原材料使用计划、审批须材、处理废材料、保管员不在时暂代发料的职务权利。被告人和证人供证，被告人利用职务便利与他人勾结，大肆将废镍丝和成品镍丝盗出。综合上述证据，确认该犯构成贪污罪主体，以贪污定案，防止了一起错判案件。

③证实被告人从事公务时间的证据，用以证明被告人实施侵占财产行为时，有无职务便利可利用。身份职务具有可变动性，无职当有职待或有职当无

职待，都会出现枉自裁判，因此要求对职务任免起止时间要具体、准确。例如程某任某研究所所长期间以法人代表与他人签订销售电器合同，约定可以有偿替购方安装。后程以私人名义安装，收取安装费。该笔诉之贪污。经审查：a. 被告人申辩此时已不在研究所任职，并与购方言明研究所与己无关，如需本人去，需以私人名义；b. 研究所及上级部门证实被告人此时已调离；c. 购方证实被告人陈述，并称出于技术设备原因邀被告人程某个人去安装；d. 原合同规定购方可以请销方安装而不是必须应请销方安装。以上证据证明被告获取安装费时，职务及其便利条件已消失，故不构成贪污罪。

④证实被告人从事公务范围的证据。用以证明被告人侵占的公共财物是否在其主管经手职权范围，或是否有其他使用、接触的职务便利。一般有单位制定的职责范围或工作分工的有关记录、文件等书证，被告人所在特定岗位职权范围的知情人的证言等来证明。对划定的职务范围要有确凿证据。如一保管员蒋某，盗窃了他所在的仓库物资，收赃人证实蒋某出卖该物资，对收缴的实物经辨认，确定为该仓库存放的。但有下列证据排除了监守自盗：有关领导人员证实该仓库有三位保管员，各有保管范围；三位保管员均陈述被盗物品不是蒋保管范围，而是另外一人；最终蒋供认乘其他保管员外出之机，偷拿了他人货架上的物品。据此：认定蒋盗窃的不是自己职责范围内管理的物品，不构成贪污。

(2) 证明贪污行为的证据运用。

审查判断贪污案件证据，判明被告人有无利用职务范围内权利和地位形成的有利条件，实施获取赃款物的行为，及采取了什么样的手段方法，对准确认定贪污事实至关重要。

①关于有无实施侵吞、盗窃、骗取等占有公共财物行为的证明。

证明有无侵吞，主要证明被告人是否将自己合法管理，使用的公共财物加以扣留，应交而不交，应支付的不支付，或收款不入账等。侵吞公共财物，是贪污犯罪中较常见的形式，对其证据要着重审查“扣留”和“占有”公共财物两方面行为。大多情况下这两者是一个行为的两个方面，查清一个行为即可。例如薛某侵吞本部给某单位的现金回扣一案，出纳人员证实将钱给了薛某，有薛的签字领条，某单位证明未收到此款。这些证据证明薛某应交而未交出的行为，同时即证明薛已隐匿了该款据为己有。有些贪污案件中，有扣留行为，并非都占为己有。被告人刘某被起诉用公款购买录相带 20 盒予以侵吞，经审查，该录相带系刘用公债购买有报销发票凭证，录相带未交给单位有大量的人证。但在审判中，又调取了新的证据，录相带案发后从刘单位的协作单位洪某处追

回，厂里一负责人证实刘在报销后讲过该物用于协作交往，区政府某局工作人员付亦证实曾听刘讲过此事，故刘某占有的行为不能被证明，故侵吞 20 盒录相带的事实不能成立。

证明有无盗取，即证明被告人是否用秘密窃取的方法，将自己合法管理使用的公共财物占为己有。利用职务便利的监守自盗手段多种多样，由于监守自盗与自己职权密切相关，作案时通常采取比较隐蔽的手段。审查失窃是否为监守自盗，要注意对被告人是不是盗窃行为人的证据判断。在具体案件分析时，要综合全案证据进行审查，如仓库保管人员说不出失窃的 8 台录相机的去向，但从其亲属朋友处和其销赃去处搜出了 8 台机子，有关人员均证明是从保管员处得到。再结合失窃现场未发现撬门扭锁破窗等痕迹，故以间接证据推断保管员实施了监守自盗的贪污行为。

证明有无骗取，即被告人是否利用职务便利，使用骗取的方法，非法占有公共财物。由于诈骗行为是以虚构事实或隐瞒真相的欺骗方法，使原公共财物管理使用人员产生错觉，自愿交出财物或使监督检查人员对管理使用的违法行为不能发现而实施，因此具有犯罪手段外露的特点，在证据审查时，应抓住这一有利因素，判明被告人有无虚构事实，隐瞒真相，例如伪造涂改单据，会留下涂改伪造的痕迹、书证、虚报冒领的财物、冒领财物用途可以侦破等。某厂基建科长许某，为其通奸对象家盖房耗费建筑材料样费、人工费等价值万余元，经许某签批，以外协名义在单位生产费用中报支。经审查证据，建筑工程队负责人陈述了建筑物的特征和房主，房主供出了建筑款项的来源及许某给自己盖房的原因。这些证据证明了“外协”是虚构的，也证明了许某的虚构事实手段，将万余元公款非法占有转赠他人的贪污行为。

②关于实施上述行为利用了职务之便的证明。

上述涉及到证明主体的依据，主要解决被告人有无职务及从事职务的时间、范围，在证明具备了贪污案件特殊主体的条件下，还要考察被告人非法占有公共财物有没有利用自己职务便利的行为。要形成几个方面的证明结论：第一，侵占的公共财物是自己职务范围内管理、使用、支配或可能经手的；第二，与职务权力相对应的管理、使用财物的责任，对被告人有制约作用；第三，被告人为逃避责任，掩盖罪行所采取的掩饰手段。直接侵吞行为一般以职务便利为先决条件，其利用职务便利的证据好取，判定也容易些，在证据上需着力考察，是盗窃还是诈骗，是否利用了职务便利。一类是监守自盗的，通过审查证据，证实其对盗取的财物是否负有监守责任，有无利用监守便利进行秘密窃取。如油库管理人员巫某贪污柴油一案，巫经常称家中有客，来库住宿、

代他人值夜班；该单位有关岗位责任制规定巫某对油库有管理的责任，他人凭领油单到巫处领油，巫通知放油工放油；与巫共犯的油罐车司机供称每次由巫约定其夜间来运油去销赃，由巫给出门证；巫对此拒不供认。上述证据判明，放油工是奉管理员要求放油，职务权力在巫，巫支走他人，内外勾结，将自己经管的柴油偷出，故认定监守自盗。另一类是职务诈骗的，要证实其以欺骗方法占为己有的财物是自己合法管理、使用的或利用职务之便，可能骗到手的公共财物，并且利用职务进行诈骗。如某厂工人郑某，谎称外地某单位要大批产品，后郑将本厂产品廉价销售，货款占为己有后离厂出走。郑某有无职务便利？经查，厂领导证实曾动员全厂职工推销产品，供销科也有人证实郑某自荐有销路，故科长同意其推销。上述证据证明郑某是受托推销，将产品骗到手后转为现款占为己有。蔡向公司谎称提供信息单位要信息费，才可从中促成生意，公司将信息费汇至某单位，蔡让该单位开出收据。一年后蔡以该单位名义多次提款。从账面、借条等书证看没有问题，但该单位有关人员证实信息费系虚构，被告人以“信息费”的名义间接地占有了这笔款项中的大部分。

在直接占有公共财物的案件中，用来证明单位有无失控与被告有无占有的证据，基本上是同一证据。间接占有往往在“失控”与“占有”之间有了阶段性，对证据也要分别审查。上例蔡某贪污信息费一案，信息费的另一小部分已属收该费的单位小金库收入，本案农资公司汇出信息费证实失控，蔡“借”款证实占有，小金库截留信息费则证实蔡未全部占有信息费。

③赃款赃物数额的审查判断。赃款赃物数额是贪污案件定罪量刑重要依据，应证明清楚、准确。一是计算方法要科学，切忌单靠账目加减、靠被告人的收入、支出加减计算，要综合各方面的材料，分析计算每一笔的数额。二是属职务诈骗。

(3) 证明赃款赃物的证据运用。

贪污犯罪的侵犯对象是公共财物，变国家集体占有为私人非法占有，故每案必有赃款赃物有关事实和证据。根据不同案情，可从不同角度审查，公共财物是否已脱离原单位部门的控制，被告人是否已实际占有款物，赃款赃物的去向下落，赃物款的数额等。

①审查赃款赃物的去向。赃款赃物是犯罪分子主观上追求，客观上占有的最终目标，它又是客观实在的物质，它涉及贪污案件的定罪和量刑，因此它是贪污犯罪最主要的证据之一。查找到款物的要辨别、核对是否是原公共财物，未收取到款物的，要认真审查分析现有证据，扩大线索，进行深入调查，尽力查找赃款赃物去向。这既是证明犯罪的需要，也是为了保护公共财物，避免和

减少国家财产、集体财产的损失。

赃款赃物已被挥霍、匿藏、消耗的，也要有这方面的证据证明，如巨额赃款被窃或者用了赌博输款等，要审查证实这些去向是否真实。赃款赃物因被告人不承认而未查明去向的，要认真审查其他方面的证据，防止草率下结论。

②对公共财物是否已脱离原单位部门控制的证据的审查判断。该情节涉及到被告人是否已实施了贪污。例如账目中不明下落的款项，货款已支，货物却已发往他处等，必须有证据证明财物确实已不在原单位部门的控制范围。如采购员王某称预付购货款，并汇款一万余元到商店。王辩解商店迟早要交货，预付款将来还要结清、单位账上还挂着、没有离开单位控制范围。经查，商店的证人及借条证实王欠该店一万余元债务，王曾对商店称用预付款还款。单位去商店讨要，商店拒付。据此证明，该巨款及相应的购物权实际已脱离单位控制。

③对被告人是否已占有公共财物的证据的审查判断。被告人直接将公共财物占为己有的案件，其证据审查判断比较明了，有些被告人变换手法间接占有公共财物，证据较为复杂，要仔细分析判断。如农资公司蔡某有一批项目复杂的数额认定，一般要有审计鉴定。对审计鉴定也要认真审查，查鉴定的账册是否齐全，查审计出的贪污数额依据何在，查审计鉴定结论与其他证据是否印证。

3. 贪污案件各类证据的审查

(1) 对账册单据等书证的审查判断。

贪污案件大多与账据有关，账册、单据是贪污案件的重要证据。账册、单据的记载的内容作为书证发挥作用，以固定的状况作为物证证明案情。审查判断这些单据账册，与案件事实与被告人有无客观内在联系，对认定被告人有无贪污行为及采取何种手段方法，有着重大的意义。审判实践中，主要有以下几种审查判断账据的方法：

①对被告人直接采用账面贪污的方法，要审查其是否有采取销账、冲账等会计处理手段，将公款公物占为己有的行为。对有嫌疑的账目单据，应调取有关单位部门相联系的账据，来证实其销账、冲账是否合法。某厂厂长张某让会计汇木器厂加工费六千元，银行回单后销账。经查木器厂账据，张购置两套家俱六千元。并无替本厂加工之事，故否定了张某“为厂里加工木器”的狡辩。至此证明该六千元销账是张某非法侵吞。

②审查被涂改、伪造的单据。常见以涂改伪造发票、收款单、提单等为贪污手段，如大头小尾开发票、用涂改液涂改提款单。一般通过与其他几联的同

号票据比对，其不法勾当不攻自破。

③审查账册、单据有无矛盾。账册单据矛盾主要表现为重复报销、以少记多、以虚记实、少记不记收入、多记虚记支出等。对有重复报销等手法的，只要认真审查账据，逐项逐笔核对，终能发现破绽。对有收入不记账手法的，因为收据不附于账册内，因此通过要有的单据收据的缴款方的佐证或其他有关证据证实，就能发现。

④审查账据与实物有无矛盾。一是库房实物与账目是否相符，货物出库是否有提货单印证等。二是财务账据与实款是否相符，购物报销后实物有无进库，实物销出的有无货物进账。实践中滞销实物卖出后不入账或少入账的较多，对这种情况要审查销售价款、成交情况、是否对方拖欠等证据，以证实货款是否被侵吞。

⑤对账目混乱、实物现金去向不明的，要审查去向不明款项是否为主管经管人员非法占有。此种情形要排除会计人员不负责任或业务水平差等因素造成账目混乱而使款项去向不明的情况。但有时混乱账目也是一种贪污手段，如会计张某突然失踪后，经查，近六个月，张登记的银行账目混乱，与银行开具的现金支出流水账相差七万元；张任会计已六年，过去未有过差错。进一步查证，单位违反制度让张保管现金支票及有关印鉴，现金支票少了十几项，缺少的支票编码与银行保存的回单编号相对一致，数额七万相符，该款均被张某提取占有。故张登记的账册混乱的内容应是贪污证据之一。

（2）对被告人供述辩解的审查判断。

贪污案件被告人有相当一部分不供认或不全供认，这是此类案件的特点。对被告供认贪污的，要审查供认的动机、取得口供程序是否合法，口供有无反复、是否合乎情理等，对不供认的辩解，则要审查证实是否是抵赖。实践中值得注意的有两种辩解：

第一种，“用违反手段获取公款为小集体谋利益”。此种辩解要审查违法获取的款物是否被被告人一人控制，有无小集体他人知道，被告有无动用及动用的目的，并结合被告有无其他经济问题及一贯表现等分析判断，以证明辩解是否成立。如某小学负责人叶某，对以自己名义将公款存银行的行为进行辩解，经审查，他承认自己保管学生交来的困难班费，后在几次教师会议上称该费已为大家福利用完，上级监察机关讯问此事亦回答全部用完。后来在证据面前，辩称还有几千元以自己名义存在银行将来用作教师福利，欺上是怕没收，瞒下是怕群众要私分。再查，该费没有记账，校内其他有关负责人及财会人员均不知还有这笔款项，叶还另外贪污了各种杂费几千元。分析上列证据，被告辩解

与其行为自相矛盾，故不能成立。

第二种，“违法所得用于为公”，辩称多见于请客接待，为单位应酬。对此辩解要审查证明被告是否需要为单位、业务接待应酬，有无接待应酬事实，应酬费用多少等。被告人供述与其他某一证据在认定同一情节上，相互排斥，以难取舍，出现“一比一”局面的，对此应坚持实事求是原则，坚持证据的排他性，出现一比一情况，又无其他证据印证的，防止硬定硬判。例如，收购员江某有无侵吞蚕茧款一节，卖主称，江收购时按高于实际等级价格开票，超额款给我一点，大头被江留下。卖主在第二次卖茧时与江发生冲突情况下揭发江某，江则辩解无此事，卖主有打击报复之嫌。实物蚕茧早已处理，无法对证。江与卖主各执一说，证据对峙，故无法认定卖主陈述是否确实可靠。

主要证据一比一，间接证据可佐证的，要综合分析，作出判断。物资科长张某将购货款汇至某乡办厂，后该款从账上提出，张某辩称未取此款，厂财会人员二人述该款被张取走，虽财会二人，但利害关系一致，该款被谁贪污出现证据一比一，经审查证实，张某去该厂的日期与记载提款日期同一，同期张为儿子结婚急于筹款，张称当天去乡办厂找某人未找到，而证据证实某人当时就在办公室谈工作。上列证据可证明张有利用职务之便骗取该款的时间、动机，辩解有破绽，而两财会人员的陈述是可信的。

在共同贪污案件中，赃款分配额“一比一”的以上总数额不让罪犯占便宜为前提，可以从各被告在贪污案件中的地位作用，在工作中交往中职务从属关系，各人供述态度等方面进行审查。必要时可据理推断。某行政部门刘某、张某贪污赞助款一案，刘系主任，张为干事，赞助单位证实是刘打电话拉的赞助并几次催要。后由张收款。刘供未经手，该款不知详情。张称交款给刘时，刘提出对半分。经审查判断，张的供述是可信的：①张无法向刘隐瞒收款之事；②刘是张的领导，张应考虑到此事的得失利弊；③刘在获取这笔赞助款中所起作用大于张，不会对此事结果不过问，更不会让张一人独吞；④张在各情节上交待清楚、无隐瞒，刘则老奸巨滑，吞吞吐吐百般抵赖。故断定张的供述合乎情理是真实的。

(3) 对司法会计鉴定的审查。

经司法机关委托作出的会计鉴定，是反映贪污案件书证、物证的又一种证据资料，它对确定贪污犯罪数额具有重要意义，而数额直接影响着对被告人的定罪和量刑。司法会计鉴定作为鉴定结论是我国刑诉法规定的证据种类之一，我们不能因其专业性强而影响在审判活动中对其的审查判断。

①对会计鉴定程序的审查。包括对鉴定人有无鉴定资格和鉴定材料来源等

是否合法等。会计鉴定的客体大多是各种财务账册票据，鉴定人进行审查鉴别的，应是由司法机关提供的账册票据等材料，除此由其他单位个人送检的，将不能作为贪污案件证据使用。

②对会计鉴定客体的审查。用作鉴定的有关账册单据等材料，一般要具备二点，首先，被鉴定的账册单据中的问题是由被告人形成，而不是他人。通过对各方面证据的审查，确定谁是行为人，只有在行为人与被告人是同一人时，该证据才能对被告人行为具有证明力。第二，被鉴定账册单据中的问题，必须是贪污手段造成，排除非犯罪动机情形下形成的可能性。

③审查计算方法等技术性措施是否得当。会计是专业性较强的工作，审判人员在审查计算方法等技术性措施中，如果有疑问的可对鉴定人进行质询，确有问题的，可再补充鉴定或重新鉴定。只有判定会计鉴定是科学的，合乎情理的，才能作为证据使用。

④审查鉴定结论与被鉴定材料鉴定的分析说明等内容是否统一，鉴定结论认定数额与其他证据是否互相印证。

（三）挪用公款案件证据的审查与运用

挪用公款罪，是指国家工作人员，集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员，利用职务上的便利，擅自将公款挪作个人使用，或者挪给他人使用，进行非法活动；或者挪用公款数额较大进行营利活动；或者挪用公款数额较大，超过三个月未还，因而侵犯公共财产使用权的行为。由于挪用公款罪是一种新类型的犯罪，大多数犯罪分子作案后总要寻找种种理由和借口，故意将已经完成的挪用公款的行为与延支、往来、借支等民事债务行为搅合在一起，以图开脱罪责。再者，由于挪用公款案件系特殊主体犯罪的案件，犯罪分子大都有一定的地位或一定的背景和关系。所以，有的案件往往被人为地搞得似是而非，模棱两可，难以定笃。因而认真地审查和正确运用证据来证明犯罪，就显得尤为重要。

1. 挪用公款罪证据的特点

所谓挪用公款罪的证据，是指能够客观地再现被告人利用职务之便，擅自将公款挪作已用，且数额较大，超过三个月未还；或者将公款挪作个人营利活动，数额较大；或者从事非法活动，因而侵犯公共财产使用权的一切物质形态。它具有以下几个显著特点：

(1) 证据一般比较公开，易于收集。

鉴于挪用公款罪所侵犯的客体是公共财产的使用权，被告人一般不具有将公款非法占为已有的故意，因此，在其犯罪客观方面，一般不采取诸如涂改账

册、伪造单据等贪污犯罪的作案手段。因其挪用行为而造成的公款短缺，在账面上有明显的反映。例如通过对库存现金的实地盘点，或将单位的银行存款日记账与银行对账单相核对，或者通过对在外债权债务的核对等手段，即能发现账存数同实有数之间的明显差异。所以，挪用公款罪的证据一般都具有公开性这一明显特点，因而也比较易于收集。

当然，在审判实践中，也会有这样一种情况，即挪用公款的行为人在其挪用公款后，为掩盖事实真相，将已挪用了的款项擅自做成个人往来，使原来对公共财产的非法侵占一变而为合法化。这类案件的证据则比较隐晦，既难于收集，亦难于审查。在办理此类案件的时候，应引起高度的重视。

(2) 书证是主要的证据表现形式。

首先，证实被告人主体资格的证据以书证为其主要形式。能够充当证明被告人身份、职业、职务的证据，无非是证件、文件、聘用书、委托书、身份证明等。

其次，证明款项的性质的证据，亦以书证为主要形式。既是公款，在财务凭证、账册上就必然设有反映该公款的性质、由来、用途、收支、库存等情况的明细科目。通过对这些科目内的账册单据的审查，即可发现公款的短缺与否，同时也能肯定地证明被告人所挪用的款项的性质。再次，被告人将公款挪作何种用途，亦可以书证来认定。

(3) 证明被挪用的款项的性质、用途及挪用时间的长短等证据显得比较重要。

挪用公款案件，被告人直接侵害的对象必须是公共财产，即由其经手、管理、保管的公家的钱财。如果是挪用的个体户、私个合伙企业、私营企业或者其他私人的钱财，尽管其对之具有管理、经手、保管的职责，也不能构成挪用公款罪。因而证明被其挪用的款项的性质的证据，在整个挪用公挪案件的证据锁链中是一个重要的环节。

除此以外，被告人将公款挪作何种用途，以及其挪用的时间长短等方面的证据，亦同样显得十分重要。根据有关法律规定，挪用公款罪有三种表现形式：一是挪用公款从事非法活动；二是挪用公款数额较大进行营利活动；三是挪用公款归个人使用数额较大，超过三个月未还的。针对上述三种不同的构成形式，分别规定了不同的刑事责任。挪用公款用于个人生活的，其挪用的数额则必须在5000元至10000元以上，并且超过三个月未还。而挪用公款数额较大从事营利活动，则不考虑是否超过三个月未还，都应追究其刑事责任。若将公款挪作赌博、嫖娼、走私、贩毒、投机倒把、制作贩卖淫秽书刊等非法活动

的，则不论数额大小，不论是否超过三个月，都构成挪用公款罪。由此可见，证明被告人将公款挪作何种用途，以及挪用的时间长短、数额大小的证据，不仅关系到挪用公款案件的准确认定，也是区别罪与非罪、此罪与彼罪的重要证据。

2. 对挪用公款罪的必备证据的审查

(1) 对证明被告人主体资格的证据进行审查。

挪用公款罪的主体，是指具有经手、管理公共财产职务，并且利用这种职务上的便利，实施挪用公款的犯罪行为，因而承担刑事责任的国家工作人员、集体经济组织工作人员以及受委托临时从事公务的人员。非上述人员，则不能成为挪用公款罪的主体。

在审查受委托临时从事公务的人员之主体资格证据的时候，一定要注意审查委托人是否系有权委托、合法委托，二者缺一不可。否则，任何无权委托，违章、违纪乃至违法委托，均不产生“委托”的法律效力。

挪用公款罪是一种特殊主体的犯罪，一般主体则不能单独构成本罪。但若一般主体与特殊主体相勾结共同作案，即系该罪法定主体的共犯，亦可成为本罪的主体。此类证据审查，应注意以下四个方面：

①注意审查现有证据能否证明使用人与挪用人确有共谋。

②注意审查现有证据能否证明使用人明知其使用的款项系挪用人所挪用的公款。

③注意审查现有证据能否明确系使用人的要挟、胁迫等手段，迫使国家工作人员、集体经济组织工作人员，利用职务之便，挪用公款供其使用的。

④注意审查现有证据能否证明使用人以贿赂手法，诱使国家工作人员、集体经济组织工作人员，利用职务之便挪用公款供其个人使用。

如果有充分、确实的证据证明使用人确实具有上列行为之一的，则可根据实行犯所实施的具体犯罪行为认定使用人同样具备主体资格，应以挪用公款罪的共犯论处。

在审查和运用这些证据的时候，还要注意审查被告人挪用公款的行为与其具有特定主体身份的任职期限是否一致，有否之前或之后的行为。这些细节虽小，却不可掉以轻心，要结合审查其他证人证言以及被告人的口供，求得互相印证。

(2) 对证明被告人挪用行为的证据进行审查。

证明被告人的挪用行为是否符合挪用公款罪的客观要件，是衡量特定主体是否触犯挪用公款罪这一特定罪名的重要证据，必须予以全面、细致地审查，

主要可从以下四个方面进行：

①对证明被告人是否实施了挪用行为的证据进行审查。挪用公款罪不同于贪污罪、盗窃罪那样全在秘密状态下完成，其客观行为大多是公开化的表现形式。因此，审查挪用行为是否发生，主要是通过账册单据等有关书证、鉴定结论及有关证人证言、被告人供述来认定。

②对证明被告人实施挪用公款行为的手段、情节的证据进行审查。实施挪用公款犯罪行为有多种手段，有的擅自挪用由其管理的库存现金或暂存款及其利息。有的擅提银行存款及其利息以作己用，如企业的会计、出纳人员等。有的将追回的在外债权以作己用。也有的乡镇企业供销人员借出差联系业务为名，携带巨额出差费、业务费外出，吃喝嫖赌，或为私人购买大宗物品。还有的是以延支挂账手法占用公款等等。认真审查证明被告人上述各种不同的作案手段的证据，对于确凿地证实犯罪，明确地揭露犯罪，更好地预防犯罪，无疑是十分重要的。

对于被告人挪用公款罪的情节轻重的证据审查，则应着重注意挪用公款的数额大小，挪用的时间长短，有否归还，特别是要着重审查被告人将公款挪作何用的证据。如若被告人确系因亲人治病或应付天灾人祸的紧急情况而挪用公款，且时间不长，数额亦不太大，则是可以酌情从轻处罚或免除处罚的情节。反之如若被告人挪用公款数额巨大，且用于非法活动，而无力退赔，则应从贪污论处，从重处罚。

对于上述证据应在认真审查了被告人供述的基础上，结合审查有关书证和证人证言等证据，求得完整统一。

③对证明被告人的客观行为性质的证据进行审查。挪用公款是特定主体利用职务上的便利，对公共财产使用权的侵占，与贪污罪既有共同点，又有不同之处。在犯罪的主观方面，贪污罪是以非法占有为目的，挪用则为临时占用，一般没有非法占有的故意。在客观方面，挪用在财务上的反映比较明显，而贪污却是处于秘密状态下的盗窃、骗取或侵吞。挪用公款数额巨大，并超过法定时间，其性质就转变为贪污。因此区分挪用公款罪与贪污罪，关键在于认真审查其作案的手段、赃款的用途、数额大小、有否归还等方面的证据。

有些挪用公款的行为人在挪用公款后，被发现而又未偿还的情况下，单位财务将其做成个人往来。对于这类行为的证据如何审查判断，就关系到对案件性质的准确认定。例如被告人朱××，利用某村办厂临时委托其去外地催索三万元贷款的工作之便，将索回的三万元汇票私自挪用。经该厂再三催讨，朱才将余款22500元，连同一张所谓“付现金7500元的说明”一并交予该厂出纳。

但厂领导对朱的所谓“说明”始终未予认可，该厂出纳为防遗忘，将该“白条”在财务上做了传票。

对此，我们通过以下几个方面予以逐项审查：a. 查白条是否经领导签字批准。b. 查财务人员与挪用人有无共谋。c. 查挪用的数额、时间、用途及有否归还。通过审查上列各项证据，如能确凿证明挪用人利用职务之便，擅自将公款挪作私用，事后又未获领导追认，尽管其本人或财会人员在账册上记了挪用人的往来，仍不能改变其挪用的性质，仍应以挪用公款罪定案。

(3) 对证明被告人主观故意的证据进行审查。

挪用公款的行为人在其主观上是临时占用公共财产，使用后再逐步或一次归还，没有据为己有的目的。对于这一主观故意，我们可以从被告人的作案手段和有无归还能力二个方面的证据来进行审查。

首先，通过审查其作案手段的证据判断其主观故意，如前所述，挪用公款罪主要是暂时侵犯了公款的使用权，没有侵犯公共财产的所有权。所以，一般不采取涂改单据、伪造账目等弄虚作假的手段掩盖事实真相。如果被告人在实施挪用公款的犯罪行为后，又涂改账目，销毁凭证，那么则说明其主观故意已由起初的挪用公款而转变成贪污。

其次，通过审查说明其是否具有归还能力的证据，判断其主观故意。如果现有证据确能证明，被告人在挪用之初就已负债累累，或者挪用后将赃款挥霍一空，实际上已无偿还能力，或者有偿还能力而拒不偿还，则说明被告人的主观故意已从挪用转为贪污。

(4) 对证明所挪用款项的性质、数额、挪用用途及挪用时间长短等方面情况的证据进行审查。

①对证明款项性质的证据进行审查。

挪用公款罪所侵犯的客体是公共财产的使用权，其侵犯的直接对象是公共财产，而绝非其他任何性质的财产。证明被挪用款项性质的证据主要有账册、凭证、银行存款日记账、银行对账单、外债权的有关协议、合同或债据、交货单、本单位工商执照以及有关的证人证言等。通过这些证据的综合审查，即可证实被告人所挪用的款项其性质是否属于公款。

②对证明挪用数额的证据进行审查。

对于挪用数额的证据审查，主要是从财务账册上对有关书证进行逐项审查。例如通过审查财务盘存表和实存账的对比表，揭示实有数额与账面结存数额之间的差异。再如通过审查库存现金日记账及其账面余额，与现钞数额核对，从中查明两者的差异。还有的通过审查单位的银行存款日记账与银行存款

对账单的核对结果，来查明金额不符的情况。另外就是通过对外债权债务以及应收应付款项的清查，来证实债权债务等财务往来的余额。通过对证明上述细节的证据的逐一审查，即可认定被告人所挪用公款的准确数额，并可收到事半功倍的效果。

③对证明公款被挪作何种用途的证据进行审查。

被告人挪作公款无论是供其本人或供他人使用，均不外乎用于非法活动、进行营利活动或供个人生活所用这三种用途。我们应从案件的具体情况出发，采取灵活的审查和运用证据的方法。

例如对被告人挪用公款从事非法活动的证据审查，应着重查被告人所进行的是何种违法活动，有无受过执法部门的处罚；被告人挪用公款的起止时间是否与其所进行的非法活动的时间相吻合，以及该非法活动是否全部或大部的公款所为；被告人用于非法活动的公款是否达到二千元以上。

再如对挪用公款后从事营利活动的证据审查，则应审明这样几个方面：一查公款自何时发生短少；二查其所从事的系何种方式、何种内容的营利活动；三查该营利活动本身的盈亏情况，特别是对其所得利润必须逐笔审查核算清楚，以便一并判令退赔（若系从事非法活动的盈利则应予以没收上缴国库）。

若被告拒不供述公款的去向、用途，则可从外围逐项审查证明被告人本人或其家属、亲友在特定时间内从事营利活动及其资金来源、盈利情况等方面的证据。只要能形成完整的密不可破的证据锁链，同样可以认定被告人是否构成挪用公款罪。

对于证明被告人挪用公款用于个人生活的证据，则可从审查其口供的真实性入手，再逐一审查多项证据之间是否具有完整的统一性。因为在构成挪用公款罪的三种情况中，尤以挪用公款用于个人生活而犯罪构成的比较严格，在实体处理时亦相对较轻。所以有些犯罪分子在其案发后总推说是用于个人生活，以图减轻罪责。这就需要对其口供的真实性进行认真的审查。而其行之有效的方法便是通过对其他证据的审查，看能否印证被告人的口供，通过证据的排他性来保证其证明对象的客观性，做到不枉不纵。

④对证明公款被挪用的时间长短的证据进行审查。

这可以从两个方面入手。一查挪用公款的行为起于何时；二查已否归还，何时归还。这种起止时间在账册上一般都有记载，故可通过审查账册求得准确的答条。

3. 对挪用公款案件的分类证据的审查

（1）对有关书证的审查。

挪用公款案件的书证为主，准确认定被告人的挪用公款的时间长短、数额大小、有否归还等，书证起着十分重要的作用。由于挪用公款案件的书证是大量而复杂的，可以采取多种方法，但有一条共同的原则，即必须严格地审查各类书证的真实性，有无虚假、伪造。如系复印件，则应与原始件加以核对，以辨别真伪，其次要审查书证内容能否证明案件事实。只有查清书证记载的内容的真实含义和它与证明对象之间的关系，才能确定能否作为定案的根据使用。

(2) 对证人证言的审查。

能够确凿证明被告人挪用公款的证人证言，一般包括单位领导的证言、财会人员的证言、使用人的陈述、其他知情人的证言等。

审查各类证人证言的共同原则当然不外乎真实性，但若确认各类证人证言是否真实，就必须针对挪用公款案件的具体情况，采取不同的方法予以实事求是地审查运用。例如对本单位领导和财会人员的证言，首先审查其与案件有否利害关系，有无推卸责任、嫁祸于人之处。特别是单位领导的证言，尤应引起高度重视。因为在被告人挪用之初，单位领导是否知道并同意（哪怕是口头的）被告人借支的情况，或者当初曾予以口头同意，案发后怕追究责任而推作不知道或未同意的虚假证言，都将关系到认定被告人罪与非罪的大问题，切不可偏听偏信。

对于使用人的证言，更应认真审查。因为有些使用人出于报恩或义气而千方百计庇护挪用人，不愿说出真实情况，甚至指鹿为马、拉别人垫背，或者将责任揽于自身，为挪用人开脱罪责。对此我们务必引起高度的重视。

与此同时，对证人证言的合法性亦必须予以认真审查。证人必须具有法定作证的资格。证言的收集必须是依法定程序进行的。任何靠威逼、利诱收集证言，或者不能正确表达意志的人所作的陈述，均不能作为证词使用。

总之，在审查和运用挪用公款案件的证据的时候，应当根据案件的不同情况，本着实事求是、一切从实际出发的原则，重根据、重实质，不为案件的表面现象所惑，把握各证据间的相关点，决不可偏颇某一个方面而忽视了其他方面。

（四）巨额财产来源不明案件证据的审查与运用

"国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的。差额部分的按非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处没收其财产的差额部分。"这一规定确立了以事实推定为特征的犯罪——巨额财产来源不明罪。所谓事实推定的犯罪，是指由于法定结果（事实）的发生而要求引起该结果的行为人作出其行为

合法的证明，如果行为人不能作出合法性的说明，司法人员可以推定其有罪并处以刑罚。由于巨额财产来源不明罪具有不同于其他经济犯罪的构成要件，因此审判人员在处理巨额财产来源不明案时，应当了解此类案件的证据特点，领会审查认定此类案件证据的基本要求，掌握审查认定证据的具体方法。

1. 巨额财产来源不明案证据的特点

(1) 证据的非充足性

我国刑诉法第43条规定："审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序、收集能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。"根据我国刑事诉讼的传统证明要求，认定某被告人的行为构成犯罪，必须事实清楚，证明确实充分。所谓事实清楚，是指犯罪人员、犯罪时间、犯罪地点、犯罪对象、犯罪手段和犯罪结果均已查清。这六要素是证明某具体犯罪成立所必须具备的，缺少其中任何一项要素都不能认定被告人有罪。同时，只有与六要素相关的证据都已具备，才可以认为案件的证据确实充分。但是刑法的规定突破了传统的证明要求，只要具备其中两个要素并有相应的证据予以证明，即可对被告人定罪判刑：一是被告人的财产或支出明显超过合法收入，且差额巨大；一是被告人不能说明巨额财产来源合法。至于被告人在何时、何地、以何种方式，从何人手中获取这些巨额财产，都不是司法机关所必须查明的事实情节，也不需要有证明这些事实情节的证据。这就是说，司法机关只需审查认定被告人差额巨大财产。"现状存在"的证据，无需审查认定被告人差额巨大财产"现状来源"的证据。与其他经济犯罪案件的证明标准相比，巨额财产来源不明案显然在证据的确实充分方面的要求不同。

巨额财产来源不明案证据的非充足性还体现在没有或不需要某些证据种类，例如，此案一般没有被害人，故往往没有被害人陈述。如果此案中有具体的被害人，则只能定其他罪。

(2) 证据的间接定罪性。

刑事诉讼中的证据，可以分为有罪证据和无罪证据。凡是能够证明犯罪事实存在的被告人实施了犯罪行为的证据，是有罪证据；凡是能够否定犯罪事实或者否定被告人实施犯罪行为的证据，称为无罪证据。

根据我国刑诉法的有关规定，公诉案件的举证责任只能由司法机关承担，被告人并不承担举证责任，但是，根据刑法的立法原意，在审理巨额财产来源不明案的诉讼过程中，被告人和司法机关都负有举证责任，具体地讲：①司法机关应收集、审查、认定证据以证明被告人的财产或支出明显地超过合法收入，且差额巨大。②被告人在司法机关责令其说明差额巨大财产合法来源后应

提供证据以证明其来源的合法性。同时，司法机关必须收集能够证明被告人举证是否真实的有关证据。此外，司法机关还应主动收集各种能够排除被告人差额巨大财产或支出有合法来源的一切证据。

由于《刑法》所作的“本人不能说明其来源是合法的，差额部分的非法所得论”的规定，将被告人的举证范围限定在巨额财产来源的合法性上，因而，只有在被告人提不出证明巨额财产来源合法的无罪证据或提出的无罪证据被司法机关收集的证据否定后，才能对被告人按巨额财产来源不明罪定性处罚。由此可见，司法机关认定被告人构成巨额财产来源不明罪的证据，并不是直接的有罪证据，而是排除被告人提出的无罪证据的间接有罪证据。

2. 巨额财产来源不明案件证据审查认定的基本要求

由于主客观方面的复杂因素，司法机关通过各个渠道收集的证据材料和被告人提出的证据材料，往往有真有假，有的准确，有的不准确；有的与案件有直接的联系，有的只有间接的联系；有的几个证据彼此一致，有的互相矛盾，因此，审判人员只有对案件的全部证据材料逐个地反复地进行分析研究，才能正确认定证据并将之作为定案的依据。

在司法实践中，审查认定巨额财产来源不明案件证据的基本要求是：

(1) 具体问题具体分析。

辩证唯物主义认为，认识事物只有研究分析与它相联系的具体时间、地点和条件，才能认定它的本质。证据本身是客观存在的事实，判断证据真假及其证明力的大小，惟一正确的途径就是一切从实际出发，辩证地对证据材料进行“去粗取精，去伪存真，由此及彼，由表及里”的加工。

准确把握巨额财产来源不明案证据的审查重点，是具体问题具体分析的重要方面之一。目前，有的人民法院在办理此类案件时，往往把审查的重点放在被告人占有财产的时间、方法上。我们认为，因为巨额财产来源不明案不同于其他经济犯罪案件，被告人占有财产的具体时间、方式难以确定，从证明要求角度讲，也无需对此确定，所以，审判人员审查此类案件的重点应是被告人是否拥有来源不明的巨额财产，是否对此作了说明以及说明的真伪。

对不同种类的证据，应根据它们各自的特点，功能，侧重于不同方面进行审查判断。例如，对物证、书证，着重审查其是否伪造，与案件事实有无联系；对证人证言，如证人与被告人或案件处理有利害关系，则应注意审查证人是否会故意作虚假陈述；如果证人与当事人或案件处理无利害关系，应侧重审查证言的形成情况；对鉴定结论，应着重审查鉴定人是否有专门知识、鉴定的材料和方法有无问题等等。

(2) 对全案证据进行综合分析。

证实同一案件的各个证据可以组成一个有着内在联系的证据体系。在这个体系中，不论有多少证据，其证明程度如何，它们证明的方向都应当是一致的，它们之间应当是互相协调、没有冲突的。所以，审判人员审查判断证据时，不论是确定证据的客观性，还是判断证据的关联性，都必须在证据与证据的联系中加以考虑，即除对证据本身进行分析外，还必须将它与其他证据结合起来综合分析。

(3) 认真分析和解决证据的各种矛盾。

在司法机关收集的各种证据和被告人提出的证据中，某个证据本身以及某些证据之间不可避免地会出现矛盾。审判人员审查判断证据时，必须注意发现这些矛盾，分析产生矛盾的原因，再进一步收集证据，从而解决这些矛盾。分析证据的矛盾，一般可按以下几种方法：

①某一证据本身有无矛盾。这是指要注意分析证据的内容或形式在当时当地的具体条件下是否可能出现，也就是说，要分析证据与当时当地的具体条件有无矛盾，例如，某被告人在说明其巨额财产来源时，一口咬定是自己参加工作后积攒的。司法人员按其正当收入情况计算后得出如下结论：被告人从参加工作后至案发，就是不吃不喝，不作任何开支，也不能积攒到这样的巨额财产。可见，被告人的口供本身就存在着矛盾。

②证据与证据之间有无矛盾。这是指要注意同案被告人的口供之间，被告人口供与证人证言之间，不同证人的证言之间以及书证、物证与鉴定结论之间等有无矛盾。

③证据与案件事实之间有无矛盾。人民法院审理巨额财产来源不明案时，应认真审查案件证据与检察机关指控的犯罪事实之间有无矛盾；二审人民法院应注意审查案件证据与一审法院审查认定的事实之间有无矛盾。

3. 巨额财产来源不明案几种证据的审查认定

(1) 对被告人供述和辩解的审查认定。

根据《刑法》的立法愿意，被告人负有向司法机关说明其超过合法收入的巨额财产或支出的合法来源的法定义务，因此被告人的说明辩解和反驳是案件证据中重要的部分，且具有双重的诉讼性质，既是承担举证责任的方式，又是对公诉机关指控的辩护手段。

如果被告人说明其巨额财产的真实来源是合法所得、一般违法所得或犯罪所得，则不构成巨额财产来源不明罪。只有在被告人不能说明或拒绝说明的情况下，才能对之以巨额财产来源不明罪定性处罚。因此，审判人员在审理巨额

财产来源不明案中，尤其应重视被告人的口供，既不能完全不信，也不能盲目轻信，口供必须得到其他证据的印证，方能作为定案的依据。在审查认定被告人的口供时，应当注意以下几点：

①审查口供的合理性。被告人为了减轻自己的罪责，隐瞒财产的真正来源，一般都会编造谎言，捏造事实进行狡辩，因而，对被告人供述的巨额财产的来源，要结合被告人的具体情况，从其供述的获取财产的时间、地点、方法等方面客观地分析是否有可能，是否合情合理，被告人供述不合情理或有矛盾时，应进一步查证。例如，靳某巨额财产来源不明案，靳称：他曾于1983年救过一个名叫"老杜"的落水者，"老杜"当时送其2000元。1988年，"老杜"又送其50000元。然而，靳某都说不出"老杜"的真实姓名、职业、工作单位和家庭住址等情况，靳某的口供显然不合情理，在无其他证据证实的情况下，当然不能作为证明其无罪的证据。

②审查被告人供述的动机和条件。对被告人的供述，应审查是出于真诚悔罪、澄清事实，还是别的动机，特别要注意取供时是否存在刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗及其他非法情况。被告人屡供屡翻的，应查清其供述的动机和翻供的原因。

③审查被告人供述与其他证据是否印证。被告人极有可能利用司法机关责令其举证之际，编造各种有利于自己的证据，尤其是编造没有旁证的证据。例如，甘肃省某厂供应科仓库保管员王某对其拥有的6.7万元巨额财产的来源说明为：1961年她与前夫杜某（已故）结婚时，杜某的父母给她6万元：1963年她母亲牛某（已故）给她1万元，此案仅就被告人供述本身进行审查是无法判断其真伪的，还需将供述与其他证据联系起来比较分析，才能作出准确的判断。后经司法机关查明，王某结婚时，她前夫家庭经济困难，他父母未给儿媳财产，王某父母所在村证明，她父母以务农为主，经济拮据，不可能给女儿1万元。

(2) 对物证书证的审查认定。

巨额财产来源不明案的物证书证的来源可以分为两个方面：一是司法机关收集的证明被告人拥有巨大数额财产的物证书证（如房屋、首饰、现金、高档消费品、银行存折、股票等等）以及排除被告人巨大数额财产来源合法的物证书证。一是被告人提出证明其巨大数额财产来源合法的物证、书证（如遗嘱、信件等等）。

物证书证本身是一种很有证明力的证据，但物证书证也可能被人调换、伪造、变造，从而不具有真实性、失去其证明力，对物证书证应当同对待其他证

据一样，认真审查、核对。

①审查判断物证书证本身的真伪。判断物证书证真假的方法是：第一，通过辨认进行审查判断。审判人员在审理案件中，应依法清点被告人家庭和本人的财产，核对其家庭和本人收入支出情况，查清被告人的财产或支出明显超过合法收入的差额。这些是认定巨额财产来源不明罪不可缺少的物证书证。由于被告人财产或支出与合法收入的“差额巨大”，是被告人承担说明来源合法的法定义务和被定罪处罚的前提，因此，有的被告人可能会竭力否认自己占有的财产，而将之说成是亲属朋友的。我国家庭结构比较紧密，家庭成员之间财产的占有和处分往往不明确，这就给被告人财产差额大小的认定带来一定困难。在此情况下，审判人员可以让被告人或其他证人对物证书证进行辨认。对于辨认者在辨认物证书证中提出的问题和意见，要结合物证书证的发现、收集的情况进分分析。第二，通过鉴定审查判断，有些物证究竟与本案有无关系，有些书证能否证明被告人财产的合法来源，单凭一般观察是难以查清的。这就需要指派或聘请有专门知识的人进行科学鉴定，作出鉴定结论。例如，鉴定书证的格式是否符合当时颁行的标准，书证有无伪造痕迹，书证上的字迹为谁所写，等等。

②审查物证书证与其他证据之间的关系。物证书证只能从一个侧面证明案件事实，不可能反映案件的全貌。因而，物证书证必须与其他证据相互印证。例如，某被告人为了证明巨额财产是继承的祖父的遗产，提交了他祖父的遗嘱。审判人员不能仅就遗嘱的内容和形式审查判断真伪，还应将之与鉴定结论、证人证言等证据结合起来分析。如果物证书证与其他证据有矛盾时，要仔细分析究竟是物证书证本身不可靠，还是其他证据有问题。

(3) 对证人证言的审查认定。

证人证言在司法机关处理刑事案件中占有重要的地位，是一种最普遍最常用的证据。因而审判人员应将证人证言作为查清巨额财产来源不明案事实的重要手段。审查判断证人证言真伪和可靠程度时，一般可从以下几个方面着手：

①审查证人证言的来源。对于证人亲闻目睹案件事实的证言，经过其他证据证实，即可作为证据使用。如果是传来证言，需进一步查清其来源。如果原始证人已经死亡或者有其他原因（如精神病失去正常意识，移至国外定居等）无法查对，通过第三者并经查对可靠，也可作为证据使用。至于证人凭道听途说或个人猜测而作的证言，则不能作为证据。

②注意证人与被告人的关系。公民个人的财产一般是隐密的，除了被告人及其关系亲密的人外，其他人很少知情。因此，巨额财产来源不明案的证人大

多是与被告有亲属、朋友、同学、同事等关系的公民，因为他们的证言对被告人是否被追究刑事责任有一定影响。他们与被告人具有特殊的关系，所以，他们的语言往往有虚假的成份，甚至完全是伪证。例如，山西省某矿务局机电处干部张某因巨额财产来源不明案被收审后，其妻田某利用与弟、妹奔丧之机，精心串通，编造了向他们借款1万元，亲友托买高档家电预付款、收房租等共计6万元的谎言。审判人员对此类与被告人有利害关系的证人提供的证言，要特别注意审查其真伪。

③审查取得证言的方法。这主要是审查证人提供证言时，有无受到办案人员的威胁、引诱、欺骗等，是否受到被告人及其亲属或其他公民的指使、收买、威胁等非法影响。一般来说，证人在没有任何压力和思想顾虑的情况下提供的证言，相对可靠。

④分析证人证言与其他证据是否一致。当证人证言与其他证据证明案件的同一事实时，它们之间应该是相同的；当证人证言和其他证据证明同一案件中的各个事实时，它们之间应该是协调的。如果证人证言和其他证据不同或不协调，那么不是证人证言不真实，就是其他证据不可靠。

（4）对鉴定结论的审查认定。

与审理其他经济犯罪案件一样，审理巨额财产来源不明案也可能需要指派或聘请具有专门知识的人对案件中的某个或某些问题进行鉴定，作出书面结论。审查和判断鉴定结论的一般方法是：

①审查送交鉴定的材料是否可靠、充分。因为鉴定人是根据送去的材料进行鉴定的，如果送交的材料本身不确实可靠，得出的鉴定结论必定不会正确。鉴定人掌握的材料不够充足，也往往难以得出正确的鉴定结论。

②审查鉴定人进行鉴定时所用的技术设备是否完善，方法是否科学。了解鉴定人的技术水平如何，是否能够胜任所承担鉴定的项目。

③了解鉴定人鉴定过程中的态度。由于鉴定结论是巨额财产来源不明案的重要证据，不但它本身能肯定或否定被告人说明的真假，而且还具有印证其他证据的真伪及可信度的功能，因而被告人及其亲属很可能通过各种途径对鉴定人施加影响，使之作出有利于自己的鉴定结论，审判人员对此应当警惕。

④审查鉴定结论的论据是否充分，推断是否合理，论据和结论之间有无矛盾。鉴定结论涉及到许多领域的专门知识，审判人员对其本身真伪审查的难度就很大。所以，需要将鉴定结论等其他证据联系起来分析。如果互相矛盾，应予排除。必要时，可以让鉴定人进行补充鉴定或重新鉴定，也可以指定或聘请其他鉴定人重新鉴定。

第七章　各类常见多发案件的举证范围

第一节　危害国家安全案件的举证范围

一、煽动分裂国家案件的举证范围

（一）煽动分裂国家罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百零三条　……

煽动分裂国家、破坏国家统一的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；首要分子或者罪行重大的，处五年以上有期徒刑。

……

第一百零六条　与境外机构、组织、个人相勾结，实施本章第一百零三条、第一百零四条、第一百零五条规定之罪的，依照各该条的规定从重处罚。

……

犯本章之罪的，可以并处没收财产。

（二）煽动分裂国家罪的概念

煽动分裂国家罪，是指煽动分裂国家、破坏国家统一的行为。

（三）煽动分裂国家案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

（1）户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①笔、墨、纸张；

②打字机；

③复印机；

④印刷机器：

a. 油印机；

b. 速印机；

c. 电动印刷机；

d. 手摇速印机；

e. 其他。

⑤复写纸；
⑥广播器材：
a. 扩大器；
b. 麦克风；
c. 扬声器。
⑦照片；
⑧录像机；
⑨录音机；
⑩电视机；
⑪其他。
6. 书证：
(1) 传单；
(2) 标语；
(3) 演讲稿；
(4) 书刊；
(5) 书信；
(6) 电报；
(7) 传真；
(8) 日记；
(9) 大小字报；
(10) 广播稿；
(11) 电视讲话稿；
(12) 煽动材料；
(13) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 围观人证言；
(7) 扭送人证言；
(8) 同谋者证言；

(9) 参与者证言；
(10) 胁从者证言；
(11) 共犯供述；
(12) 受骗群众证言；
(13) 邻居证言；
(14) 亲友证言；
(15) 同事证言；
(16) 其他。
8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述或辩解。
9. 鉴定结论：
(1) 精神病鉴定；
(2) 痕迹鉴定：
①指纹；
②足迹；
③压痕；
④蹭痕；
⑤其他。
(3) 文检鉴定；
(4) 物品鉴定；
(5) 技术鉴定；
(6) 其他。
10. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 书写标语、传单、大、小字报现场；
b. 张贴标语、传单、大、小字报现场；
c. 印刷标语、传单、书刊现场；
d. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；

②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 其他。
11. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
12. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①笔、墨、纸张；
②复印机；
③打字机；
④印刷机；
⑤广播器材；
⑥录放机、录音机；
⑦电视机；
⑧录音、录像机；
⑨其他。
13. 起赃笔录。
14. 收缴笔录。
15. 指认笔录。
16. 辨认笔录。
17. 证明行为人煽动分裂国家犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人煽动群众分裂国家行为的证据；
(2) 证明行为人煽动群众进行破坏国家统一活动行为的证据；
(3) 证明行为人煽动成立反动的地方伪政府行为的证据；
(4) 证明行为人煽动搞民族分裂行为的证据；
(5) 证明行为人书写煽动标语分裂、破坏国家统一行为的证据；
(6) 证明行为人散发煽动分裂、破坏国家统一传单行为的证据；

(7) 证明行为人发表煽动演讲行为的证据;
(8) 证明行为人呼喊煽动分裂、破坏国家统一口号行为的证据;
(9) 证明行为人散布煽动分裂、破坏国家统一谣言行为的证据;
(10) 证明行为人密谋、集会、制订煽动措施、方案等行为的证据;
(11) 证明行为人与境外机构、组织、个人相勾结行为的证据;
(12) 证明行为人煽动分裂国家犯罪首要分子行为的证据;
(13) 证明行为人煽动分裂国家罪行重要分子的证据;
(14) 证明行为人所处政治地位的证据。
18. 证明下列各点的其他证据:
(1) 故意:
①动机;
②目的;
a. 煽动分裂国家;
b. 破坏国家统一;
c. 其他。
(2) 情节:
①事实情节:
a. 首要分子;
b. 罪行重大的分子。
②法定从重处罚情节;
③法定加重处罚情节;
④法定从轻、处罚减轻情节:
a. 可以从轻处罚;
b. 可以从轻或者减轻处罚;
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节:
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚;
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节:
a. 可以减轻或者免除处罚;
b. 应当减轻或者免除处罚;
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。

(3) 手段:

①公开;

②秘密;

③其他。

(4) 后果;

(5) 危害;

(6) 犯罪嫌疑人(或被告人)经济状况;

(7) 犯罪嫌疑人(或被告人)平时表现;

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

(四) 煽动分裂国家罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 煽动:这里是指煽动分裂国家的行为,具体表现为两个方面:一方面,宣传煽动内容具有特定性,必须煽动群众分裂国家,进行破坏国家统一的活动,或成立反动的地方伪政府,或搞民族分裂等;另一方面,宣传煽动的形式具有多种多样性,如书写反动标语、散发反动传单、发表反动演说、呼喊反动口号、散布反动谣言等,都可以成为煽动的具体形式。

2. 分裂国家:见本章第二节"分裂国家罪诉讼证据规格专业用语简释"。

二、武装叛乱、暴乱案件的举证范围

(一) 武装叛乱、暴乱罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定:

……

第一百零四条 组织策划、实施武装叛乱或者武装暴乱的,对首要分子或者罪行重大的,处无期徒刑或者十年以上有期徒刑;对积极参加的,处三年以上十年以下有期徒刑;对其他参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

策动、胁迫、勾引、收买国家机关工作人员、武装部队人员、人民警察、民兵进行武装叛乱或者武装暴乱的,依照前款的规定从重处罚。

……

第一百零六条 与境外机构、组织、个人相勾结,实施本章第一百零三条、第一百零四条、第一百零五条规定之罪的,依照各该条的规定从重处罚。

……

第一百一十三条 本章上述危害国家安全罪中，除第一百零三条第二款、第一百零五条、第一百零七条、第一百零九条外，对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。

犯本章之罪的，可以并处没收财产。

（二）武装叛乱、暴乱罪的概念

武装叛乱、暴乱罪，是指组织、策划、实施武装叛乱、暴乱的行为。

（三）武装叛乱、暴乱罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①枪支：
a. 手枪；
b. 半自动步枪；
c. 轻、重机枪；
d. 信号枪；
e. 其他。
②弹药：
a. 子弹；
b. 炮弹；
c. 手雷；
d. 手榴弹；
e. 照明弹；
f. 信号弹；
g. 其他。
③炮：
a. 六〇炮；
b. 高射炮；
c. 其他。
④车辆；
⑤坦克；
⑥飞机；
⑦凶器：
a. 刀；
b. 棒。
⑧物资；
⑨经费：
a. 人民币；
b. 外币。
⑩通讯工具：
a. 电台；

b. 对讲机。

⑪其他。

6. 书证：

(1) 纲领；

(2) 计划；

(3) 军用地图；

(4) 方案；

(5) 会议记录；

(6) 传单；

(7) 标语；

(8) 信件；

(9) 电报；

(10) 传真；

(11) 文件；

(12) 档案材料；

(13) 密码本；

(14) 花名册；

(15) 编制表：

①建制；

②首要分子名单；

③积极参加者名单；

④其他参加者名单；

⑤其他。

(16) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 目睹人证言；

(6) 围观人证言；

(7) 发现人证言；

(8) 同谋人证言；

(9) 胁从人员证言;

(10) 文件管理人员证言;

(11) 档案管理人员证言;

(12) 共犯供述;

(13) 亲友证言;

(14) 同事证言;

(15) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。

10. 鉴定结论:

(1) 法医鉴定:

①死亡;

②伤害;

③活(尸)体创口;

④血型:

a. 血衣;

b 血迹;

c. 其他。

⑤其他。

(2) 痕迹鉴定:

①指纹;

②足迹;

③压痕;

④蹭痕;

⑤弹痕;

⑥齿痕;

⑦其他。

(3) 文检鉴定;

(4) 物品鉴定;

(5) 技术鉴定;

(6) 其他。

11. 勘验、检查笔录:

(1) 现场:

①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 袭击、砸毁党政机关现场；
b. 残杀政府官员、无辜群众现场；
c. 抢掠或烧毁文件、档案现场；
d. 损毁公私财物现场；
e. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 人身：
①人身照片；
②检查笔录；
③其他。
(4) 尸体：
①现场勘查图；
②现场尸体照片；
③勘查笔录；
④检查笔录；
⑤其他。
(5) 其他。
12. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；

(2) 实物：

①武器：

a. 枪；

b. 炮。

②凶器：

a. 刀；

b. 棒。

③其他。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18·证明行为人武装叛乱、暴乱犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人联络他人参与武装叛乱、暴乱准备活动行为的证据；

(2) 证明行为人召集他人参与武装叛乱、暴乱准备活动行为的证据；

(3) 证明行为人指使他人参与武装叛乱、暴乱准备活动行为的证据；

(4) 证明行为人策动他人参与武装叛乱、暴乱准备活动行为的证据；

(5) 证明行为人胁迫他人参与武装叛乱、暴乱准备活动行为的证据；

(6) 证明行为人勾引他人参与武装叛乱、暴乱准备活动行为的证据：

①金钱；

②地位；

③美色；

④其他利益；

⑤其他。

(7) 证明行为人收买他人参与武装叛乱、暴乱准备活动行为的证据；

(8) 证明行为人领导他人参与武装叛乱、暴乱准备活动行为的证据；

(9) 证明行为人袭击、砸毁党政军机关行为的证据；

(10) 证明行为人残杀政府官员行为的证据；

(11) 证明行为人残杀无辜群众行为的证据；

(12) 证明行为人抢掠或烧毁机密文件行为的证据；

(13) 证明行为人抢掠或烧毁档案行为的证据；

(14) 证明行为人损毁公私财物行为的证据；

(15) 证明行为人策动、胁迫、勾引、收买国家机关工作人员进行武装叛

乱或者武装暴乱行为的证据；

(16) 证明行为人策动、胁迫、勾引、收买武装部队进行武装叛乱或者武装暴乱行为的证据；

(17) 证明行为人策动、胁迫、勾引、收买人民警察、民兵进行武装叛乱或者武装暴乱行为的证据；

(18) 证明行为人系犯罪主体的证据：

①首要分子；

②罪行重大的；

③积极参加者；

④其他参加者。

(19) 证明行为人与境外机构、组织、个人相勾结行为的证据；

(20) 证明行为人武装叛乱、暴乱犯罪对国家和人民危害特别严重行为的证据；

(21) 证明行为人武装叛乱、暴乱犯罪情节特别严重行为的证据；

(22) 证明行为人所处政治地位的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 危害中华人民共和国国家安全；

b. 危害中华人民共和国国家政局稳定；

c. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 首要分子；

b. 罪行重大的；

c. 积极参加的；

d. 其他参加的；

e. 危害特别严重的；

f. 情节特别恶劣的。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段：
①组织；
②策划；
③实施；
④策动：
a. 策动武装叛乱；
b. 策动武装暴乱；
c. 挑唆；
d. 煽动；
e. 威胁；
f. 其他。
⑤勾引、收买：
a. 名利；
b. 地位；
c. 金钱；
d. 物质；
e. 女色；
f. 其他。
⑥政治手段。
(4) 组织、策划、实施武装叛乱、武装暴乱中的地位、作用；
(5) 政治立场；
(6) 社会关系；

(7) 后果;

(8) 危害;

(9) 犯罪嫌疑人(或被告人)经济状况;

(10) 犯罪嫌疑人(或被告人)平时表现;

(11) 群众意见;

(12) 认罪态度;

(13) 其他。

(四) 武装叛乱、暴乱案件专业用语简释

1. 叛乱:是指叛变国家、扰乱或袭击党政军机关或人民群众的行为。

2. 暴乱:是指破坏社会秩序的骚乱行为,如烧杀抢掠等。

3. 组织:见本章第二节“分裂国家案件专业用语简释”。

4. 策划:见本章第二节“分裂国家案件专业用语简释”。

5. 实施:见本章第二节“分裂国家案件专业用语简释”。

6. 策动:是指进行策反活动,一般采用挑唆、煽动或者威胁的方法进行策反。

7. 勾引:是指以名利、地位或者色情进行引诱、要挟。

8. 收买:是指用金钱、物质进行收买。

9. 胁迫:威胁强迫。

三、资助危害国家安全案件的举证范围

(一) 资助危害国家安全犯罪活动罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定:

……

第一百零七条 境内外机构、组织或者个人资助境内组织或者个人实施本章第一百零二条、第一百零三条、第一百零四条、第一百零五条规定之罪的,对直接责任人员,处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利;情节严重的,处五年以上有期徒刑。

……

第一百一十三条 ……

犯本章之罪的,可以并处没收财产。

(二) 资助危害国家安全的概念

资助危害国家安全,是指境内外机构、组织或者个人以提供财物的方式,

资助背叛国家、分裂或煽动分裂国家、武装叛乱、暴乱、颠覆或煽动国家政权的境内组织或者个人，实施危害国家安全罪的行为。

（三）资助危害国家安全案的举证范围体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①金钱：

a. 人民币；

b. 港币；

c. 外币：

美元；

日元；

英镑；

德国马克；

瑞士法郎；

法国法郎；

加拿大元；

其他。

②物品：

a. 衣物；

b. 被服；

c. 食品；

d. 军需物品：

〈1〉武器；

〈2〉弹药；

〈3〉装备；

〈4〉车辆；

〈5〉飞机；

〈6〉大炮；

〈7〉通讯器材；

〈8〉其他。

③其他。

6. 书证：

(1) 电报；

(2) 信函；

(3) 资助计划书：

①经费；

②装备；

③武器；

④弹药；

⑤其他。

(4) 物资清单:
①衣物;
②被服;
③食品;
④军需品;
⑤其他。
(5) 传真;
(6) 通知;
(7) 密码本;
(8) 电话记录;
(9) 会议记录;
(10) 其他。
7. 证人证言:
(1) 侦查员(或探长)证言;
(2) 侦查活动的见证人证言;
(3) 鉴定人证言;
(4) 知情人证言;
(5) 目睹人证言;
(6) 胁从者证言;
(7) 参加研究者证言;
(8) 同谋者证言;
(9) 运送者证言;
(10) 执行、经手人证言;
(11) 共犯供述;
(12) 亲友证言;
(13) 财物提供者证言:
①现款;
②物资;
③其他。
(14) 汇兑银行证言;
(15) 其他。
8. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。
9. 鉴定结论:

(1) 精神病鉴定;

(2) 物品鉴定;

(3) 其他。

10. 勘验、检查笔录:

(1) 现场:

①现场勘查图;

②现场照片;

③现场勘验、检查笔录;

④勘查现场范围:

a. 资助金钱隐匿现场;

b. 资助物品隐匿现场;

c. 其他。

(2) 物证:

①物证勘查图;

②物证照片;

③物证勘验、检查笔录;

④其他。

(3) 其他。

11. 视听资料:

(1) 录音带;

(2) 录像带;

(3) 照片;

(4) 微机数据库;

(5) 其他。

12. 作案工具:

(1) 照片;

(2) 实物:

①交通工具:

a. 车;

b. 船;

c. 飞机;

d. 其他。

②通讯工具:

a. 移动电话;

b. 电台;

c. 其他。

13. 起赃笔录。

14. 收缴笔录。

15. 指认笔录。

16. 辨认笔录。

17. 证明行为人资助危害国家安全犯罪活动罪行为的证据:

(1) 证明资助行为人系境内外机构、组织或个人的证据;

(2) 证明行为人或机构、组织资助背叛国家犯罪行为的证据;

(3) 证明行为人或机构、组织资助分裂国家犯罪行为的证据;

(4) 证明行为人或机构、组织资助煽动分裂国家犯罪行为的证据;

(5) 证明行为人或机构、组织资助武装叛乱、暴乱犯罪行为的证据;

(6) 证明行为人或机构、组织资助颠覆国家政权犯罪行为的证据;

(7) 证明行为人或机构、组织资助煽动颠覆国家政权犯罪行为的证据;

(8) 证明行为人或机构、组织希望受资助对象进行危害国家安全犯罪行为的证据;

(9) 证明行为人或机构、组织与受资助对象联系方法行为的证据;

(10) 证明行为人或机构、组织资助的金钱、物品来源、种类、数量行为的证据;

(11) 证明行为人政治地位的证据;

(12) 证明行为人情节严重行为的证据。

18. 证明下列各点的其他证据:

(1) 故意:

①动机;

②目的:

a. 危害中华人民共和国安全;

b. 危害国家政局稳定;

c. 其他。

(2) 情节:

①事实情节:

a. 情节严重;

b. 其他。

②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段：
①资助；
②其他。
(4) 后果；
(5) 危害；
(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；
(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；
(8) 群众意见；
(9) 认罪态度；
(10) 其他。

(四) 资助危害国家安全犯罪活动罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 资助：是指从经济方面予以帮助。从资助的内容上看，包括直接用金钱，如国际通用货币等予以帮助，还包括用带有金钱价值的物品予以帮助，特别是各种军需品等。

2. 本节的“资助危害国家安全”：是指背叛国家罪、分裂国家罪、煽动分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪、颠覆国家政权罪、煽动颠覆国家政权罪。

四、叛逃案件的举证范围

（一）叛逃案件举证的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百零九条　国家机关工作人员在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃，危害中华人民共和国国家安全的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。

掌握国家秘密的国家工作人员犯前款罪的，依照前款的规定从重处罚。

……

第一百一十三条　……

犯本章之罪的，可以并处没收财产。

（二）叛逃罪的概念

叛逃罪，是指国家机关工作人员在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃，危害中华人民共和国国家安全的行为。

（三）叛逃案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

（3）不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书;
(5) 解除劳动教养决定书;
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①国家“秘密”原物:
a. 国家决策资料;
b. 国家建设资料;
c. 外交活动资料;
d. 国民经济资料;
e. 尖端科学技术资料。
②机密文件;
③绝密文件;
④物资;
⑤交通工具:
a. 飞机;
b. 船舶;
c. 车辆;
d. 其他。
⑥其他。
6. 书证:
(1) 国家决策资料;
(2) 国防建设资料;
(3) 武装部队资料;
(4) 外交活动资料;
(5) 国民经济资料;

(6) 尖端科学技术资料；
(7) 机密文件；
(8) 绝密文件；
(9) 经贸信息资料；
(10) 军事基地图；
(11) 导弹基地位置图；
(12) 发射基地位置图；
(13) 档案资料；
(14) 信件；
(15) 电报；
(16) 传真；
(17) 护照；
(18) 签证；
(19) 介绍信；
(20) 证明信；
(21) 其他。

7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 外交机构证言；
(6) 发现人证言；
(7) 胁从者证言；
(8) 同谋者证言；
(9) 所在单位证言；
(10) 随行人员证言；
(11) 亲友证言；
(12) 同事证言；
(13) 邻居证言；
(14) 边防检查站证言；
(15) 海关证言；
(16) 出国团体证言：

①旅游团；

②考察团；

③访问团；

④参观团；

⑤驻外机构；

⑥经贸组织；

⑦外贸单位；

⑧其他。

(17) 其他。

8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

9. 鉴定结论：

(1) 精神病鉴定；

(2) 痕迹鉴定：

①指纹；

②足迹。

(3) 文检鉴定；

(4) 物品鉴定；

(5) 技术鉴定；

(6) 其他。

10. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 叛逃现场；

b. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 其他。

11. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库
(5) 其他。
12. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①汽车；
②证件；
③其他。
13. 起赃笔录。
14. 收缴笔录。
15. 指认笔录。
16. 辨认笔录。
17. 证明行为人叛逃犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外行为的证据；
(2) 证明行为人在履行公务期间，擅离岗位，在境外叛逃行为的证据；
(3) 证明行为人依照法律规定或授权担任职务的证据；
(4) 证明行为人行使职务、行政管理职能行为的证据；
(5) 证明行为人未向有权批准的机关或人员汇报，而私自脱逃行为的证据；
(6) 证明行为人未有得到批准和决定，而私自脱逃行为的证据；
(7) 证明行为人危害中华人民共和国国家安全行为的证据；
(8) 证明行为人是掌握国家秘密的国家工作人员的证据；
(9) 证明行为人政治地位的证据；
(10) 证明行为人叛逃情节严重行为的证据。
18. 证明下列各点的其他证据：
(1) 故意：
①动机；
②目的：
a. 危害国家安全；

b. 危害国家利益。

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 情节严重；

b. 其他。

②法定从重情节；

③法定加重情节；

④法定从轻减轻情节：

a. 可以从轻；

b. 可以从轻或者减轻；

c. 应当从轻或者减轻。

⑤法定从轻减轻免除情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻免除情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①叛逃境外；

②境外叛逃；

③其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

(四) 叛逃罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 在履行公务期间：一般是指行为人依照法律规定或授权，担任职务，

并按照一定权限行使职务、行政管理职能的期间。

2. 擅离岗位：是指未向有权批准的机关或人员汇报，或者虽向有权批准的机关或人员汇报却没有得到批准许可，或者未得到有权批准的机关或人员的决定或命令，而私自脱离其所在工作岗位的行为。

3. 叛逃：是指背叛国家、逃离国外或境外的行为。

4. 情节严重：是指给国家造成严重威胁或危害，以及叛逃手段极为恶劣，等等。

五、间谍案件的举证范围

（一）间谍案件举证的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百一十条 有下列间谍行为之一，危害国家安全的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑：

（一）参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的；

（二）为敌人指示轰击目标的；

……

第一百一十三条 本章上述危害国家安全罪行中，除第一百零三条第二款、第一百零五条、第一百零七条、第一百零九条外，对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。

犯本章之罪的，可以并处没收财产。

（二）间谍罪的概念

间谍罪，是指参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务，或者为敌人指示轰击目标的危害国家安全的行为。

（三）间谍案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①项目图纸；

②经济情报；

③科技成果；

④尖端产品；

⑤尖端材料；

⑥军事基地照片；

⑦试验基地照片；

⑧发射基地照片；

⑨导弹基地照片；

⑩军事设防照片；

⑪图片；

⑫经费：

a. 人民币、港币；
b. 美元；
c. 日元；
d. 英镑；
e. 德国马克；
f. 瑞士法朗；
g. 法国法朗；
h. 加拿大元；
i. 其他。
⑬信号枪；
⑭信号弹；
⑮电台；
⑯通讯工具；
⑰其他。
6. 书证：
(1) 电报；
(2) 传真；
(3) 书信；
(4) 文件：
①机密；
②绝密。
(5) 资料：
①国家事务；
②国防建设；
③国民经济；
④外交活动；
⑤尖端科技；
⑥武装部队；
⑦其他。
(6) 书刊；
(7) 报纸；
(8) 军事地图；
(9) 重型武器基地图；

(10) 部队位置图；
(11) 导弹基地图；
(12) 发射基地图；
(13) 密码本；
(14) 指令；
(15) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 发现人证言；
(6) 同伙证言；
(7) 共犯供述；
(8) 同谋者证言；
(9) 邻居证言；
(10) 同事证言；
(11) 被窃情报单位证言；
(12) 被窃情报机关证言；
(13) 其他。
8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
9. 鉴定结论：
(1) 痕迹鉴定：
①指纹；
②足迹；
③压痕；
④蹭痕；
⑤其他。
(2) 文检鉴定；
(3) 物品鉴定；
(4) 技术鉴定；
(5) 其他。
10. 勘验、检查笔录：

(1) 现场:

①现场勘查图;

②现场照片;

③现场勘验、检查笔录;

④勘查现场范围:

a. 被窃取情报现场;

b. 为敌人指示袭击目标现场;

c. 其他。

(2) 物证:

①物证勘查图;

②物证照片;

③物证勘验、检查笔录;

④其他。

(3) 其他。

11. 视听资料:

(1) 录音带;

(2) 录像带;

(3) 照片;

(4) 微机数据库;

(5) 其他。

12. 作案工具:

(1) 照片;

(2) 实物:

①电台;

②摄像机;

③照相机;

④窃听器;

⑤密写工具;

⑥其他。

13. 间谍组织名称、代号。

14. 接受间谍组织的任务。

15. 收集、提供的情报。

16. 起赃笔录。

17. 收缴笔录。

18. 指认笔录。

19. 辨认笔录。

20. 证明行为人间谍犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人参加间谍组织行为的证据；

(2) 证明行为人接受间谍组织任务行为的证据；

(3) 证明行为人接受间谍组织代理人任务行为的证据；

(4) 证明行为人收集并向敌人提供军事情报行为的证据；

(5) 证明行为人收集并向间谍组织提供政治情报行为的证据；

(6) 证明行为人收集并向间谍组织提供外交情报行为的证据；

(7) 证明行为人收集并向间谍组织提供国民经济情报行为的证据；

(8) 证明行为人收集并向间谍组织提供科技情报行为的证据；

(9) 证明行为人收集并向间谍组织提供国防建设、武装部队情报行为的证据；

(10) 证明行为人发展间谍对象行为的证据；

(11) 证明行为人采取各种间接方式为敌人指示轰击目标行为的证据；

(12) 证明行为人到敌方阵营中直接告知轰击目标行为的证据；

(13) 证明行为人政治立场的证据；

(14) 证明行为人犯罪情节较轻的证据；

(15) 证明行为人危害特别严重行为的证据；

(16) 证明行为人情节特别恶劣行为的证据。

21. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机：

a. 仇视人民政府；

b. 贪图金钱利益；

c. 贪图物质享受；

d. 贪图女色；

e. 贪图名利、地位；

f. 其他。

②目的：

a. 危害国家安全；

b. 其他。

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 情节较轻；

b. 危害特别严重；

c. 情节特别恶劣。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①窃取；

②刺探；

③收集；

④贿买；

⑤截取；

⑥窃听；

⑦其他。

(4) 后果：

①危害国家安全；

②其他。

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

(四) 间谍罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 间谍组织：一般指国内外敌对势力建立的专事收集情报或者以收集情报对他国进行颠覆、破坏为其主要任务的组织。

2. 敌人：不是指单个的敌对分子，而是指敌对势力营垒或敌对武装力量。

3. 袭击目标：指任何不为敌对势力所知道而具有战略价值的事物。

4. 代理人：是指受间谍组织或者其他成员的指使、委托、资助，进行或者授意、指使他人进行危害中华人民共和国国家安全活动的人。

六、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报案件的举证范围

(一) 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报案件举证的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百一十一条 为境外的机构、组织、人员，窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第一百一十三条 本章上述危害国家安全罪行中，除第一百零三条第二款、第一百零五条、第一百零七条、第一百零九条外，对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。

犯本章之罪的，可以并处没收财产。

(二) 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的概念

为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪，是指违反国家保密法规，为境外的机构、组织、人员，窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为。

(三) 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①项目图纸；

②经济情报；

③科技成果；

④尖端产品；

⑤尖端材料；

⑥军事基地照片；

⑦试验基地照片；
⑧发射基地照片；
⑨导弹基地照片；
⑩军事设防照片；
⑪秘密或情报：
a. 国家事务；
b. 国家建设；
c. 国家经济；
d. 外交活动；
e. 尖端科技；
f. 其他。
⑫其他。
6. 书证：
(1) 电报；
(2) 传真；
(3) 书信；
(4) 文件：
①机密；
②绝密。
(5) 国家秘密或情报资料：
①国家事务；
②国防建设；
③国民经济；
④外交活动；
⑤尖端科技；
⑥其他。
(6) 书刊；
(7) 报纸；
(8) 军事地图；
(9) 部队位置图；
(10) 导弹基地图；
(11) 发射基地图；
(12) 军事情报；

(13) 尖端技术资料；
(14) 商业秘密资料；
(15) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 发现人证言；
(6) 出卖情报者证言；
(7) 出卖秘密者证言；
(8) 同谋者证言；
(9) 邻居证言；
(10) 同事证言；
(11) 被窃秘密、情报单位证言；
(12) 被窃秘密、情报机关证言；
(13) 亲友证言；
(14) 泄密人证言；
(15) 其他。
8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
9. 鉴定结论：
(1) 痕迹鉴定：
①指纹；
②足迹；
③压痕；
④蹭痕；
⑤弹痕；
⑥齿痕；
⑦其他。
(2) 文检鉴定；
(3) 物品鉴定；
(4) 技术鉴定；
(5) 其他。

10. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 被窃取国家秘密现场；
b. 被窃取情报现场；
c. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 其他。
11. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
12. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①电台；
②摄像机；
③照相机；
④窃听器；
⑤密写工具；
⑥其他。
13. 为境外窃取、刺探、收买、非法提供的国家秘密。
14. 为境外窃取、刺探、收买、非法提供的情报。
15. 起赃笔录。

16. 收缴笔录。

17. 指认笔录。

18. 辨认笔录。

19. 证明行为人为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人为境外窃取国家秘密行为的证据；

(2) 证明行为人为境外刺探国家秘密行为的证据；

(3) 证明行为人为境外收买国家秘密行为的证据；

(4) 证明行为人为境外非法提供国家秘密行为的证据：

①境外的组织；

②境外的机构；

③境外的人员。

(5) 证明行为人为境外窃取情报行为的证据；

(6) 证明行为人为境外刺探情报行为的证据；

(7) 证明行为人为境外收买情报行为的证据；

(8) 证明行为人为境外非法提供情报行为的证据：

①境外的组织；

②境外的机构；

③境外的人员。

(9) 证明行为人政治地位的证据；

(10) 证明行为人犯罪对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣行为的证据；

(11) 证明行为人犯罪情节特别严重行为的证据；

(12) 证明行为人犯罪情节较轻行为的证据。

20. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 危害中华人民共和国安全；

b. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 情节较轻；

b. 危害特别严重；
c. 情节特别恶劣。
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻减轻处罚情节：
a. 可以从轻；处罚
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段：
①窃取；
②刺探；
③收买；
④非法提供；
⑤其他。
(4) 后果；
(5) 危害；
(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；
(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；
(8) 群众意见；
(9) 认罪态度；
(10) 其他。

（四）为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报案件专业用语简释

1. 国家秘密：见第七编第二章第十节“非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪诉讼证据规格专业用语简释”。

2. 情报：是指除国家秘密以外，凡是可以供境外机构、组织、个人利用，

并会对我国造成重大危害的信息、情况与资料等。

第二节 危害公共安全案件的举证范围

一、放火案件的举证范围

（一）放火罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百一十四条 放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法破坏工厂、矿场、油田、港口、河流、水源、仓库、住宅、森林、农场、谷场、牧场、重要管道、公共建筑物或者其他公私财产，危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。

第一百一十五条 放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危害方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

（二）放火罪的概念

放火罪，是指故意放火焚烧公私财物，危害公共安全的行为。

（三）放火罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①引火物；

②遗弃物品：

A. 汽油桶；

B. 打火打；

C. 火柴盒；

D. 其他。

③助燃物：

A. 柴草；

B. 油棉纱；

C. 煤油；

D. 柴油；

E. 汽油；

F. 火柴杆；

G. 其他。

④现场丢弃物；

⑤其他。

6. 书证：

（1）气象资料；
（2）购买引烧物的发票：
①汽油；
②柴油；
③机油；
④棉纱；
⑤柴草；
⑥其他。
（3）毁灭罪证未燃尽的书证材料：
①支票存根；
②汇票存根；
③收据；
④发票；
⑤账簿；
⑥记账凭证。
（4）烧毁财产清单：
①车辆；
②船只；
③房屋；
④机器设备；
⑤备品；
⑥原材料；
⑦设备台账；
⑧固定资产台账；
⑨其他。
（5）产权证；
（6）房契；
（7）知识产权；
（8）经济损失价值认定材料；
（9）其他。
7. 证人证言：
（1）侦查员（或探长）证言；
（2）侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言;

(4) 知情人证言;

(5) 目睹人证言;

(6) 围观人证言;

(7) 扭送人证言;

(8) 同谋人证言;

(9) 邻居证言;

(10) 发现人证言;

(11) 同事证言;

(12) 单位证言;

(13) 基层组织证言;

(14) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。

10. 鉴定结论:

(1) 法医鉴定:

①死亡;

②烧伤;

③其他。

(2) 精神病鉴定;

(3 痕迹鉴定:

①指纹;

②足迹;

③压痕;

④蹭痕;

⑤遗留物鉴定;

⑥起火点鉴定;

⑦火因鉴定;

⑧烟头、唾液鉴定;

⑨其他。

(4) 损失价值鉴定;

(5) 会计鉴定;

(6) 审计鉴定;

(7) 物品鉴定；

(8) 技术鉴定；

(9) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 着火现场；

b. 遗留物品现场；

c. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

(5) 其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物：

①火柴；

②打火机；

③汽油桶；

④柴油桶；

⑤煤油桶；

⑥其他。

14. 指认笔录。

15. 辨认笔录。

16. 证明行为人放火犯罪行为的证明：

(1) 证明行为人购置可燃物行为的证据；

(2) 证明行为人准备、购置点火物行为的证据；

(3) 证明行为人为报复而放火行为的证据；

(4) 证明行为人为发泄不满而放火行为的证据；

(5) 证明行为人为陷害他人而放火行为的证据；

(6) 证明行为人为毁灭罪证而放火行为的证据；

(7) 证明行为人放火行为足以危害公共安全行为的证据；

(8) 证明行为人放火造成重伤、死亡后果的证据；

(9) 证明行为人放火造成公私财产遭受重大损失的证据；

(10) 证明行为人放火尚未造成严重后果的证据。

17. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 湮灭罪迹；

b. 私人报复；

c. 嫁祸于人；

d. 发泄不满；

e. 人际关系；

f. 矛盾激化；

g. 其他。

(2) 情节:

①事实情节:

a. 公私财产遭受重大损失;

b. 尚未造成严重后果的;

c. 其他。

②法定从重处罚情节;

③法定加重处罚情节;

④法定从轻、减轻处罚情节:

a. 可以从轻处罚;

b. 可以从轻或者减轻处罚;

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻减轻免除处罚情节:

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚;

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节:

a. 可以减轻或者免除处罚;

b. 应当减轻或者免除处罚;

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段:

①故意放火;

②不作为故意放火;

③间接故意放火;

④其他。

(4) 后果;

(5) 危害;

(6) 犯罪嫌疑人(或被告人)经济状况;

(7) 犯罪嫌疑人(或被告人)平时表现;

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

（四）放火罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 放火：又叫纵火，是指引起财产燃烧、制造火灾的行为。

2. 燃烧：是指用引火物故意点燃焚烧对象，使之达到独立继续燃烧的程度。

3. 火灾：是指凡是失去控制并对财物和人身造成损害的燃烧现象，分为特大、重大和一般火灾三类。

4. 遭受重大损失：是指行为人实施放火行为，致人重伤、死亡，或者使公私财产遭受重大损失的行为结果。

二、爆炸案件的举证范围

（一）爆炸罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百一十四条 放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法破坏工厂、矿场、油田、港口、河流、水源、仓库、住宅、森林、农场、谷场、牧场、重要管道、公共建筑物或者其他公私财产，危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。

第一百一十五条 放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

（二）爆炸罪的概念

爆炸罪，是指故意用爆炸的方法，杀伤不特定多人，或者破坏公私财产，危害公共安全的行为。

（三）爆炸罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

(6) 职工登记表;
(7) 出生证;
(8) 护照;
(9) 其他。
2. 前科劣迹:
(1) 判决书;
(2) 释放证明书;
(3) 不起诉决定书;
(4) 劳动教养决定书;
(5) 解除劳动教养决定书;
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①炸弹;
②手榴弹;
③地雷;
④炸药;
⑤雷管;
⑥导火索;
⑦雷汞;
⑧雷银;
⑨自制爆炸装置:
a. 炸药包;
b. 炸药瓶;
c. 炸药罐。
⑩爆炸残留物:

a. 微量炸药；
b. 爆炸装置碎壳；
c. 引爆装置；
d. 微量物质及残片；
e. 导火索、卫生香、各种引火物的残体和部件；
f. 香烟头；
g. 打火机；
h. 其他。
⑪现场遗弃物；
⑫引爆装置：
a. 电；
b. 火；
c. 机械；
d. 其他。
⑬包装物；
⑭其他。
6. 书证：
(1) 购买爆炸物的单据：
①发票；
②发票存根；
③其他。
(2) 遗书；
(3) 记载预谋爆炸行为的笔记本；
(4) 有关爆炸技术的书刊、资料；
(5) 信纸；
(6) 电报；
(7) 电传；
(8) 购买爆炸物的票据：
①支票；
②支票存根；
③汇票；
④汇票存根；
⑤其他。

(9) 出售爆炸物商店的账簿；
(10) 记账凭证；
(11) 预谋方案；
(12) 爆炸方位图；
(13) 爆炸物“标识”；
(14) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 围观人证言；
(7) 扭送人证言；
(8) 邻居证言；
(9) 同事证言；
(10) 管理人员证言：
①工人；
②守护人；
③主管领导；
④其他。
(11) 同乡证言；
(12) 同学证言；
(13) 胁从者证言；
(14) 基层组织证言；
(15) 其他。
8. 被害人陈述：
(1) 市民；
(2) 农民；
(3) 机关；
(4) 工厂；
(5) 学校；
(6) 部队；

(7) 林场;
(8) 农场;
(9) 住宅所有权人;
(10) 鱼塘所有权人;
(11) 其他。
9. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。
10. 鉴定结论:
(1) 法医鉴定:
①死亡;
②伤害;
③活(尸)体创口;
④血型:
a. 血衣;
b. 血迹。
⑤其他。
(2) 精神病鉴定;
(3) 痕迹鉴定:
①指纹;
②足迹;
③压痕;
④蹭痕;
⑤弹痕;
⑥齿痕;
⑦其他。
(4) 文检鉴定;
(5) 物品鉴定:
①遗留物鉴定;
②爆炸物成份鉴定;
③其它。
(6) 技术鉴定;
(7) 其他。
11. 勘验、检查笔录:
(1) 现场:

①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 室内、室外；
b. 锅炉；
c. 机械设备；
d. 船只；
e. 火车；
f. 汽车；
g. 飞机；
h. 影剧院；
i. 商场、商店、车站；
j. 闹市区、旅游区；
k. 集会会场；
l. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 人身：
①人身照片；
②检查笔录；
③其他。
(4) 尸体：
①现场勘查图；
②现场尸体照片；
③勘查笔录；
④检查笔录；
⑤其他。
(5) 其他。
12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物：

①炸弹；

②炸药；

③手榴弹；

④手雷；

⑤其他；

⑥引爆装置；

⑦爆炸物；

⑧雷管；

⑨地雷；

⑩炸药包；

⑪炸药瓶；

⑫炸药罐；

⑬引爆物；

⑭导火索；

⑮雷管；

⑯其他。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人爆炸犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人持有爆炸物行为的证据：

①炸弹；

②地雷；

③手榴弹；

④手雷；

⑤其他。

(2) 证明行为人持有炸药行为的证据：

①黄色炸药；

②黑色炸药；

③化学炸药；

④其他。

(3) 证明行为人持有起爆器材行为的证据：

①雷管；

②导火索；

③雷汞；

④雷银；

⑤其他。

(4) 证明行为人持有自制爆炸装置行为的证据：

①炸药包；

②炸药瓶；

③炸药罐；

④其他。

(5) 证明行为人在室内安装炸药包，在室内或者室外引爆行为的证据；

(6) 证明行为人将爆炸物直接投入室内爆炸行为的证据；

(7) 证明行为人利用技术手段，使锅炉、设备发生爆炸行为的证据；

(8) 证明行为人使用液化气爆炸行为的证据；

(9) 证明行为人在公共场所实施爆炸行为的证据；

(10) 证明行为人在交通线路实施爆炸行为的证据；

(11) 证明行为人将爆炸物放在船只、飞机、汽车、火车上定时爆炸行为的证据；

(12) 证明行为人在商场、车站、影剧院、街道、群众集会地方制造爆炸事件的证据；

(13) 证明行为人实施爆炸致人重伤、死亡后果行为的证据；

(14) 证明行为人实施爆炸致使公私财产遭受重大损失行为的证据；

(15) 证明行为人实施爆炸尚未造成严重后果的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；
②目的：
a. 报复；
b. 恩仇；
c. 发泄不满；
d. 利害关系；
e. 毁灭罪证；
f. 婚恋矛盾激化；
g. 其他。
(2) 情节：
①事实情节：
a. 遭受重大损失的；
b. 尚未造成严重后果的；
c. 其他。
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段：
①安装炸药包；
②投放炸药物；
③使用液化气；
④爆炸技术；

⑤其他。

(4) 爆炸物来源；

(5) 后果：

①建筑物损毁状况；

②人员伤亡；

③财产损失；

④机械设备损毁程度；

⑤其他。

(6) 危害；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(8) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(9) 群众意见；

(10) 认罪态度；

(11) 其他。

(四) 爆炸罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 爆炸：物体体积急剧膨大，使周围气压发生强烈变化并产生巨大的声响，这种现象叫爆炸。本节指用爆炸的方法杀伤人员或者破坏公私财产的行为。

2. 重大损失：是指行为人实施爆炸行为造成的致人重伤，死亡，或者使公私财产遭受重大损失的行为结果。

三、投毒案件的举证范围

(一) 投毒罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百一十四条　放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法破坏工厂、矿场、油田、港口、河流、水源、仓库、住宅、森林、农场、谷场、牧场、重要管道、公共建筑物或者其他公私财产，危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。

第一百一十五条　放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

（二）投毒罪的概念

投毒罪，是指故意投放毒物，危害公共安全的行为。

（三）投毒罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①毒药包装物；

②毒药盛放物；

③装过毒药的衣兜；

④毒物残渣；

⑤毒物：

a. 氰化物；

b. 磷化锌；

c. 敌敌畏；

d. 砒霜；

e. 西梅脱；

f.1059、1605；

g. 盐卤。

⑤现场丢弃物；

⑥其他。

6. 书证：

(1) 购买毒物的单据：

①发票；

②发票存根；

③发票记账联；

④其他。

(2) 遗书；

(3) 毒物的成份说明书；

(4) 毒物的性能说明书；

(5) 毒物的配方说明书；

(6) 毒药标识；

(7) 购买毒药的票据：

①支票；

②支票存根；

③汇票；

④汇票存根；

⑤其他。

(8) 记载预谋投毒的笔录；

(9) 有关毒药的资料：

①书籍；

②刊物；

③其他。

(10) 预谋投毒方案；

(11) 毒药标识；

(12) 投毒对象图；

(13) 出售毒药商店账簿；

(14) 记账凭证；

(15) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 目睹人证言；

(6) 围观人证言；

(7) 扭送人证言；

(8) 同谋人证言；

(9) 胁从者证言；

(10) 邻居证言；

(11) 同乡证言；

(12) 同学证言；

(13) 出售毒药商店证言；

(14) 基层组织证言；

(15) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论：

(1) 法医鉴定：

①死亡；

②伤害；

③其他。

(2) 精神病鉴定；

(3) 毒物分析鉴定；

(4) 痕迹鉴定：

①指纹；

②足迹；

③压痕；

④蹭痕；

⑤齿痕；

⑥其他。

(5) 文检鉴定；

(6) 物品鉴定：

①遗留物鉴定；

②毒药成份鉴定；

③有毒食物鉴定；

④中毒呕吐物鉴定；

⑤中毒排泄物鉴定；

⑥中毒胃存物鉴定；

⑦有毒食物容器鉴定；

⑧有毒用水鉴定；

⑨有毒饲草、饲料鉴定；

⑩其他。

(7) 技术鉴定；

(8) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 水缸；

b. 水池、水井；

c. 水塔；

d. 公共饮食；

e. 食物容器；

f. 动物、牲畜、家禽饲草、饲料；

g. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

(5) 其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物：

①装毒药用的物品：

a. 瓶；

b. 碗；

c. 杯；

d. 其他。

②搅拌毒药的物品：

a. 筷子；

b. 木条；

c. 棍；

d. 其他。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人投毒犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人持有毒药的来源行为的证据；

(2) 证明行为人在公用的自来水池投毒行为的证据；

(3) 证明行为人在公用的水渠、水井、自来水管道投毒行为的证据；

(4) 证明行为人在公共食堂的水缸中投毒行为的证据；

(5) 证明行为人在公共食堂的面粉、饭锅中投毒行为的证据；

(6) 证明行为人在牧场的饮水池中投毒行为的证据；

(7) 证明行为人在牲畜饲料中投毒行为的证据；

(8) 证明行为人在储存粮食、副食品和果品的仓库中投放毒药行为的证据；

(9) 证明行为人在大众的食品中（如油料、糕点、糖果、水果、饮料）投放毒物行为的证据；

(10) 证明行为人投毒后造成人员死、伤后果行为的证据；

(11) 证明行为人投毒后造成牲畜死、伤后果行为的证据；

(12) 证明行为人投毒后造成公私财产遭受重大损失的证据；

(13) 证明行为人投毒后尚未造成严重后果的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 发泄不满；

b. 矛盾激化；

c. 报复；

d. 恩仇；

e. 奸情、失恋；

f. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 遭受重大损失的；

b. 尚未造成严重后果的；

c. 其他。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段；

(4) 毒物来源的证明；

(5) 后果：

①死亡；

②后遗症。

(6) 危害；

(7) 被告人与被害人之间关系；

(8) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(9) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(10) 群众意见；

(11) 认罪态度；

(12) 其他；

(13) 被害人情况：

①经济状况；

②意见和要求。

（四）投毒罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 毒物：是指含有毒质的有机物或无机物，如砒霜、敌敌畏、西梅脱、1059 剧毒农药等。

2. 重大损失：是指行为人实施投毒犯罪行为致人、畜伤亡，或者使公私财产造成重大损失的行为结果。

四、破坏交通工具案件的举证范围

（一）破坏交通工具罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百一十六条　破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。

……

第一百一十九条　破坏交通工具、交通设施、电力设备、燃气设备、易燃易爆设备，造成严重后果的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

（二）破坏交通工具罪的概念

破坏交通工具罪，是指故意破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使其发生倾覆、毁坏危险，危害交通运输安全的行为。

（三）破坏交通工具罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、（或职业）住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①倾覆的交通工具：

a. 火车；

b. 汽车；

c. 电车；

d. 船只；

e. 飞机。

②毁坏的交通工具：

a. 火车；

b. 汽车；

c. 电车；

d. 船只；

e. 飞机。

③引火“物”：

a. 汽油；

b. 打火机；

c. 火柴；

d. 液化气；

e. 其他。

④爆炸物：

a. 炸弹；

b. 手榴弹；

c. 炸药；

d. 地雷；

e. 雷管；

f. 引爆装置。

⑤拆卸的重要部件；

⑥砸毁的重要部件；

⑦违章操作制造事故“物”；

⑧维修制造隐患“物”；

⑨故意不扳的“道岔”；

⑩不修复的“刹车”失灵物；

⑪故意不排除已发现的机器故障“物”；

⑫故意不排除已发现的险情“物”；

⑬故意冲撞致交通工具损毁“物”；

⑭拆卸铁轨道钉；

⑮松动、拆卸铁轨螺丝；

⑯其他。

6. 书证：

(1) 购买作案工具的发票；

(2) 销售作案工具的发票存根；

(3) 亲友间有关问题的书信；

(4) 日记；

(5) 火车时刻表；

(6) 汽车、电车运行路线图；

(7) 船只航行路线图；

(8) 飞机飞行时刻表；

(9) 飞机领航图；

(10) 电话记录；

(11) 操作规程；

(12) 维护、维修质量标准；
(13) 销售单位账簿；
(14) 记账凭证；
(15) 购买作案工具的票据：
①支票；
②支票存根；
③其他。
(16) 便条；
(17) 购买爆炸物的介绍信；
(18) 安全运行标准：
①铁路；
②公路；
③航海；
④航空；
⑤其他。
(19) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 围观人证言；
(7) 扭送人证言；
(8) 在场幸免者证言；
(9) 被侵害单位证言；
(10) 发现人证言；
(11) 同事证言；
(12) 同谋者证言；
(13) 同学证言；
(14) 邻居证言；
(15) 亲友证言；
(16) 工程师证言；

(17) 技术员证言;

(18) 同班职工证言:

①机长;

②领航员;

③空姐;

④列车长;

⑤司机;

⑥司炉;

⑦列车员;

⑧安全员;

⑨乘警;

⑩车长;

⑪船长;

⑫水手;

⑬水手长;

⑭轮机手;

⑮其他。

(19) 旅客证言;

(20) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。

10. 鉴定结论:

(1) 法医鉴定:

①死亡;

②伤害;

③活(尸)体创口;

④血型;

⑤其他。

(2) 精神病鉴定;

(3) 损失价值鉴定;

(4) 痕迹鉴定:

①指纹;

②足迹;

③压痕；
④蹭痕；
⑤齿痕；
⑥其他。
(5) 文检鉴定；
(6) 物品鉴定：
①遗留物鉴定；
②其他。
(7) 技术鉴定：
①被破坏交通工具检验结论；
②其他。
(8) 其他。
11. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 汽车翻车现场；
b. 火车出轨现场；
c. 飞机坠落现场；
d. 船只翻沉现场。
⑤车、船、飞机毁坏现场；
⑥其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 人身：
①人身照片；
②检查笔录；
③其他。

(4) 尸体：
①现场勘查图；
②现场尸体照片；
③勘查笔录；
④检查笔录；
⑤其他。
(5) 其他。
12. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①可燃物：
a. 汽油；
b. 煤油；
c. 柴油；
d. 其他。
②爆炸物：
a. 炸药；
b. 雷管；
c. 炸弹；
d. 手榴弹；
e. 其他。
③工具：
a. 扳手；
b. 钳子；
c. 锤子；
d. 其他。
14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人破坏交通工具犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人放火烧毁火车、汽车、电车、船只、飞机行为的证据；

(2) 证明行为人炸毁火车、汽车、电车、船只、飞机行为的证据；

(3) 证明行为人拆卸火车、汽车、电车、船只、飞机上重要机件行为的证据；

(4) 证明行为人砸毁火车、汽车、电车、船只、飞机上重要机件行为的证据；

(5) 证明行为人故意违章操作交通工具制造事故行为的证据；

(6) 证明行为人在修理交通工具中制造事故隐患并交付使用行为的证据；

(7) 证明行为人发现交通工具机器故障、险情不排除而继续使用，造成危害后果行为的证据；

(8) 证明行为人发现交通工具刹车失灵不予修复，而继续使用，造成严重后果行为的证据；

(9) 证明行为人故意不扳道岔，不及时回复定位，而使火车造成严重后果行为的证据；

(10) 证明行为人用其他方法破坏交通工具造成严重后果行为的证据；

(11) 证明行为人破坏交通工具尚未造成严重后果行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 发泄愤恨和不满；

b. 报复；

c. 邀功请赏；

d. 嫁祸于人；

e. 其他。

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 尚未造成严重后果；

b. 造成严重后果。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①倾覆：

a. 汽车、电车翻车；

b. 火车出轨；

c. 船只翻沉；

d. 飞机坠落。

②毁坏：

a. 完全毁坏；

b. 严重破坏；

c. 其他。

(4) 后果：

①交通工具毁损程度；

②人员死亡情况；

③财产损失；

④其他。

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

(四) 破坏交通工具罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 交通运输：是指使用火车、汽车、船只、航空器等一定的交通工具，通过铁路、公路、航道、航线等一定的交通路线和港、站、场等设施，实现货物、旅客空间转移的生产活动。

2. 倾覆：是指车辆倾倒、颠覆、船只翻沉、航空器坠落等。

3. 毁坏：是指使交通工具完全报废，或受到严重破坏，以致不能行驶或不能安全行驶。

4. 倾覆、毁坏危险：是指这种行为有造成交通工具倾覆、毁坏的现实可能性和威胁，但尚未造成倾覆、毁坏的严重后果。

5. 严重后果：刑法没有明确规定，但一般是指因行为人破坏交通工具而致其倾覆、毁坏造成多人伤亡的；造成人员伤亡或公私财产重大损失的；给公私财产造成特别巨大损失的；手段特别恶劣的；造成严重影响的，等等。

五、组织、领导、参加恐怖组织案件的举证范围

(一) 组织、领导、参加恐怖组织罪诉讼证据的法律证据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百二十条 组织、领导和积极参加恐怖活动组织的，处三年以上十年以下有期徒刑；其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

(二) 组织、领导、参加恐怖组织罪的概念

组织、领导、参加恐怖组织罪，是指建立恐怖活动组织，领导或参加恐怖活动组织的行为。

(三) 组织、领导、参加恐怖组织罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、(或职务) 住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证;
(4) 工作证;
(5) 专业或技术等级证;
(6) 职工登记表;
(7) 出生证;
(8) 护照;
(9) 其他。
2. 前科劣迹:
(1) 判决书;
(2) 释放证明书;
(3) 不起诉决定书;
(4) 劳动教养决定书;
(5) 解除劳动教养决定书;
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①旗帜;
②徽章;
③标志;
④印章;
⑤印模;
⑥印制恐怖组织文件的"物":
a. 钢板;
b. 蜡纸;
c. 复写纸;
d. 油印机;

e. 打字机；

f. 印刷机；

g. 复印机；

h. 其他。

⑦实施恐怖组织行为的“物”：

a. 枪支；

b. 子弹；

c. 火药；

d. 炸药；

e. 毒药；

f. 指南针；

g. 地图；

h. 物资。

⑧资金：

a. 人民币；

b. 港币；

c. 外币：

美元；

英镑；

法郎；

马克；

日元；

加拿大元；

其他。

⑨其他。

6. 书证：

(1) 纲领；

(2) 宣言；

(3) 行动计划；

(4) 实施方案；

(5) 会议记录；

(6) 决议；

(7) 传单；

(8) 标语;
(9) 书信;
(10) 电报;
(11) 文件;
(12) 组织成员名单;
(13) 成员登记表;
(14) 委任状;
(15) 其他。
7. 证人证言:
(1) 侦查员(或探长)证言;
(2) 侦查活动的见证人证言;
(3) 鉴定人证言;
(4) 知情人证言;
(5) 共犯供述;
(6) 觉悟者证言;
(7) 受骗者证言;
(8) 同谋者证言;
(9) 胁从者证言;
(10) 发现者证言;
(11) 同乡证言;
(12) 同学证言;
(13) 同事证言;
(14) 邻居证言;
(15) 基层组织证言;
(16) 单位证言;
(17) 其他。
8. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。
9. 鉴定结论:
(1) 法医鉴定:
①死亡;
②伤害;
③活(尸)体创口;
④血型:

a. 血衣；
b. 血迹。
⑤其他。
(2) 精神病鉴定；
(3) 毒物分析鉴定；
(4) 痕迹鉴定：
①指纹；
②足迹；
③压痕；
④蹭痕；
⑤弹痕；
⑥齿痕；
⑦其他。
(5) 文检鉴定；
(6) 物品鉴定：
①遗留物；
②呕吐物；
③排泄物；
④爆炸物；
⑤引火物；
⑥其他。
(7) 技术鉴定；
(8) 其他。
10. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 书写恐怖标语、传单的现场；
b. 张贴、散发恐怖标语、传单的现场；
c. 抢劫武器、弹药的现场；
d. 抢劫银行、仓库的现场；

e. 劫持交通工具的现场；
f. 叛乱、暴乱的现场；
g. 杀人、放火、爆炸、绑架的现场；
h. 其他现场。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 人身：
①人身照片；
②检查笔录；
③其他。
(4) 尸体：
①现场勘查图；
②现场尸体照片；
③勘查笔录；
④检查笔录；
⑤其他。
(5) 其他。
11. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
12. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①书写工具；
②交通工具；
③通讯设备；
④枪支、锐器、钝器；

⑤其他。

13. 起赃笔录。

14. 收缴笔录。

15. 指认笔录。

16. 辨认笔录。

17. 证明行为人组织、领导、参加恐怖组织犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人秘密发展组织行为的证据；

(2) 证明行为人筹措活动经费行为的证据；

(3) 证明行为人制作恐怖宣传品行为的证据；

(4) 证明行为人给组织成员配发武器行为的证据；

(5) 证明行为人与海外特务机关挂钩行为的证据；

(6) 证明行为人组织、领导、参与抢劫行为的证据；

(7) 证明行为人组织、领导、参与暗杀行为的证据；

(8) 证明行为人组织、领导、参与破坏行为的证据；

(9) 证明行为人组织、领导、参与武装暴乱行为的证据；

(10) 证明引起他人恐怖、害怕心理和惊慌情绪的证据；

(11) 证明行为人实施杀人犯罪的证据；

(12 证明行为人实施爆炸犯罪的证据；

(13) 证明行为人实施绑架犯罪的证据；

(14) 证明行为人所处地位作用的证据：

①组织者；

②领导者；

③积极参加者；

④其他参加者。

(15) 证明行为人组织、领导、参加恐怖组织其他行为的证据。

18. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 充满仇恨；

b. 凶残成性；

c. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：
a. 组织、领导者；
b. 积极参加者；
c. 其他参加者。
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段；
(4) 后果：
①造成他人：
a. 恐惧；
b. 害怕；
c. 惊慌。
②其他。
(5) 危害；
(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；
(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；
(8) 群众意见；
(9) 认罪态度；
(10) 其他。

（四）组织、领导、参加恐怖组织罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 恐怖活动组织：是指为实施杀人、放火、爆炸、绑架等犯罪活动，引

起不特定多人恐惧、害怕心理和惊慌情绪而纠合起来的犯罪组织。

2. 组织：是指通过策划、引诱、胁迫等方法勾结多名犯罪分子成立恐怖活动组织的行为。

3. 领导：是指在恐怖活动组织里起策划、指挥作用的行为。

4. 积极参加：是指多次参加恐怖组织实施的恐怖活动、或者虽然是偶尔参加恐怖组织的活动，但在其参加的恐怖活动中起主要作用的行为。

5. 恐怖活动：又称为恐怖行为。根据国际公约，恐怖行为是指直接反对一个国家，其目的、性质是在个别人士、个人团体或公众中制造恐怖的犯罪行为。具体表现为：(1) 故意危害国家元首、执行国家元首特权的人士、其法定继承人或指定继承人，上述人士的配偶、担任公职或者负有公共任务的人士的生命、身体、健康或自由的行为；(2) 故意毁灭或损害属于或在另一缔约国管辖下的公共财产或供公用的财产的行为；(3) 故意造成共同危险，足以危及生命的行为；(4) 上列犯罪的未遂行为；(5) 制造、获得、扣留或供给武器、弹药、爆炸品或毒物以便在任何国家实施上述行为；(6) 上列行为的共谋、未遂的教唆、直接和公开的煽动、故意参加、有意识地提供援助等。本节之罪系组织、领导或者参加恐怖组织罪，故上述行为供实施《刑法》第一百二十条第二款犯罪时参考。

六、劫持航空器案件的举证范围

(一) 劫持航空器罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百二十一条 以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，处死刑。

(二) 劫持航空器罪的概念

劫持航空器罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为。

(三) 劫持航空器罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；
(3) 居民身份证；
(4) 工作证；
(5) 专业或技术等级证；
(6) 职工登记表；
(7) 出生证；
(8) 护照；
(9) 其他。
2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①民航飞机；
②其他航空器；
③暴力“物”：
a. 武器弹药：
冲锋枪；
手枪；
线膛枪；
手榴弹；
炸弹；

雷管；
炸药；
其他。
b. 钝器：
石；
棍；
棒；
其他。
c. 锐器：
弹簧刀；
匕首；
尖刀；
三楞刮刀；
其他。
④破坏装置“物”；
⑤航行设备：
a. 破坏“物”；
b. 损害“物”。
⑥麻醉药物：
a. 针剂；
b. 药物。
⑥其他。
6. 书证：
(1) 领航图；
(2) 机票；
(3) 身份证；
(4) 工作证；
(5) 介绍信；
(6) 乘客名册；
(7) 飞行记录；
(8) 乘客意见簿；
(9) 航行记事；
(10) 磁卡资料；

(11) 便条；
(12) 电报；
(13) 电传；
(14) 无线电报告记录；
(15) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 同谋人证言；
(7) 发现人证言；
(8) 机组人员证言：
①机长；
②领航员；
③安全员；
④其他。
(9) 乘客证言；
(10) 胁从者证言；
(11) 空姐证言；
(12) 亲友证言；
(13) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 法医鉴定：
①死亡；
②伤害；
③活（尸）体创口；
④血型：
a. 血衣；
b. 血迹。

⑤其他。
(2) 精神病鉴定;
(3) 麻醉药物鉴定;
(4) 痕迹鉴定:
①指纹;
②足迹;
③压痕;
④蹭痕;
⑤弹痕;
⑥齿痕;
⑦其他。
(5) 文检鉴定;
(6) 物品鉴定:
①遗留物鉴定;
②其他。
(7) 技术鉴定:
①航空器损坏情况鉴定;
②其他。
(8) 其他。
11. 勘验、检查笔录:
(1) 现场:
①现场勘查图;
②现场照片;
③现场勘验、检查笔录;
④勘查现场范围:
a. 航空器被劫持位置现场;
b. 人员伤、亡现场;
c. 航空器被破坏现场;
d. 其他。
(2) 物证:
①物证勘查图;
②物证照片;
③物证勘验、检查笔录;

④其他。
(3) 人身:
①人身照片;
②检查笔录;
③其他。
(4) 尸体:
①现场勘查图;
②现场尸体照片;
③勘查笔录;
④检查笔录;
⑤其他。
(5) 其他。
12. 视听资料:
(1) 录音带;
(2) 录像带;
(3) 照片;
(4) 微机数据库;
(5) 其他。
13. 作案工具:
(1) 照片;
(2) 实物:
①发火器:
a. 手枪;
b. 冲锋枪;
c. 火药枪;
d. 钢珠枪;
e. 其他。
②爆炸物:
a. 手榴弹;
b. 炸弹;
c. 雷管、炸药包;
d. 其他。
③锐器:

a. 刺刀；

b. 尖刀；

c. 匕首；

d. 侵刀；

e. 其他。

④钝器：

a. 铁棍；

b. 木棒；

c. 铁锤；

d. 其他。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人劫持航空器犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人对航空器实施暴力袭击行为的证据；

(2) 证明行为人对驾驶人员实施捆绑、殴打、伤害、杀害、监禁、扣押等危害人身安全和人身自由行为的证据；

(3) 证明行为人对机组人员实施捆绑、殴打、伤害、杀害、监禁、扣押等危害人身安全和人身自由行为的证据；

(4) 证明行为人对机上人员实施捆绑、殴打、伤害、杀害、监禁、扣押等危害人身安全和人身自由行为的证据；

(5) 证明行为人在航空器内放置某种破坏装置和物质，破坏或损毁航行设备行为的证据；

(6) 证明行为人在航空器内放置某种破坏装置和物质，妨碍其正常工作行为的证据；

(7) 证明行为人以暴力威胁对机上人员实行精神强制而不敢反抗行为的证据；

(8) 证明行为人使用其他危险方法使机上人员内心产生恐惧而不敢反抗行为的证据；

(9) 证明行为人致人重伤、死亡行为的证据；

(10) 证明被劫持航空器遭受严重破坏的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：
①动机；
②目的：
a. 叛逃；
b. 要挟当局；
c. 释放人犯；
d. 勒索钱财；
e. 向政府示威；
f. 其他。
③其他。
(2) 情节：
①事实情节：
a. 遭受严重破坏；
b. 其他。
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段：
①暴力：
a. 杀人；
b. 伤害；
c. 爆炸；

d. 其他。

②胁迫：

a. 威胁；

b. 其他。

③其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）劫持航空器罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 暴力：是指犯罪分子直接对航空器实施暴力袭击或者对机上人员、特别是驾驶人员或机组人员实施捆绑、殴打、伤害、杀害、监禁、扣押等危害人身安全和人身自由的行为，使他人不能抵抗。

2. 胁迫：是指犯罪分子以暴力威胁或用其他任何危险恐吓方式，对他人实行精神强制，使人心生恐惧而不敢反抗。

3. 其他方法：是指暴力、胁迫以外的其他劫持方法，如在航空器内放置某种破坏装置或物质，破坏或损毁航行设备或妨碍其正常工作，使用麻醉药物等。

4. 劫持：是指行为人按照自己的意志施行控制航空器航向的行为。

七、劫持船只、汽车案件的举证范围

（一）劫持船只、汽车罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百二十二条 以暴力、胁迫或者其他方法劫持船只、汽车的，处五年以上十年以下有期徒刑；造成严重后果的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

（二）劫持船只、汽车罪的概念

劫持船只、汽车罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法劫持船只、汽车的行

为。

（三）劫持船只、汽车罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①被劫持的船只；

②被劫持的汽车；

③丢弃物；

④船只被破坏的零部件；

⑤汽车被破坏的零部件；

⑥暴力“物”：

a. 武器弹药：

冲锋枪；

手枪；

线膛枪；

手榴弹；

炸弹；

雷管；

炸药；

其他。

b. 钝器：

砖；

石；

棍；

棒；

绳索；

其他。

c. 锐器：

弹簧刀；

匕首；

尖刀；

三楞刮刀；

其他。

⑥被破坏的：

a. 汽车；

b. 船只。

⑦被损毁的：

a. 汽车；

b. 船只。

⑧麻醉药物：

a. 针剂；

b. 药物。

⑨其他。

6. 书证：

(1) 船只航行时刻表；

(2) 航海（江、河）图；

(3) 船票；

(4) 汽车运行时刻表；

(5) 汽车运行图；

(6) 汽车票；

(7) 购买作案工具的发票；

(8) 购买作案工具的发票存根；

(9) 票据；

(10) 支票；

(11) 支票存根；

(12) 汇票；

(13) 汇票存根；

(14) 乘客名册；

(15) 航行记事；

(16) 乘客意见簿；

(17) 介绍信；

(18) 电报；

(19) 无线电报记录；

(20) 电传；

(21) 工作日记；

(22) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 目睹人证言；

(6) 同谋人证言；

(7) 发现者证言；

(8) 乘客证言；
(9) 驾驶员证言；
(10) 服务人员证言；
(11) 轮机长证言；
(12) 大副证言；
(13) 水手证言；
(14) 船员证言；
(15) 胁从者证言；
(16) 觉悟者证言；
(17) 共犯供述；
(18) 亲友证言；
(19) 同学证言；
(20) 同事证言；
(21) 基层组织证言；
(22) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 法医鉴定：
①死亡；
②伤害；
③活（尸）体创口；
④血型：
a. 血衣；
b. 血迹。
⑤其他。
(2) 精神病鉴定；
(3) 造成经济损失鉴定；
(4) 痕迹鉴定：
①指纹；
②足迹；
③压痕；
④蹭痕；

⑤弹痕；

⑥齿痕；

⑦其他。

(5) 文检鉴定；

(6) 物品鉴定：

①遗留物鉴定；

②其他。

(7) 技术鉴定：

①船只损坏情况鉴定；

②汽车损坏情况鉴定；

③其他。

(8) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 船只被劫持位置现场；

b. 汽车被劫持位置现场；

c. 船只被破坏现场；

d. 汽车被破坏现场；

e. 人员伤、亡现场；

f. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

(5) 其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物：

①发火器：

a. 手枪；

b. 冲锋枪；

c. 火药枪；

d. 钢珠枪；

e. 其他。

②爆炸物：

a. 手榴弹；

b. 炸弹；

c. 雷管、炸药包；

d. 其他。

③锐器：

a. 刺刀；

b. 尖刀；

c. 匕首；

d. 菜刀；

e. 其他。

④钝器：

a. 铁棍；

b. 木棒；

c. 铁锤；

d. 其他。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人劫持船只、汽车犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人对驾驶员实施打击行为的证据；

(2) 证明行为人对驾驶员实施身体强制，使其不能反抗行为的证据；

(3) 证明行为人对操作人员实施打击行为的证据；

(4) 证明行为人对操作人员实施身体强制，使其不能反抗行为的证据；

(5) 证明行为人自己控制船只行为的证据；

(6) 证明行为人自己控制汽车行为的证据；

(7) 证明行为人将驾驶员致伤、致昏、致醉行为的证据；

(8) 证明行为人将操作人员致伤、致昏、致醉行为的证据；

(9) 证明行为人迫使船只按其指示的方向航行行为的证据；

(10) 证明行为人迫使汽车按其指示的方向行驶行为的证据；

(11) 证明行为人实施犯罪造成船只、汽车倾覆的证据；

(12) 证明行为人实施犯罪造成船只、汽车碰撞严重损害后果的证据；

(13) 证明行为人实施犯罪造成人员伤亡后果的证据；

(14) 证明行为人实施劫持船只、汽车造成严重后果行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 逃避追捕；

b. 进行其他犯罪活动；

c. 将乘客作为人质；

d. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 造成严重后果；

b. 其他。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①暴力；

②胁迫；

③其他方法。

(4) 后果：

①一般；

②严重。

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）劫持船只、汽车罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 暴力：是指对驾驶、操作人员实施打击或者身体强制，使其不能反抗，或由自己来控制船只、汽车，从而达到犯罪的目的。

2. 威胁：是指以暴力为内容而进行的精神强制。

3. 其他方法：是指除暴力、威胁以外的方法，如使用麻醉品将驾驶人员致昏、致醉等。

4. 劫持：是指行为人按照自己的意志施行控制船只、汽车方向的行为。

5. 造成严重后果：主要是指造成船只、汽车倾覆，或与其他船只、汽车碰撞，造成人员伤亡或者船只、汽车严重损坏等后果。

八、非法持有、私藏枪支、弹药案件的举证范围

（一）非法持有、私藏枪支、弹药罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百二十八条　违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

（二）非法持有、私藏枪支、弹药罪的概念

非法持有、私藏枪支、弹药罪，是指违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的行为。

（三）非法持有、私藏枪支、弹药罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

(2) 释放证明书;
(3) 不起诉决定书;
(4) 劳动教养决定书;
(5) 解除劳动教养决定书;
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①非法持有、私藏的枪支:
a. 手枪;
b. 半自动步枪;
c. 步枪;
d. 冲锋枪;
e. 机枪;
f. 其他枪支。
②非法持有、私藏的弹药:
a. 手枪子弹;
b. 步枪子弹;
c. 冲锋枪子弹;
d. 机枪子弹;
e. 其他枪支子弹。
③非法持有、私藏的民用枪支:
a. 射击运动枪;
b. 猎枪;
c. 麻醉注射枪;
d. 气枪;
e. 钢珠枪;

f. 催泪枪；

g. 电击枪。

④非法持有、私藏民用枪支、子弹：

a. 射击运动枪子弹；

b. 猎枪子弹；

c. 麻醉注射枪子弹；

d. 气枪子弹；

e. 钢珠枪子弹；

f. 催泪枪子弹。

⑤其他。

6. 书证：

(1) 公务用枪持枪证；

(2) 民用枪支持枪证；

(3) 购买枪支发票及存根；

(4) 购买弹药发票及存根；

(5) 用枪登记表：

①公务用枪；

②民用持枪；

③其他。

(6) 持枪申请：

①公务用枪；

②民用持枪；

③其他。

(7) 持枪审批手续：

①公安部门批准的公务用枪：

a. 枪支类型；

b. 枪支编号；

c. 持枪证。

②公安部门批准的民用枪支：

a. 枪支类型；

b. 枪支编号；

c. 持枪证。

(8) 公务用枪花名册；

(9) 民用枪支花名册;
(10) 枪支、弹药库簿:
①枪支型号;
②枪支数量;
③子弹型号;
④子弹数量。
(11) 其他。
7. 证人证言:
(1) 侦查员(或探长)证言;
(2) 侦查活动的见证人证言;
(3) 鉴定人证言;
(4) 知情人证言;
(5) 目睹人证言;
(6) 发现人证言;
(7) 扭送人证言;
(8) 邻居证言;
(9) 发现枪支、弹药管理人员证言;
(10) 营业员证言;
(11) 枪支管理部门证言;
(12) 枪支审批部门证言;
(13) 单位保卫部门证言;
(14) 亲友证言;
(15) 朋友证言;
(16) 其他。
8. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。
9. 鉴定结论:
(1) 文检鉴定;
(2) 物品鉴定:
①枪支鉴定;
②弹药鉴定;
③其他。
(3) 技术鉴定;
(4) 其他。

11. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 私藏枪支、弹药现场；
b. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 其他。
12. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物。
14. 枪支、弹药的来源证明。
15. 起赃笔录。
16. 收缴笔录。
17. 指认笔录。
18. 辨认笔录。
19. 证明行为人非法持有、私藏枪支、弹药犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人违反枪支、弹药管理规定，未依法取得持枪证件而持有枪支、弹药行为的证据；
(2) 证明行为人虽有持枪证件，但将枪支、弹药携带出入依法禁止出入的场所行为的证据；

(3) 证明行为人虽有持枪证件，在禁止携带枪支、弹药的区域、场所携带枪支行为的证据；

(4) 证明行为人违反枪支、弹药管理规定，不将依法应当上缴的枪支、弹药交出，而予以藏匿行为的证据；

(5) 证明行为人非法持有、私藏枪支弹药情节严重行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机：

a. 非法持有；

b. 故意私藏；

c. 其他。

②目的。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 情节严重；

b. 其他。

②法定从重情节；

③法定加重情节；

④法定从轻减轻情节：

a. 可以从轻；

b. 可以从轻或者减轻；

c. 应当从轻或者减轻。

⑤法定从轻减轻免除情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻免除情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①非法持有；

②违规私藏。

(4) 后果;

(5) 危害;

(6) 犯罪嫌疑人(或被告人)经济状况;

(7) 犯罪嫌疑人(或被告人)平时表现;

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

(四) 非法持有、私藏枪支、弹药罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 非法持有、私藏枪支、弹药:是指违反枪支、弹药管理规定,未依法取得持枪证件而持有、携带枪支、弹药,或者虽有持枪证件,但将枪支、弹药携带出入依法禁止出入的场所,或者在禁止携带枪支、弹药的区域、场所携带枪支的行为。

2. 私藏枪支、弹药:是指违反枪支、弹药管理规定,不将依法应当上缴的枪支、弹药交出,而予以藏匿的行为。

九、交通肇事案件的举证范围

(一) 交通肇事罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定:

……

第一百三十三条　违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的,处三年以上七年以下有期徒刑;因逃逸致人死亡的,处七年以上有期徒刑。

(二) 交通肇事罪的概念

交通肇事罪,是指违反交通管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。

(三) 交通肇事罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人(或被告人)自然情况的证明:

证明自然人姓名(曾用名)、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业(或职务)、住所地的证据:

(1) 户口簿;

(2) 微机户口底卡;

(3) 居民身份证;

(4) 工作证;

(5) 专业或技术等级证;

(6) 职工登记表;

(7) 出生证;

(8) 护照;

(9) 其他。

2. 前科劣迹:

(1) 判决书;

(2) 释放证明书;

(3) 不起诉决定书;

(4) 劳动教养决定书;

(5) 解除劳动教养决定书;

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明:

(1) 投案记录;

(2) 报案记录;

(3) 举报、控告记录及信件;

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证:

(1) 照片;

(2) 实物:

①机动车:

a. 轿车;

b. 汽车;

c. 拖拉机;

d. 四轮车;

e. 其他。

②非机动车:

a. 自行车;

b. 人力车;

c. 三轮车;

d. 畜力车；
e. 残疾人专用车；
f. 其他。
③船只；
④其他物证：
a. 桥栏；
b. 路障；
c. 电杆；
d. 树木；
e. 围墙；
f. 房屋；
g. 交通工具脱落物；
h. 受害者的携带物、失落物；
i. 其他。
⑤安全规程“物”；
⑥其他。
6. 书证：
(1) 汽车、船票；
(2) 汽车运行时刻表；
(3) 船只航行时刻表；
(4) 驾驶员、乘务员、旅客身份证件：
①身份证；
②工作证；
③介绍信；
④其他。
(5) 货运单；
(6) 货物数量、品种、价格发票；
(7) 医疗费收据；
(8) 丧葬费收据；
(9) 安全规程；
(10) 驾驶规程；
(11) 操作规程；
(12) 船照；

(13) 车照；
(14) 驾驶证；
(15) 船员证；
(16) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 围观人证言；
(7) 发现人证言；
(8) 乘务员证言；
(9) 乘客证言；
(10) 勘查人员证言；
(11) 货主证言；
(12) 货物单位证言；
(13) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 法医鉴定：
①死亡；
②伤害；
③活（尸）体创口；
④血型：
a. 血衣；
b. 血迹。
⑤其他。
(2) 痕迹鉴定：
①指纹；
②足迹；
③压痕；

④蹭痕；

⑤撞痕；

⑥其他。

(3) 文检鉴定；

(4) 物品鉴定：

①遗留物鉴定；

②毛发鉴定；

③衣物鉴定；

④前灯、大灯碎片鉴定；

⑤其他。

(5) 技术鉴定：

①车胎、路面、碰撞痕迹鉴定；

②交通工具型号、种类、标志、外形、装载物的数量、车速、行驶方向等鉴定；

③肇事责任鉴定；

④其他。

(6) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 肇事现场：

市区；

乡间；

江、河、湖、海上；

其他。

b. 人员伤亡现场；

c. 财产损失现场；

d. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 人身：
①人身照片；
②检查笔录；
③其他。
(4) 尸体：
①现场勘查图；
②现场尸体照片；
③勘查笔录；
④检查笔录；
⑤其他。
(5) 其他。
12. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物。
14. 指认笔录。
15. 辨认笔录。
16. 证明行为人交通肇事犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人违反交通管理法规驾驶汽车肇事行为的证据：
①酒后开车行为的证据；
②开自卸汽车载人行为的证据；
③超速行驶行为的证据；
④超宽、超高、超载行驶行为的证据；
⑤驾驶病车行为的证据；
⑥疲劳驾车行为的证据；

⑦其他。

(2) 证明行为人违反交通管理法规驾驶船只肇事行为的证据：

①船长擅离职守、疏忽大意行为的证据；

②舵手操作不正确，偏离航向行为的证据；

③其他。

(3) 证明行为人明知交通工具关键部件失灵仍然驾驶行为的证据；

(4) 证明行为人违章驾车肇事致人重伤、死亡行为的证据；

(5) 证明行为人违章驾车肇事使公私财产遭受重大损失的证据；

(6) 证明行为人违章驾车肇事后逃逸行为的证据；

(7) 证明行为人违章驾车肇事有其他特别恶劣情节的证据；

(8) 证明行为人违章驾车肇事后逃逸致人死亡的证据。

17. 证明下列各点的其他证据：

(1) 过失：

①疏忽大意；

②过于自信；

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 遭受重大损失；

b. 特别恶劣情节。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段;

(4) 后果:

①人员伤亡;

②经济损失。

(5) 危害;

(6) 犯罪嫌疑人(或被告人)经济状况;

(7) 犯罪嫌疑人(或被告人)平时表现;

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

(四) 交通肇事罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 交通运输:是指与一定的交通工具与交通设施相联系的公路、航运交通运输。

2. 造成严重后果:指由于交通肇事行为而导致重大事故发生,致人重伤、死亡,或者使公私财产遭受重大损失的后果。

3. 情节特别恶劣:主要是指:(1) 造成2人以上死亡的;(2) 造成公私财产直接损失数额6-10万元之间的,以司法解释为准。

第三节 破坏社会主义市场经济秩序案件的举证范围

一、生产、销售伪劣产品案件的举证范围

(一) 生产、销售伪劣产品罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定:

……

第一百四十条 生产者、销售者在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品,销售金额五万元以上不满二十万元的,处二年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金;销售金额二十万元以上不满五十万元的,处二年以上七年以下有期徒

刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额五十万元以上不满二百万元的，处七年以上有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额二百万元以上的，处十五年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。

……

第一百四十九　生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品，不构成各该条规定的犯罪，但是销售金额在五万元以上的，依照本节第一百四十条的规定定罪处罚。

生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第一百四十条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

第一百五十条　单位犯本节第一百四十条至第一百四十八条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该条的规定处罚。

（二）生产、销售伪劣产品罪的概念

生产、销售伪劣产品罪，是指生产者、销售者违反国家质量法规，故意在产品中掺杂、掺假，以假充真、以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售额在五万元以上的行为。

（三）生产、销售伪劣产品案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

(1) 证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

①户口簿；

②微机户口底卡；

③居民身份证；

④工作证；

⑤专业或技术等级证；

⑥职工登记表；

⑦出生证；

⑧护照；

⑨其他。

(2) 证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：

①法人工商注册登记证明；
②法人设立注册登记证明；
③法人代表身份证明：
a. 户口簿；
b. 微机户口底卡；
c. 居民身份证；
d. 工作证；
e. 护照；
f. 企业法人证明书；
g. 其他。
④营业执照；
⑤住所地证明。
2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①掺杂的原料、材料原物：
a. 掺假的原料、材料原物；
b. 假产品原物；
c. 次产品原物；
d. 不合格产品原物；

e. 其他。

②其他。

6. 书证：

(1) 产品说明书；

(2) 产品广告；

(3) 产品质量标准；

(4) 以假充真产品质量标准；

(5) 以次充好产品质量标准；

(6) 以不合格产品冒充合格产品质量标准；

(7) 假生产许可证；

(8) 产销合同；

(9) 生产计划书；

(10) 账簿；

(11) 记账凭证；

(12) 票据；

(13) 库存账；

(14) 产成品账；

(15) 现金账；

(16) 银行账；

(17) 支票；

(18) 汇票；

(19) 会议记录；

(20) 电报；

(21) 电传；

(22) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 配料人员证言；

(6) 生产工人证言；

(7) 生产管理人员证言；

(8) 推销人员证言；
(9) 经营人员证言；
(10) 销售人员证言；
(11) 同谋者证言；
(12) 受害企业（单位）证言；
(13) 受害消费者证言；
(14) 其他。
8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
9. 鉴定结论：
(1) 文检鉴定；
(2) 质量标准鉴定；
(3) 产品配方鉴定；
(4) 生产工艺鉴定；
(5) 伪劣性质鉴定；
(6) 审计鉴定；
(7) 会计鉴定；
(8) 其他。
10. 现场勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 生产现场；
b. 库存现场；
c. 运输现场；
d. 经营现场；
e. 销售现场；
f. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证勘验、检查笔录，照片；
③其他。

(3) 人身：
①人身照片；
②检查笔录；
③其他。
(4) 尸体：
①现场勘查图；
②现场尸体照片；
③勘查笔录；
④检查笔录；
⑤其他。
11. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 微机数据库；
(4) 照片；
(5) 其他。
12. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①生产设备；
②运输车、船；
③经营场所；
④销售商店；
⑤其他。
13. 生产、销售伪劣产品数量、价值、数额：
(1) 生产：
①掺杂产品；
②掺假产品；
③假产品；
④次产品；
⑤不合格产品；
⑥其他。
(2) 销售：

①掺杂产品；
②掺假产品；
③假产品；
④次产品；
⑤不合格产品；
⑥其他。
14. 伪劣产品销售去向。
15. 非法所得数额。
16. 起赃笔录。
17. 收缴笔录。
18. 销毁、封存证明。
19. 获利数额。
20. 证明行为人生产、销售伪劣产品犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人生产、销售伪劣产品行为的证据：
①假冒具有特种行业许可证：
a. 食品工业；
b. 制药工业；
c. 压力容器工业；
d. 计量器具工业；
e. 农业种子生产；
f. 销售上述行为的产品。
②伪造产品产地、冒用厂名、厂址以及注册商标；
③假冒产品质量认证书及其标志；
④以一种产品冒充多种产品；
⑤以没有使用价值的产品冒充有使用价值的产品。
(2) 证明行为人以不合格的产品冒充合格产品行为的证据：
①不符合国家标准：
a. 品种；
b. 规格；
c. 质量标准；
d. 安全标准；
e. 卫生标准；
f. 其他。

②具有下列行为的产品：

a. 明令淘汰的产品；

b. 生产不符合标准的产品；

c. 以处理品冒充合格品出售；

d. 其他。

(3) 证明行为人销售金额在五万元以上的下列行为的证据：

①生产、销售伪劣产品足以对人体造成严重危害或已造成危害的；

②生产、销售不符合卫生标准的食品，足以造成传染性疾病或已经造成传染性疾病的；

③生产、销售不符合标准的医疗器械、医用卫生材料足以对工作造成严重危害和已经造成危害的；

④生产、销售不符合安全标准的产品，足以造成严重后果的；

⑤生产、销售不符合卫生标准的化妆品，足以造成严重后果和已经造成后果的；

⑥生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子给生产造成损失的。

21. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 获取非法利润；

b. 牟利；

c. 营利；

d. 其他。

(2) 情节：

①事实情节；

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①掺杂；

②掺假；

③以假充真；

④以次充好；

⑤以不合格产品冒充合格产品。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）生产、销售伪劣产品案件专业用语简释

1. 伪劣产品：伪劣产品，即假产品和劣质产品。假产品是指生产地、生产厂家、产品种类、产品质量等方面的假冒产品。劣质产品是指质量低劣，达不到规定质量要求的产品。

2. 生产者、销售者：概括的讲，包括一切从事商品生产、销售的企业、公司、商业单位等法人组织和自然人个人。具体地讲，商品的生产者和销售者范围十分广泛，既有国有企业、集体企业，也有私营企业、个体工商户、小商贩，既有经工商行政主管部门审查批准，取得营业执照的合法生产者、销售者，也有未经工商行政主管部门审查批准，没有取得营业执照的非法生产者、销售者。

3. 违法所得数额：根据 1995 年 7 月 5 日最高人民法院《关于审理生产、销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得数额”的批复》，“违法所得数额”，是指生产、销售伪劣产品获利的数额。

4. 产品质量认证：是指经认证机构确认并通过颁发产品质量认证书和认

证标志来证明某一产品符合相应标准和相应的技术要求的活动。国家参照国际先进的产品标准和技术要求推行产品质量认证制度。

5. 国家标准：由国家标准化行政主管部门制定，对全国经济、技术发展有重要意义，必须在全国范围内统一实施的标准。主要包括：基本原料、材料标准；工农业产品标准；有关人的安全、健康和环境保护标准；有关互相配合、通用技术语言等基础标准；通用的零件部件、元件、器件、构件、配件和工具、量具标准；通用的试验和检验方法标准；被采用的国际标准。中华人民共和国标准化管理条例第 11 条规定："部标准（专业标准）和企业标准，不得与国家标准相抵触。"

6. 行业标准：由国务院有关行政主管部门制定的在全国某个行业范围内普遍适用的统一标准。也叫专业标准，代号为"ZB"（专标）。制定行业标准，必须是没有国家标准而需要在全国某个行业范围内统一的技术要求；它的效力仅次于国家标准，不得与国家标准相抵触。专业标准之间必须相互配合，协调一致，除特殊需要外，同一个标准化对象只许制定一个专业标准，不得重复。

二、生产、销售有毒、有害食品案件的举证范围

（一）生产、销售有毒、有害食品罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百四十四条　在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，对人体健康造成严重危害的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害的，依照本节第一百四十一条的规定处罚。

……

第一百四十九条　生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品，不构成各该条规定的犯罪，但是销售金额在五万元以上的，依照本节第一百四十条的规定定罪处罚。

生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第一百四十条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

第一百五十条 单位犯本节第一百四十条至第一百四十八条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该条的规定处罚。

（二）生产、销售有毒、有害食品罪的概念

生产、销售有毒、有害食品罪，是指违反国家食品卫生管理法规，在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的行为。

（三）生产、销售有毒、有害食品案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

(1) 证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

①户口簿；

②微机户口底卡；

③居民身份证；

④工作证；

⑤专业或技术等级证；

⑥职工登记表；

⑦出生证；

⑧护照；

⑨其他。

(2) 证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：

①法人工商注册登记证明；

②法人设立注册登记证明；

③法人代表身份证明：

a. 户口簿；

b. 微机户口底卡；

c. 居民身份证；

d. 工作证；

e. 护照；

f. 企业法人证明书；

g. 其他。

④营业执照；

⑤住所地证明。

2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①饮料；
②食品；
③食品原料：
a. 粮食；
b. 油料；
c. 肉类；
d. 蛋类；
e. 糖类；
f. 薯类；
g. 蔬菜；
h. 水果；
i. 水产品；
j. 饮品；
k. 奶类；
l. 其他。
④非食品原料：
a. 工业酒精；

b. 工业染料；
c. 色素；
d. 化学合成剂；
e. 毒品（包括精神药品）；
f. 受污染的水源。
⑤其他。
6. 书证：
(1) 非食品原料成分说明书；
(2) 食品配方；
(3) 经营广告；
(4) 食品标识；
(5) 非食品原料标识；
(6) 原料标识；
(7) 生产报表；
(8) 生产计划；
(9) 销售单据；
(10) 购销合同；
(11) 入库、出库单；
(12) 生产许可证；
(13) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 配料人员证言；
(5) 生产工人证言；
(6) 推销员证言；
(7) 营业员证言；
(8) 消费者证言；
(9) 质量检验人员证言；
(10) 生产单位领导证言；
(11) 销售单位领导证言；
(12) 仓库保管员证言；

(13) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论：

(1) 文检鉴定；

(2) 审计鉴定；

(3) 会计鉴定；

(4) 技术鉴定：

①有毒、有害成分的鉴定；

②食用人的排泄物、胃存物、呕吐物鉴定；

③食品原料鉴定；

④非食品原料鉴定；

⑤食品配方鉴定；

⑥食品生产工艺鉴定；

⑦其他。

11. 活（尸）体鉴定结论：

①死亡；

②食物中毒；

③食源性疾病；

④其他。

12. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 生产现场；

b. 销售现场；

c. 仓储现场；

d. 采集现场；

e. 收购现场；

f. 加工现场；

g. 运输现场；

h. 陈列现场；

i. 供应现场；

j. 中毒现场；

k. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

13. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 微机数据库；

(4) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

14. 作案工具：

(1) 生产设备；

(2) 生产场所；

(3) 生产原料；

(4) 销售场所；

(5) 采集、收购场所；

(6) 加工工具；

(7) 运输工具;

(8) 其他。

15. 生产、销售有毒、有害食品的数量、价值、数额。

(1) 生产:

①饮料;

②食品;

③食品原料;

④非食品原料;

⑤其他。

2. 销售:

①饮料;

②食品;

③食品原料;

④非食品原料;

⑤其他。

16. 生产、销售有毒、有害食品的去向。

17. 非法所得数额。

18. 起赃笔录。

19. 收缴笔录。

20. 销毁、封存证明。

21. 获利数额。

22. 证明行为人生产、销售有毒、有害食品犯罪行为的证据:

(1) 证明行为人生产、销售有工业酒精食品行为的证据;

(2) 证明行为人生产、销售有工业染料食品行为的证据;

(3) 证明行为人生产、销售有色素食品行为的证据;

(4) 证明行为人生产、销售有化学合成剂食品行为的证据;

(5) 证明行为人生产、销售有毒品(包括精神药品)食品行为的证据;

(6) 证明行为人生产、销售有受污染水源食品行为的证据;

(7) 证明行为人生产、销售其他有毒、有害食品行为的证据。

23. 证明下列各点的其他证据:

(1) 故意:

①动机;

②目的:

a. 获取非法利润；
b. 牟利；
c. 营利；
d. 其他。
(2) 情节：
①事实情节；
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段：
①生产；
②销售。
(4) 后果；
(5) 危害；
(6) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；
(7) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；
(8) 群众意见；
(9) 认罪态度；
(10) 其他。

（四）生产、销售有毒、有害食品罪案件专业用语简释

1. 有毒、有害食品：主要是指在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品的原料，《食品卫生法（试行）》第七条第（二）项规定：“含有毒、有

害物质或者被有毒、有害物质污染，可能对人体健康有害的食品，禁止生产经营。”

2. 食品原料：是指粮食、油料、肉类、蛋类、糖类、薯类、蔬菜、水果、水产品、饮品、奶类等可以制造食品的基础原料。

3. 有毒、有害的非食品原料：是指既无任何营养价值，根本不能食用，又对人体具有生理病害作用，食用后会引起不良反应，损害机体健康的非食品原料。如工业酒精、工业染料、色素、化学合成剂、毒品、受污染的水源等。

4. 食品添加剂：是指为了改善食品品质和色、香、味以及为防腐和加工工艺的需要而加入食品中的化学合成剂或者天然物质，属无毒无害的非食品原料。

5. 食品强化剂：是指为增强营养成份而加入食品中的天然的或者人工合成的属于天然营养素范围的食品添加剂，属无毒无害的非食品原料。

6. 生产者、销售者：见本章一节“生产、销售伪劣产品罪诉讼证据规格专业用语简释”。

三、走私文物案件的举证范围

（一）走私文物罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百五十一条 ……

走私国家禁止出口的文物、黄金、白银和其他贵重金属或者国家禁止进出口的珍贵动物及其制品的，处五年以上有期徒刑，并处罚金；情节较轻的，处五年以下有期徒刑，并处罚金。

……

犯第一款、第二款罪，情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

单位犯本条规定之罪的，对单位判处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本条各款的规定处罚。

第一百五十五条 下列行为，以走私罪论处，依照本节的有关规定处罚：

（一）直接向走私人非法收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的；

（二）在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止进出口物品的，或者运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的；

（三）逃避海关监管将境外固体废物运输进境的。

第一百五十六条 与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、账号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的，以走私罪的共犯论处。

第一百五十七条 武装掩护走私的，依照本法第一百五十一条第一款、第四款的规定从重处罚。

以暴力、威胁方法抗拒缉私的，以走私罪和本法第二百七十七条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪，依照数罪并罚的规定处罚。

（二）走私文物罪的概念

走私文物罪，是指违反海关法规，逃避海关监督、检查，非法运输、携带、邮寄国家禁止出口的文物，破坏国家对外贸易管制的行为。

（三）走私文物案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

(1) 证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

①户口簿；

②微机户口底卡；

③居民身份证；

④工作证；

⑤专业或技术等级证；

⑥职工登记表；

⑦出生证；

⑧护照；

⑨其他。

2. 证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：

①法人工商注册登记证明；

②法人设立注册登记证明；

③法人代表身份证明：

a. 户口簿；

b. 微机户口底卡；

c. 居民身份证；

d. 工作证；

e. 护照；
f. 企业法人证明书；
g. 其他。
④营业执照；
⑤住所地证明。
2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
①一级文物；
②二级文物；
③三级文物；
④国家禁止出口的其他文物。
6. 书证：
(1) 发货票；
(2) 收据；
(3) 标识；
(4) 账簿；
(5) 便条；
(6) 包裹单；
(7) 托运单；
(8) 车、船、机票；
(9) 电报；

(10) 信件;
(11) 证明;
(12) 支票;
(13) 汇票;
(14) 贷款凭证;
(15) 进出口许可证;
(16) 进出口商品检验单;
(17) 进出口原产地证明;
(18) 其他。
7. 证人证言:
(1) 侦查员(或探长)证言;
(2) 侦查活动的见证人证言;
(3) 鉴定人证言;
(4) 海关人员证言;
(5) 缉私人员证言;
(6) 边卡人员证言;
(7) 知情人证言;
(8) 目睹者证言;
(9) 收购人证言;
(10) 贩卖人证言;
(11) 同谋人证言;
(12) 运输人证言;
(13) 保管人证言;
(14) 其他。
8. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。
9. 鉴定结论:
(1) 技术鉴定:
①文检鉴定;
②文物等级鉴定;
③血型鉴定;
④血迹鉴定;
⑤指纹鉴定;
⑥足迹鉴定;

⑦痕迹鉴定；
⑧其他鉴定。
(2) 审计鉴定；
(3) 会计鉴定；
(4) 其他。
10. 活（尸）体鉴定结论：
①死亡；
②伤残；
③医疗诊断；
④其他。
11. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 截获现场；
b. 查获现场；
c. 暴力伤亡现场；
d. 交易现场；
e. 交接货现场；
f. 仓储现场。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 人身：
①人身照片；
②检查笔录；
③其他。
(4) 尸体：
①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物：

①运输工具：

a. 飞机；

b. 船；

c. 火车；

d. 汽车；

e. 其他。

②隐匿工具；

③邮件；

④伪装物；

⑤携带物；

⑥集装箱；

⑦其他。

14. 走私文物的数量、价值、数额：

(1) 一级文物；

(2) 二级文物；

(3) 三级文物；

(4) 国家禁止出口的其他文物。

15. 走私文物的去向。

16. 非法所得数额。

17. 起赃笔录。

18. 收缴笔录。
19. 封存证明。
20. 获利数额。
21. 证明行为人走私文物犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人逃避海关监督、检查的证据：
①采用隐瞒方式走私文物；
②采用隐藏方式走私文物；
③采用伪报方式走私文物；
④采用蒙混方式走私文物；
⑤采用绕关方式走私文物；
⑥采用邮寄方式走私文物。
(2) 证明行为人违反海关法规行为的证据；
(3) 证明文物走私行为人走私行为的证据：
①非法运输出境；
②非法携带出境；
③非法邮寄出境。
22. 证明下列各点的其他证据：
(1) 故意：
①动机；
②目的：
a. 获取非法利润；
b. 牟利；
c. 其他。
(2) 情节：
①事实情节：
a. 情节特别严重：
A. 多次走私，严重危害国家利益；
B. 走私手段特别恶劣，造成严重后果：
A 武装掩护；
B 拒捕；
C 死伤后果。
D. 走私国内仅有的文物，给国家造成较严重损失；
D. 走私数额特别巨大的集团首要分子；

E. 危害严重的主犯；

b. 其他。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①绕关；

②骗关；

③运输；

④邮寄；

⑤携带；

⑥其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）走私文物罪诉讼证据专业用语简释

1. 文物：是指流传在社会上或者埋藏在地下的历史文化遗物。根据我国《文物保护法》第 2 条的规定，文物具体包括：①具有历史、艺术、科学价值

的古文化遗址、古建筑、石窟寺和石刻；②与重大历史事件、革命运动和著名人物有关的，具有重要的纪念意义、教育意义和史料价值的建筑物、遗址、纪念物；③历史上各时代珍贵的艺术品、工艺美术品；④重要的革命文献资料以及具有历史、艺术、科学价值的手稿、古旧图书资料等；⑤反映历史上各时代、各民族社会制度、社会生产、社会生活的代表性实物；⑥具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石等。

2. 珍贵文物：指经过科学鉴定，由人民政府核定公布的一级和二级文物，也包括一些有关机关特别指定的三级文物。一级文物为具有特别重要价值的代表性文物，如：能代表某一文化类型，其造型特殊，器形完整的；有确切出土地点可作为断代标准的；三彩中造型优美、色彩艳丽而器形完整的陶器。二级文物为具有重要价值的文物，如：具有重要历史、科学价值或较高艺术价值，但在全国或本地区存量较多的文物。三级文物是具有一定价值的文物，如：具有一定历史、艺术价值，在全国或本地区存量较多，或者具有某种缺陷的文物。

3. 文物保护单位：国家政权机关按照法律程序，将具有历史、艺术、科学价值的不可移动文物公布为文物保护单位，并列入国家有计划的、科学的管理之中。文物保护单位分为六大类：革命遗址和革命纪念建筑、石窟寺、古建筑和历史纪念建筑、石刻和古遗址、古墓葬。文物保护单位分为县级、省级和全国重点文物保护单位三级，实行分级管理。县级文物保护单位，由县文化行政管理部门和文物保管机构选择具有历史、艺术、科学价值的文物，提出建议名单，报县人民政府核定公布，报省人民政府备案。省级文物保护单位，由省文化行政管理部门和文物机构从县级文物中选择新发现的文物，报省人民政府核定公布，报国务院备案。全国重点文物保护单位，由国家文化行政管理部门在省级文物保护单位中选择具有重大历史、艺术、科学价值的文物，或直接指定具有重大价值的文物，报国务院核定公布。

4. 对外贸易管理制度：是指国家根据发展社会主义市场经济需要，对进出国（边）境的货物、货币、金银或者其他物品实行严格控制与监督，对进出口和进出境的物品依法征收关税的制度，严禁任何人和单位违反和破坏。

5. 违反海关法规：主要是指违反《中华人民共和国海关法》。

6. 逃避海关监管：是指行为人采取多种形式逃避海关对其进出国（边）境货物、物品的监督、检查和管理的行为。具体有四种形式：一是绕过海关走私，即不经过海关而非法越境走私；二是蒙骗海关走私，即以假报、伪报、藏匿等手段，蒙混过关，逃避监管；三是事后走私，即在合法过关后，将保税、

减免关税的货物在境内非法销售牟利，以偷逃关税；四是间接走私，即行为人不直接走私，而是向其他走私分子非法收购走私货物、物品，或者在内海、领海收购、贩卖、运输国家禁止或者限制进出品的货物、物品进行走私。

7. 进出口许可证：国家通过有关部门管制商品进出口所发放的证件。国家一般对进口管制较严，对出口限制则较宽，仅对部分商品实行出口许可证制度。这是为了保护和促进本国的生产发展，维持本国进出口秩序，减少同外国贸易的矛盾和国际贸易往来中不必要的损失，稳定国内市场的供求关系。各国对实行进出口许可证的范围可以随时加以改变，有效地贯彻本国对外经济贸易政策，对平衡国际收支起重要的调节作用。

8. 进出口商品检验：由专门检验机构，运用各种检测手段和经验，对进出口商品实施检查验看。按商品种类，可采取感官检验、化学测试、仪器分析、物理检验、微生物学检验等各种方式进行。检验项目一般包括：商品的品质、规格、卫生、安全、检疫、包装、数量、重量、残损以及运载工具、装运条件和装运技术等。

9. 进出口原产地证明：用来证明进出口货物、技术原产地的有效凭证。其作用是让贸易各方了解进出口货物的基本背景，以便顺利交易。

四、公司、企业人员受贿案件的举证范围

（一）公司、企业人员受贿罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百六十三条 公司、企业的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

公司、企业的工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。

国家公司、企业中从事公务的人员和国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务的人员有前两款行为的，依照本法第三百八十五条、第三百八十六条的规定定罪处罚。

（二）公司、企业人员受贿罪的概念

公司、企业人员受贿罪，是指公司的董事、监事或者职工，以及公司以外的企业职工，利用职务上的便利，索取或收受贿赂，数额较大的行为。

(三)公司、企业人员受贿案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人(或被告人)自然情况的证明:

证明自然人姓名(曾用名)、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业(或职务)、住所地的证据:

(1) 户口簿;

(2) 微机户口底卡;

(3) 居民身份证;

(4) 工作证;

(5) 专业或技术等级证;

(6) 职工登记表;

(7) 出生证;

(8) 护照;

(9) 其他。

2. 前科劣迹:

(1) 判决书;

(2) 释放证明书;

(3) 不起诉决定书;

(4) 劳动教养决定书;

(5) 解除劳动教养决定书;

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明:

(1) 投案记录;

(2) 报案记录;

(3) 举报、控告记录及信件;

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证:

(1) 照片;

(2) 实物:

①外币;

②人民币;

③有价证券;

④金银首饰;

⑤家用电器；
⑥生活用品；
⑦家具；
⑧房屋；
⑨汽车；
⑩其他。
6. 书证：
(1) 信件；
(2) 收条；
(3) 账簿；
(4) 单据；
(5) 日记本；
(6) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 行贿人证言；
(5) 被索贿人证言；
(6) 财会人员证言；
(7) 知情人证言；
(8) 其他。
8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
9. 鉴定结论：
(1) 文检鉴定；
(2) 审计鉴定；
(3) 会计鉴定。
10. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：

a. 家用电器现场；
b. 家具现场；
c. 房屋；
d. 汽车；
e. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
11. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 微机数据库；
(4) 照片；
(5) 其他。
12. 索贿受贿数额。
13. 起赃笔录。
14. 收缴笔录。
15. 退赃笔录。
16. 证明行为人受贿犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人利用职务上的便利行为的证据：
①公司、企业的经营管理职权；
②从事商业经营活动所形成的便利条件。
(2) 证明行为人为他人谋利益行为的证据：
①推销产品；
②购买物资；
③联系业务；
④其他。
(3) 证明行为人索取和收受贿赂行为的证据。
17. 证明下列各点的其他证据：
(1) 故意：
①动机；

②目的：

a. 非法占有他人财物；

b. 其他。

(2) 情节：

①事实情节；

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①利用职务上的便利；

②索取和收受他人贿赂。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

(四) 公司、企业人员受贿罪诉讼证据专业用语简释

1. 公司董事：指依照公司法的规定，经过有限责任公司的股东会或者股份有限公司的创立大会、股东大会选举的董事会的成员。董事的任期由公司章程规定，每届任期不得超过三年，可以连选连任。公司董事依照公司法等有关

法律、行政法规和公司章程履行职责。

2. 公司监事：指依照公司法的规定，经过有限责任公司的股东会或者股份有限公司的创立大会选举的监事会的成员。公司监事的任期每届三年，可连选连任，依照公司法等有关法律、行政法规和公司章程履行职责。

3. 利用职务上的便利：是指行为人利用公司、企业的经营管理权，或者利用本人基本职务从事商业经营活动所形成的便利条件。

4. 职工：是指公司、企业的经理、厂长、财会人员和其他受公司、企业聘用从事公司、企业事务的人员。

5. 回扣：指在经济交往中，由卖方收到的价款中退给买方单位或经办人的钱，由于这种钱是从买主支付的价款中返回的，故叫做回扣。国家行政机关工作人员在经济交往中，违反国家规定接受各种名义的回扣，归个人所有的，应给予行政处分。构成犯罪的，应依照刑法有关规定追究其刑事责任。

五、出售、购买、运输假币案件的举证范围

（一）出售、购买、运输假币罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百七十一条 出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

（二）出售、购买、运输假币罪的概念

出售、购买、运输假币罪，是指以营利为目的，出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的行为。

（三）出售、购买、运输假币罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；
(5) 专业或技术等级证；
(6) 职工登记表；
(7) 出生证；
(8) 护照；
(9) 其他。
2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①出售的假币；
②购买的假币；
③运输的假币；
④其他。
6. 书证：
(1) 出售假币的有关凭证；
(2) 购买假币的有关凭证；
(3) 托运凭证；
(4) 贩运合同；
(5) 与托运人之间的协议书；
(6) 有关书信；

(7) 有关收据；

(8) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 发现者证言；

(5) 购买假币见证者证言；

(6) 出售假币见证者证言；

(7) 运输假币见证者证言；

(8) 知情人证言；

(9) 邻居证言；

(10) 托运者证言；

(11) 接收者证言；

(12) 同谋者证言；

(13) 其他。

8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

9. 鉴定结论：

(1) 文检鉴定；

(2) 假币鉴定：

①出售；

②购买；

③运输。

(3) 其他。

10. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 出售假币现场；

b. 购买假币现场；

c. 运输假币现场；

d. 其他。

(2) 物证:

①物证勘查图;

②物证照片;

③物证勘验、检查笔录;

④其他。

11. 视听资料:

(1) 录音带;

(2) 录像带;

(3) 微机数据库;

(4) 照片;

(5) 其他。

12. 作案工具:

(1) 车辆;

(2) 包装物;

(3) 保险箱;

(4) 其他。

13. 出售假币数额。

14. 购买假币数额。

15. 运输假币数额。

16. 非法所得数额。

17. 起赃笔录。

18. 收缴笔录。

19. 销毁、封存证明。

20. 获利数额。

21. 证明行为人出售、购买、运输假币犯罪行为的证据:

(1) 证明行为人将假币卖出行为的证据;

(2) 证明行为人用假币换取真币行为的证据;

(3) 证明行为人将假币买进行为的证据;

(4) 证明行为人运输假币行为的证据:

①随身携带;

②委托他人携带;

③借助运输工具。

(5) 证明行为人出售、购买、运输假币数额行为的证据：
①数额较大；
②数额巨大；
③数额特别巨大。
22. 证明下列各点的其他证据：
(1) 故意：
①动机；
②目的：
a. 获取非法利润；
b. 牟利；
c. 营利；
d. 其他。
(2) 情节：
①事实情节；
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段：
①邮运；
②携带；
③藏匿；
④夹带；

⑤其他。

(4) 后果;

(5) 危害;

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况;

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现;

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

(四) 出售、购买、运输假币罪诉讼证据专业用语简释

1. 出售：是指将伪造的假币卖出或者用伪造的假币换取真货币的行为。

2. 购买：是指将伪造的假币买进的行为。

3. 运输：是指用随身携带、委托他人携带或者借助运输工具等方法，将伪造的假币从甲地运往乙地的行为。

六、高利转贷案件的举证范围

(一) 高利转贷罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定:

……

第一百七十五条 以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。

(二) 高利转贷罪的概念

高利转贷罪，是指以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为。

(三) 高利转贷案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明:

(1) 证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据:

①户口簿;

②微机户口底卡；
③居民身份证；
④工作证；
⑤专业或技术等级证；
⑥职工登记表；
⑦出生证；
⑧护照；
⑨其他。

2. 证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：
①法人工商注册登记证明；
②法人设立注册登记证明；
③法人代表身份证明：
a. 户口簿；
b. 微机户口底卡；
c. 居民身份证；
d. 工作证；
e. 护照；
f. 企业法人证明书；
g. 其他。
④营业执照；
⑤住所地证明。

2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①贷款：
a. 人民币；
b. 外币。
②套取的信贷资金：
a. 人民币；
b. 外币。
③高利转贷资金：
a. 人民币；
b. 外币。
6. 书证：
(1) 套取金融机构信贷资金的借款凭证；
(2) 记账凭证；
(3) 汇票；
(4) 本票；
(5) 支票；
(6) 银行账簿；
(7) 转贷凭证；
(8) 转贷欠据；
(9) 转贷记账凭证；
(10) 转贷账薄；
(11) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 信贷员证言；
(5) 被转贷者的证言；
(6) 财会人员证言；
(7) 银行主管领导证言；

(8) 知情人证言;

(9) 同谋人证言;

(10) 其他。

8. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。

9. 鉴定结论:

(1) 文检鉴定;

(2) 高利转贷性质鉴定;

(3) 审计鉴定;

(4) 会计鉴定;

(5) 其他。

10. 勘验、检查笔录:

(1) 现场:

①现场勘查图;

②现场照片;

③现场勘验、检查笔录;

④勘查现场范围:

a. 高利转贷经营现场;

b. 其他。

(2) 物证:

①物证勘查图;

②物证照片;

③物证勘验、检查笔录;

④其他。

11. 视听资料:

(1) 录音带;

(2) 录像带;

(3) 微机数据库;

(4) 照片;

(5) 其他。

12. 作案工具:

(1) 照片;

(2) 实物。

13. 套取信贷资金数额。

14. 高利转贷数额。

15. 非法所得数额。

16. 收缴笔录。

17. 获利数额。

18. 证明行为人高利转贷犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人套取金融机构信贷资金行为的证据；

(2) 证明行为人高利转贷行为的证据；

(3) 证明行为人违法所得数额较大、数额巨大行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 获取非法利润；

b. 牟利；

c. 营利；

d. 其他。

(2) 情节：

①事实情节；

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①套取信贷资金；

②高利转贷。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）高利转贷罪诉讼证据专业用语简释

1. 金融机构：参见本章第七节“擅自设立金融机构罪诉讼证据规格专业用语简释”。

2. 本票：指由出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。“本票”一般仅指银行本票。通俗地讲，银行本票是指由申请人将款项交付银行，由银行签发给其凭以办理转账结算和支取现金的票据。

银行本票，可分为定额和不定额两种，它适用于单位、个体工商户和个人在同城范围内的商品交易、劳务供应以及其他款项的结算。

我国现行法规对银行本票的主要规定有：(1) 定额本票由人民银行委托专业银行代理签发，面额为500元、1000元、5000元和10000元；不定额本票的金额起点为100元，由专业银行签发。(2) 银行本票一律记名，经背书可以转让；本票必须记载下列事项：表明“本票”的字样，无条件支付的承诺，确定的金额，收款人名称，出票日期，出票人签章。缺少上述事项之一的，本票无效。(3) 银行本票的付款期为1个月，自出票日起，付款期最长不得超过2个月。

3. 记账凭证：会计凭证的一种。作为登记账簿依据的凭证。分收款凭证、付款凭证和转账凭证。收款凭证专门记载同现金或银行存款收入有关的业务；付款凭证专门记载同现金或银行存款支出的有关业务，是出纳人员收付款项的依据；转账凭证记载同现金及银行存款无关的其他业务，如材料领用、费用分配、成品入库等。记账凭证制成后，须传送有关人员审核签章，故在中国习惯上又称之为传票。通常有现金收入传票、现金支出传票、转账传票等。

七、集资诈骗案件的举证范围

（一）集资诈骗罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第一百九十二条 以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金，数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

……

第一百九十九条 犯本节第一百九十二条、第一百九十四条、第一百九十五条规定之罪，数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

第二百条 单位犯本节第一百九十二条、第一百九十四条、第一百九十五条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他特别严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

（二）集资诈骗罪的概念

集资诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用诈骗方法非法向社会公开集资，数额较大的行为。

（三）集资诈骗案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

(1) 证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

①户口簿；

②微机户口底卡；

③居民身份证；

④工作证；

⑤专业或技术等级证；

⑥职工登记表；

⑦出生证；

⑧护照；

⑨其他。

2. 证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：

①法人工商注册登记证明；

②法人设立注册登记证明；

③法人代表身份证明；

a. 户口簿；

b. 微机户口底卡；

c. 居民身份证；

d. 工作证；

e. 护照；

f. 企业法人证明书；

g. 其他。

④营业执照；

⑤住所地证明。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①非法集资货币：

a. 人民币;
b. 港币;
c. 美元;
d. 瑞士法郎;
e. 英镑;
f. 日元;
g. 外汇券;
h. 其他。
②非法集资不动产:
a. 厂房;
b. 办公楼;
c. 仓库;
d. 楼舍;
e. 山林;
f. 牧场;
g. 农场;
h. 养殖水面;
i. 鱼塘;
j. 水库;
k. 其他。
③非法集资动产:
a. 机器;
b. 设备;
c. 车辆;
d. 船只;
e. 生产资料;
f. 生活资料;
g. 产品;
h. 建筑材料;
i. 建筑构件;
j. 其他。
④非法集资无形财产:
a. 商标注册权;

b. 专利权；

c. 科研成果；

d. 工业产权；

e. 专有技术；

f. 其他。

⑤非法集资其他财物：

a. 金首饰；

b. 银首饰；

c. 家电；

d. 录像设备；

e. 电脑；

f. 其他。

6. 书证：

(1) 伪造的集资证件；

(2) 伪造的集资文件；

(3) 隐瞒事实的集资说明书；

(4) 虚构的非法集资的“海报”：

①广告；

②启示；

③通知；

④“特大喜讯”；

⑤“送您福音”；

⑥“最新消息”；

⑦其他。

(5) 非法集资的骗“据”：

①债券；

②存单；

③票据；

④其他。

(6) 账簿；

(7) 现金账；

(8) 记账凭证；

(9) 支票；

(10) 汇票;
(11) 会议记录;
(12) 欠据;
(13) 借据;
(14) 银行账;
(15) 物资清单;
(16) 固定资产账;
(17) 票据存根;
(18) 设备台账;
(19) 库存账;
(20) 产成品账;
(21) 信件;
(22) 电报;
(23) 传真;
(24) 其他。
7. 证人证言:
(1) 侦查员(或探长)证言;
(2) 侦查活动的见证人证言;
(3) 鉴定人证言;
(4) 关系人证言;
(5) 知情人证言;
(6) 中间人证言;
(7) 参与人证言;
(8) 同谋人证言;
(9) 同谋受骗群众证言;
(10) 发现人证言;
(11) 社会公众证言;
(12) 电台证言;
(13) 主管部门证言;
(14) 工作人员证言;
(15) 银行证言;
(16) 其他金融机构证言;
(17) 假担保单位证言;

(18) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论:

(1) 文检鉴定;

(2) 指纹鉴定;

(3) 印签鉴定;

(4) 审计鉴定;

(5) 会计鉴定;

(6) 其他鉴定。

11. 勘验、检查笔录:

(1) 现场:

①现场勘查图;

②现场照片;

③现场勘验、检查笔录;

④勘查现场范围:

a. 非法集资现场;

b. 其他。

(2) 物证:

①物证勘查图;

②物证照片;

③物证勘验、检查笔录;

④其他。

(3) 尸体:

①现场勘查图;

②现场尸体照片;

③勘查笔录;

④检查笔录;

⑤其他。

12. 视听资料:

(1) 录音带;

(2) 录像带;

(3) 微机数据库;

(4) 照片;
(5) 其他。
13. 作案工具:
(1) 照片;
(2) 实物。
14. 非法集资数额。
15. 非法集资财产价值鉴定。
16. 起赃笔录。
17. 收缴笔录。
18. 返赃笔录。
19. 集资款物去向。
20. 获利数额。
21. 证明行为人集资诈骗犯罪行为的证据:
(1) 证明行为人虚构事实非法集资行为的证据:
①制作虚假"广告";
②发放无偿还能力的高息债券;
③提供优厚的待遇、条件;
④其他。
(2) 证明行为人隐瞒事实真相非法集资行为的证据:
①挥霍集资款;
②购制其他物品:
a. 生活用品;
b. 娱乐用品;
c. 交通工具;
d. 通讯工具;
e. 其他。
(3) 证明行为人集资诈骗数额较大行为的证据;
(4) 证明行为人集资诈骗数额巨大,或其他严重情节行为的证据;
(5) 证明行为人集资诈骗数额特别巨大、其他特别严重情节行为的证据。
22. 证明行为人下列各点的其他证据:
(1) 故意:
①动机;
②目的;

a. 获取非法利润；
b. 牟利；
c. 营利；
d. 其他。
(2) 情节：
①事实情节：
a. 其他严重情节；
b. 其他特别严重情节；
c. 法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段：
①虚构事实；
②隐瞒真相。
(4) 后果；
(5) 危害；
(6) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；
(7) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；
(8) 群众意见；
(9) 认罪态度；
(10) 其他。

（四）集资诈骗罪诉讼证据专业用语简释

1. 集资：指聚集社会的闲散资金。

2. 债券：见本章第十二节“伪造、变造股票、公司、企业债券罪诉讼证据规格专业用语简释”。

3. 构成犯罪数额的标准：集资诈骗罪的数额如何认定的问题，可参照《解释》规定的标准，个人进行集资诈骗数额20万元以上的属于“数额巨大”，100万元以上的属于“数额特别巨大”；单位进行集资诈骗数额50万元以上属于“数额巨大”，250万元以上属于“数额特别巨大”。

八、偷税案件的举证范围

（一）偷税罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百零一条 纳税人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，在账簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段，不缴或者少缴应纳税款，偷税数额占应纳税额的百分之十以上不满百分之三十并且偷税数额在一万元以上不满十万元的，或者因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处偷税数额一倍以上五倍以下罚金；偷税数额占应纳税额的百分之三十以上并且偷税数额在十万元以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处偷税数额一倍以上五倍以下罚金。

扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额占应缴税额的百分之十以上并且数额在一万元以上的，依照前款的规定处罚。

对多次犯有前两款行为，未经处理的，按照累计数额计算。

第二百一十一条 单位犯本节第二百零一条、第二百零三条、第二百零四条、第二百零七条、第二百零八条、第二百零九条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该条的规定处罚。

第二百一十二条 犯本节第二百零一条至第二百零五条规定之罪，被判处罚金、没收财产的，在执行前，应当先由税务机关追缴税款和所骗取的出口退税款。

（二）偷税罪的概念

偷税罪，是指纳税人和扣缴义务人违反国家税收法规，采取伪造、变造、

隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，在账薄上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段，不缴或者少缴应纳税款或者已扣、已收税款，偷税达到法定数额标准或者又偷税的行为。

（三）偷税案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

(1) 证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

①户口簿；

②微机户口底卡；

③居民身份证；

④工作证；

⑤专业或技术等级证；

⑥职工登记表；

⑦出生证；

⑧护照；

⑨其他。

2. 证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：

①法人工商注册登记证明；

②法人设立注册登记证明；

③法人代表身份证明：

a. 户口簿；

b. 微机户口底卡；

c. 居民身份证；

d. 工作证；

e. 护照；

f. 企业法人证明书；

g. 其他。

④营业执照；

⑤住所地证明。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 纳税人偷税款实物：
①人民币；
②外币；
③其他。
(2) 扣缴义务人偷税款实物：
①人民币；
②外币；
③其他。
6. 书证：
(1) 账簿；
(2) 记账凭证；
(3) 假账；
(4) 假成本；
(5) 假票据；
(6) 假产品入库单；
(7) 销售收入不入账的票据；
(8) 多列支出的票据；
(9) 虚假纳税申报手续；
(10) 纳税申报通知书；
(11) 偷税行政处罚书；
(12) 伪造的账簿；
(13) 伪造的记账凭证；
(14) 变造的账簿；

(15) 变造的记账凭证;

(16) 隐匿的账号;

(17) 隐匿的记账凭证;

(18) 销毁的账簿残骸;

(19) 销毁的记账凭证残页;

(20) 银行账;

(21) 银行微机数据库储存的进出款项复印件;

(22) 文件;

(23) 会议记录;

(24) 小金库黑账;

(25) 销售计划;

(26) 扣缴义务人应扣税款单位名单;

(27) 扣缴义务人应扣缴税金细目清名单;

(28) 扣缴义务人编造的假扣税项目表;

(29) 扣缴义务人偷税行为的上列"(1)、(2)、(3)、(5)、(7)、(8)、(9)、(10)、(11)、(12)、(13)、(14)、(15)、(16)、(17)、(18)、(19)、(20)、(24)"等各项书证;

(30) 骗取的减免税凭证;

(31) 其他。

7. 证人证言:

(1) 侦查员(或探长)证言;

(2) 侦查活动见证人证言;

(3) 鉴定人证言;

(4) 财会人员证言;

(5) 税管人员证言;

(6) 知情人证言;

(7) 同谋人证言;

(8) 发现人证言;

(9) 部门领导证言;

(10) 单位领导证言;

(11) 亲友证言;

(12) 同事证言;

(13) 银行证言;

(14) 税务机关证明：
①偷逃税款；
②应纳税款；
③已纳税款；
④应补税款；
⑤虚报纳税款。
(15) 其他。
8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
9. 鉴定结论：
(1) 文检鉴定；
(2) 税务机关鉴定；
(3) 发票鉴定；
(4) 账簿鉴定；
(5) 记账凭证鉴定；
(6) 审计鉴定；
(7) 会计鉴定；
(8) 其他。
10. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 隐匿现场；
b. 销毁现场；
c. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物品勘验、检查笔录；
④其他。
11. 视听资料：
(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 微机数据库；

(4) 照片；

(5) 其他。

12. 作案工具：

(1) 假账目；

(2) 假扣款发票；

(3) 假票据；

(4) 假记账凭证；

(5) 假减免税凭证；

(6) 其他。

13. 偷逃税款数额。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 获利数额。

17. 证明行为人偷税犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人违反国家税收法规行为的证据；

(2) 证明行为人偷逃应交税款行为的证据：

①工商业税；

②货物税；

③房产税；

④商品流通税；

⑤文化娱乐税；

⑥农业税；

⑦工商统一税；

⑧企业所得税；

⑨个人所得税；

⑩调节税；

⑪个人收入调节税；

⑫营业税；

⑬增值税；

⑭盐税；

⑮车船使用税；

⑯土地使用税；
⑰耕地占用税；
⑱资源税；
⑲奖金税；
⑳其他。
3. 证明行为人采取欺骗、隐瞒的手段行为的证据：
①伪造、变造账簿、记账凭证；
②隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证；
③在账簿上多列支出；
④在账簿上少列、不列收入；
⑤进行虚假的纳税申报；
⑥不缴或者少缴应纳税款或者已扣、已收税款。
18. 证明下列各点的其他证据：
(1) 故意：
①动机；
②目的：
a. 获取非法利润；
b. 牟利；
c. 营利；
d. 其他。
(2) 情节：
①事实情节；
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①伪造账目；

②变造账目；

③账外账；

④隐匿账目；

⑤销毁账薄、记账凭证；

⑥虚报成本；

⑦少报收入；

⑧多报职工人数；

⑨收入不入账；

⑩其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）偷税罪诉讼证据专业用语简释

1. 纳税人：是指法律、行政法规规定负有纳税义务的单位和个人。根据我国法律规定，纳税人必须按照规定的期限申报办理税务登记、变更或者注销登记，必须在法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规规定确定的申报期限内办理纳税申报，并且按照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的期限缴纳税款。纳税人违反有关规定，有意偷漏税款的，要负法律责任。

2. 扣缴义务人：简称“扣缴人”，是指税法规定负有代扣代缴税款义务的单位和个人。实行源泉控制征收的税种和应税项目，税法除规定纳税人之外，还规定税款扣缴人。如个人所得税以支付所得的单位为扣缴人，增值税规定，基建单位，其他单位和个体经营者委托加工产品的应纳税款，一律于委托方提货时由受托方代扣代缴。扣缴人必须按照税法规定扣缴税款，未扣或少扣的税

款，由其补缴。税务机关则按规定支付扣缴人一定数额的手续费。

3. 税款：指国家税务机关依据税法向有纳税义务的组织和个人所征收的货币。我国目前的税种包括：流转税、所得税、财产税、行为税、资源税。

4. 纳税申报：纳税人发生纳税义务后，按规定期限向税务机关报送纳税义务发生情况，供税务机关审核征税的法定纳税手续，是税务机关核定应纳税额的主要依据。纳税申报的主要内容包括：产品销售、经营利润、收入或财产数额、应纳各税的课税品目和数量、适用税目税率、应纳税额等。国有企业和财务制度税务机关审核，自行交纳税款，但仍需报送纳税申报表。不具备上述条件的企业单位和个人，都必须按规定期限报送纳税申报表，经税务机关核定后交纳税款。

九、伪造、出售伪造的增值税专用发票案件的举证范围

（一）伪造、出售伪造的增值税专用发票罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

…

第二百零六条 伪造或者出售伪造的增值税专用发票的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处二万元以上二十万元以下罚金；数量较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数量巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

伪造并出售伪造的增值税专用发票，数量特别巨大，情节特别严重，严重破坏经济秩序的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

单位犯本条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；数量较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑；数量巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

（二）伪造、出售伪造的增值税专用发票罪的概念

伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，是指违反国家发票管理法规，依照国家增值税专用发票的样式，非法印刷、复制或者使用其他方法制造假增值税专用发票，或者非法销售、倒卖伪造的增值税专用发票的行为。

（三）伪造、出售伪造的增值税专用发票案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

①户口簿；

②微机户口底卡；

③居民身份证；

④工作证；

⑤专业或技术等级证；

⑥职工登记表：

⑦出生证；

⑧护照；

⑨其他。

2. 证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：

①法人工商注册登记证明；

②法人设立注册登记证明；

③法人代表身份证明：

a. 户口簿；

b. 微机户口底卡；

c. 居民身份证；

d. 工作证；

e. 护照；

f. 企业法人证明书；

g. 其他。

④营业执照；

⑤住所地证明。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①印制的增值税专用发票；
②复制的增值税专用发票；
③变造的增值税专用发票；
④伪造的增值税专用发票；
⑤印刷设备；
⑥复制设备；
⑦变造工具；
⑧其他。
6. 书证：
(1) 出售伪造的增值税专用发票抵扣联；
(2) 出售伪造的增值税专用发票存根联；
(3) 出售伪造的增值税专用发票发票联；
(4) 出售伪造的增值税专用发票记账联；
(5) 出售伪造的增值税专用发票的编号；
(6) 记账凭证；
(7) 账簿；
(8) 函件；
(9) 汇票；
(10) 支票；
(11) 汇票存根；
(12) 支票存根；
(13) 收据；
(14) 收条；
(15) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 同谋人证言；
(6) 揭发人证言；
(7) 查处机关证言；
(8) 主管领导证言；
(9) 直接责任人员证言；
(10) 购买增值税专用发票人证言；
(11) 购货方（付款人）证言；
(12) 销售方营业员证言；
(13) 购货方出纳员证言；
(14) 购货方记账员证言；
(15) 发现者证言；
(16) 直接责任人员证言；
(17) 伪造、购买增值税专用发票关系人的陈述：
①公民；
②法人；
③其他组织。
8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
9. 鉴定结论：
(1) 文检鉴定；
(2) 伪造、出售伪造的增值税专用发票鉴定；
(3) 审计鉴定；
(4) 会计鉴定；
(5) 税务部门鉴定；
(6) 其他。
10、勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：

a. 伪造增值税专用发票现场；
b. 印制增值税专用发票现场；
c. 出售增值税专用发票现场；
d. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
11. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 微机数据库；
(4) 照片；
(5) 其他。
12. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 物品：
①印刷设备；
②复制设备；
③变造工具；
④其他。
13. 伪造增值税专用发票份数。
14. 伪造增值税专用发票数额。
15. 给国家造成抵扣税、退税损失数额。
16. 非法出售增值税专用发票数量。
17. 非法所得数额。
18. 起赃笔录。
19. 收缴笔录。
20. 销毁证明。
21. 证明行为人伪造、出售伪造的增值税专用发票犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人未经省、自治区和直辖市人民政府税务主管部门指定印制行为的证据；

(2) 证明行为人私印、伪造、变造行为的证据；

(3) 证明行为人非法制造发票防伪专用品行为的证据；

(4) 证明行为人伪造发票监制章行为的证据；

(5) 证明行为人仿照增值税专用发票行为的证据：

①基本内容；

②专用纸；

③荧光油墨；

④形状；

⑤凹凸技术；

⑥其他。

(6) 证明行为人违反《增值税专用发票使用规定》和《发票管理办法》而非法出售行为的证据；

(7) 证明行为人伪造、出售伪造的增值税专用发票情节行为的证据：

①数量较大的；

②有其他严重情节的；

③数量巨大的；

④有其他特别严重情节的；

⑤数量特别巨大的；

⑥情节特别严重；

⑦严重破坏经济秩序的。

(10) 证明行为人擅自制造增值税专用发票或者其他行为的证据。

22. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 获取非法利润；

b. 牟利；

c. 营利；

d. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 数量较大；

b. 数量巨大；

c. 情节严重；
d. 情节特别严重；
e. 数量特别巨大；
f. 情节特别恶劣；
g. 严重破坏经济秩序的。
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段：
①伪造；
②变造；
③印制；
④复制。
(4) 后果；
(5) 危害；
(6) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；
(7) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；
(8) 群众意见；
(9) 认罪态度；
(10) 其他。

(四) 伪造、出售伪造的增值税专用发票罪诉讼证据专业用语简释

1. 伪造：是指仿照发票的基本内容、形状等样式，使用各种方法，非法

制造可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他假发票，冒充其他真发票的行为。

2. 擅自制造：是指不具备印制发票资格的企业，未经省、自治区、直辖市税务局审查批准，擅自印制或者经省、自治区、直辖市税务局指定的企业超出批准数量印制可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。按照发票管理办法规定，省、自治区、直辖市税务局对发票印制实行统一管理的原则，严格审查印制发票企业的资格，对指定为印制发票的企业发给发票准印证。同时规定，印制发票的企业必须按照税务机关批准的式样和数量印制发票。因而，超出批准的数量印制其他发票属于擅自制造的行为。

3. 出售：是指将伪造、擅自制造的可以用骗取出口退税和抵扣税款的其他发票卖出的行为。

4. 构成犯罪的“数量较大”、“数量巨大”、“数量特别巨大”及“其他严重情节”、“其他特别严重情节”、“情节特别严重”：确定“数量较大”、“数量巨大”、“数量特别巨大”以及如何认定“其他严重情节”、“其他特别严重情节”、“情节特别严重”等，在最高人民法院尚未重新作出新的司法解释之前，我们认为仍可参照《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》的规定来掌握。即：

伪造或者出售伪造的增值税专用发票25份以上或者票面额（千元版以每份1千元计算，万元版以每份1万元计算，以此类推，下同）累计10万元以上的，应当依法定罪处罚。

伪造或者出售伪造的增值税专用发票100份以上或者票面额累计50万元以上的，属于“数量较大”；具有下列情形之一的，属于“有其他严重情节”：(1) 违法所得数额在1万元以上的；(2) 伪造并出售伪造的增值税专用发票60份以上或者票面额累计30万元以上的；(3) 造成严重后果或者具有其他严重情节的。

伪造或者出售伪造的增值税专用发票500份以上或者票面额累计250万元以上的，属于“数额巨大”；具有下列情形之一的，属于“有其他特别严重情节”：(1) 违法所得数额在5万元以上的；(2) 伪造并出售伪造的增值税专用发票300份以上或者票面额累计200万元以上的；(3) 伪造或者出售伪造的增值税专用发票接近“数量巨大”并具有其他严重情节的；(4) 造成特别严重后果或者具有其他特别严重情节的。

伪造并出售伪造的增值税专用发票1000份以上或者票面额累计1000万元

以上的，属于伪造并出售伪造的增值税专用发票“数量特别巨大”；具有下列情形之一的，属于“情节特别严重”：(1) 违法所得数额在5万元以上的；(2) 因伪造、出售伪造的增值税专用发票致使国家税款被骗取100万元以上的；(3) 给国家税款造成实际损失50万元以上的；(4) 具有其他特别严重情节的。

十、假冒注册商标案件的举证范围

(一) 假冒注册商标罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百一十三条　未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的；处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

……

第二百二十条　单位犯本节第二百一十三条至第二百一十九条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本节各该条的规定处罚。

(二) 假冒注册商标罪的概念

假冒注册商标罪，是指违反商标管理法规，未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。

(三) 假冒注册商标案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

(1) 证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：
①法人工商注册登记证明；
②法人设立注册登记证明；
③法人代表身份证明：
a. 户口簿；
b. 微机户口底卡；
c. 居民身份证；
d. 工作证；
e. 护照；
f. 企业法人证明书；
g. 其他。
④营业执照；
⑤住所地证明。
2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①假冒的他人注册的商标原物；
②制造他人注册商标的工具；
③印制他人注册商标的设备；
④其他。

6. 书证：
(1) 注册商标；
(2) 商标注册登记表；
(3) 注册商标申请书；
(4) 商标专用权证书；
(5) 假冒的假商标；
(6) 假冒他人注册商标产品的标识；
(7) 假冒他人注册商标的广告；
(8) 刊载假冒他人注册商标的报刊；
(9) 假冒他人注册商标的产品说明书；
(10) 会议记录；
(11) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 工商管理人员证言；
(5) 生产工人证言；
(6) 营业员证言；
(7) 知情人证言；
(8) 发现者证言；
(9) 同谋者证言；
(10) 推销人员证言；
(11) 商店营业员证言；
(12) 主管部门证言；
(13) 单位或行业领导证言；
(14) 注册商标所有权单位职工证言；
(15) 消费者证言；
(16) 老顾客、用户证言；
(17) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：

(1) 文检鉴定；
(2) 商标标识鉴定；
(3) 工商鉴定；
(4) 审计鉴定；
(5) 会计鉴定；
(6) 其他。
11. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 制造、伪造、仿造他人注册商标现场；
b. 销售他人注册商标标识现场；
c. 藏匿假冒他人注册商标标识、使用该标识产品的现场；
d. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
12. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
③微机数据库；
(4) 照片；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①印制设备；
②仿制工具；
(3) 其他。

14. 商标注册证明。

15. 非法所得数额。

16. 起赃笔录。

17. 收缴笔录。

18. 销毁证明。

19. 获利数额。

20. 证明行为人假冒注册商标犯罪行为的证据；

(1) 证明行为人使用未经注册人许可的与其相同的商标行为的证据；

(2) 证明行为人擅自制造、伪造他人注册商标标识和销售擅自制造、伪造的他人注册商标标识的行为的证据：

①违反国家商标管理法规；

②假冒他人注册商标：

a. 生产、经营假冒他人注册商标的商品；

b. 制造他人注册商标；

c. 伪造、仿造他人注册商标；

d. 销售他人注册商标；

e. 其他。

(3) 证明行为人情节严重行为的证据；

(4) 证明行为人情节特别严重行为的证据。

21. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 获取非法利润；

b. 破坏他人商标信誉；

c. 侵害他人商标专用权益；

d. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 情节严重；

b. 情节特别严重。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①以假乱真；

②冒充出售；

③非法自制标识；

④非法伪造标识；

⑤非法销售标识；

⑥其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）假冒注册商标罪诉讼证据专业用语简释

1. 商标：是指商品生产者或者经营者为了把自己销售的商品在市场上同其他商品生产者或者经营者的商品区别开来而使用的专用标志。

2. 注册商标所有人：是指向商标局申请商标注册并依法取得商标专用权的，包括外国企业和外国人在内的企业、事业单位和个体工商业者。

3. 同一种商品：是指同一品种的商品或者是完全相同的商品。我国颁布的《商品分类（组别）表》中，对所有商品按照类、组、种三个级别等次进行

了详细分类，同种商品就是指同一种目下所列举的商品。

4. 注册商标：制造商或商人为了使人认明自己的商品和劳务，从而使它们与其他竞争的产品区别开来而使用的文字、名称、符号或图案。将这些文字、名称、符号或图案向国家商标管理机关注册或登记，取得专用权的，是注册商标。

商标可按照不同标准划分。根据商标结构分为文字商标、图形商标和组合商标。根据商标用途可分为营业商标、商品商标、等级商标、保证商标和服务商标等。根据商标使用者不同，可分为制造商标、销售商标和集体商标。

我国商标法规定了商标申请、审查、注册的程序，强调了通过商标管理监督商品的质量，最主要的是突出了保护商标专用权。对商标侵权行为，我国商标法及其细则做了明确规定，具体有下列几种：(1) 未经注册商标所有人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；(2) 伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造他人注册商标标识的；(3) 经销明知侵犯他人注册商标专用权的商品的；(4) 在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的文字、图形作为商品名称或者商品装璜使用，并足以造成误认的；(5) 故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的；(6) 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

5. 情节严重：法律对"情节严重"没有具体规定，有待于司法解释。一般说，"情节严重"包括"数额"和"其他情节"。从司法实践看，假冒他人注册商标非法经营额在10万元以上的，或者虽未达到这个数额标准，但因假冒他人注册商标，受过两次行政处罚又假冒他人注册商标的，或者假冒商标造成恶劣社会影响或者国际影响的……等等，也可以视为"情节严重"。

十一、合同诈骗案件的举证范围

（一）合同诈骗罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》的规定：

……

第二百二十四条 有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：

（一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；

（二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；

（三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；

（四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；

（五）以其他方法骗取对方当事人财物的。

……

第二百三十一条　单位犯本节第二百二十一条至第二百三十条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本节各该条的规定处罚。

（二）合同诈骗罪的概念

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实和隐瞒真相的方法，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。

（三）合同诈骗案件举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

(1) 证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

①户口簿；

②微机户口底卡；

③居民身份证；

④工作证；

⑤专业或技术等级证；

⑥职工登记表；

⑦出生证；

⑧护照；

⑨其他。

2. 证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：

①法人工商注册登记证明；

②法人设立注册登记证明；

③法人代表身份证明：

a. 户口簿；

b. 微机户口底卡；

c. 居民身份证；

d. 工作证；
e. 护照；
f. 企业法人证明书；
g. 其他。
④营业执照；
⑤住所地证明。
2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①人民币；
②外币；
③股票；
④债券；
⑤工业用品；
⑥建筑材料；
⑦家用电器；
⑧其他。
6. 书证：
(1) 合同书；
(2) “诱饵”合同；

(3) 履行协议；
(4) 会议纪要；
(5) 假冒他人名义或字号、证明；
(6) 虚构的付款、发货电报、小额汇票；
(7) 虚假内容的电传；
(8) 贷款、付款票据及存根；
(9) 票据：
①伪造；
②变造；
③作废；
④其他。
(10) 虚假产权证明书；
(11) 账簿；
(12) 记账凭证；
(13) 现金支票；
(14) 转账支票；
(15) 银行账；
(16) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 同谋人证言；
(6) 关系人证言；
(7) 发现人证言；
(8) 合同签订人证言；
(9) 合同双方单位负责人证言；
(10) 房地产产权主管机关证言；
(11) 工业产权主管机关证言；
(12) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论：

(1) 文检鉴定；

(2) 技术鉴定；

(3) 合同鉴定；

(4) 票据鉴定；

(5) 产权证鉴定；

(6) 价格鉴定；

(7) 审计鉴定；

(8) 会计鉴定；

(9) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 被害人（或单位）损失现场；

b. 骗取的财物藏匿现场；

c. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 微机数据库；

(4) 照片。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物。

14. 非法所得数额。

15. 起赃笔录。

16. 返赃笔录。

17. 收缴笔录。

18. 证明行为人利用合同诈骗犯罪行为的证据:

(1) 证明行为人以虚构的单位签订合同行为的证据;

(2) 证明行为人冒用他人名义签订合同行为的证据;

(3) 证明行为人以伪造、变造、作废的票据作担保行为的证据;

(4) 证明行为人以其他虚假的产权证明作担保行为的证据;

(5) 证明行为人没有实际履行能力，以先履行小额合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同行为的证据;

(6) 证明行为人没有实际履行能力，以先履行部分合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同行为的证据;

(7) 证明行为人收受对方当事人给付的货物、贷款、预付款后逃匿行为的证据;

(8) 证明行为人收受对方当事人给付的担保财产后逃匿行为的证据;

(9) 证明行为人以其他方法骗取对方当事人财物行为的证据;

(10) 证明行为人骗取对方当事人财物数额较大行为的证据;

(11) 证明行为人骗取对方当事人财物数额巨大或者有其他严重情节行为的证据;

(12) 证明行为人骗取对方当事人财物数额特别巨大或者有其他特别严重情节行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据:

(1) 故意:

①动机;

②目的:

a. 获取非法利润;

b. 牟利;

c. 营利;

d. 其他。

(2) 情节:

①事实情节;

②法定从重处罚情节;

③法定加重处罚情节;

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①虚构事实；

②隐瞒真相；

③其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

(四) 合同诈骗罪诉讼证据专业用语简释

1. 合同：指当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。

2. 产权证：指财产所有权的证明。

3. 合同诈骗“数额”、“情节”：法律对合同诈骗罪构成的“数额”、“情节”没有明确规定，有待于司法解释。但在实践中，可以参见最高人民法院1996年2月发布的《关于审理诈骗案件适用法律若干问题的解释》的有关规定来确认“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”、“其他严重情节”、“其他特别严重情节”。

第四节　侵犯公民人身权利、民主权利案件的举证范围

一、故意杀人案件的举证范围

（一）故意杀人罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百三十二条　故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。

（二）故意杀人罪的概念

故意杀人罪，是指故意非法剥夺他人生命的行为。

（三）故意杀人罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

（1）证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）.其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

（3）不起诉决定书；

（4）劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①手套；

②鞋、帽；

③衣物：

a. 上衣；

b. 衬衣；

c. 背心；

d. 裤子；

e. 衬裤；

f. 内裤；

g. 袜子；

h. 其他。

④纽扣；

⑤遗留物；

⑥弹簧刀；

⑦菜刀；

⑧匕首；

⑨尖刀；

⑩猎枪；

⑪线膛枪；

⑫火药枪；

⑬手枪；

⑭步枪；

⑮棍；

⑯棒；

⑰砖；

⑱石；

⑲绳索；

⑳其他。

6. 书证：

(1) 书信；

(2) 字条；

(3) 购买作案工具的发票；

(4) 日记；

(5) 考勤表；

(6) 病历；

(7) X 光片；

(8) CT 片；

(9) 医疗诊断结论；

(10) 死亡证明；

(11) 收据；

(12) 借条；

(13) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 目睹人证言；

(6) 围观人证言；

(7) 扭送人证言；

(8) 邻居证言；

(9) 被害人亲属证言；

(10) 发现人证言；

(11) 亲友证言；

(12) 同学证言；

(13) 单位证言;

(14) 基层组织证言;

(15) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。

10. 鉴定结论:

(1) 法医鉴定:

①死亡;

②伤害鉴定;

③活(尸)体创口;

④血型鉴定:

a. 血衣;

b. 血迹。

⑤其他。

(2) 精神病鉴定;

(3) 毒物分析鉴定;

(4) 痕迹鉴定:

①指纹;

②足纹;

③压痕;

④蹭痕;

⑤弹痕;

⑥齿痕;

⑦其他。

(5) 文检鉴定;

(6) 物品鉴定:

①毛发;

②遗留物;

③胃存物;

④排泄物;

⑤附着物;

⑥唾液;

⑦呕吐物;

⑧其他。
(7) 技术鉴定;
(8) 其他。
11. 勘验、检查笔录:
(1) 现场:
①现场勘查图;
②现场照片;
③现场勘验、检查笔录;
④勘查现场范围:
a. 杀人现场;
b. 尸体藏匿现场;
c. 其他。
(2) 物证:
①物证勘查图;
②物证照片;
③物证勘验、检查笔录;
④其他。
(3) 人身:
①人身照片;
②检查笔录;
③其他。
(4) 尸体:
①现场勘查图;
②现场尸体照片;
③勘查笔录;
④检查笔录;
⑤其他。
12. 视听资料:
(1) 录音带;
(2) 录像带;
(3) 照片;
(4) 微机数据库;
(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物：

①枪支：

a. 手枪；

b. 冲锋枪；

c. 步枪；

d. 口径枪；

e. 钢珠枪；

f. 其他。

②爆炸物：

a. 手榴弹；

b. 炸药包；

c. 地雷；

d. 其他。

③刺、割、切、砍等锐器；

④棍、棒、石、砖、板等打击钝器；

⑤毒物；

⑥阻塞呼吸物；

⑦高、低温；

⑧电流；

⑨运输工具；

⑩其他。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人故意杀人犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人故意杀人动机的证据：

①证明行为人仇杀行为的证据；

②证明行为人情杀行为的证据；

③证明行为人奸杀行为的证据；

④证明行为人斗杀行为的证据；

⑤证明行为人财杀行为的证据；

⑥证明行为人愤杀行为的证据；

⑦其他。

(2) 证明行为人故意杀人手段行为的证据：

①证明行为人行凶杀人行为的证据；

②证明行为人将他人溺水致死行为的证据；

③证明行为人将他人电击致死行为的证据；

④证明行为人将他人活埋行为的证据；

⑤证明行为人将他人闷死（伤）行为的证据；

⑥证明行为人将他人捂死（伤）行为的证据；

⑦证明行为人将他人掐死（伤）行为的证据；

⑧证明行为人将他人勒死（伤）行为的证据；

⑨证明行为人将他人冻死（伤）行为的证据；

⑩证明行为人将他人高温致死（伤）行为的证据；

⑪证明行为人将他人撞死（伤）行为的证据；

⑫证明行为人毒杀他人行为的证据；

⑬证明行为人注射药物将他人致死行为的证据；

⑭其他。

(3) 证明行为人故意杀人犯罪情节较轻行为的证据：

①义愤杀人；

②激情杀人；

③家庭内部被迫杀人；

④其他。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的；

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 情节较轻；

b. 其他。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚；

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节：

a. 被害人有过错；

b. 其他。

(3) 手段；

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）故意杀人罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 故意：是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的一种心理状态。故意有直接故意、间接故意。直接故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并希望这种结果发生的心理状态；间接故意是指行为人明知自己的行为可能发生危害社会的后果，并且放任这种结果发生的心理状态。

2. 杀人：是指剥夺他人生命权的行为。

3. 刑事责任年龄：又称责任年龄，是指法律规定行为人对自己的犯罪行为负刑事责任必须达到的年龄。如刑法规定："已满16周岁的人犯罪，应当负刑事责任"、"已满14周岁不满16周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤

或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任”、“已满14周岁不满18周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚”、“因不满16周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养”。

二、故意伤害案件的举证范围

（一）故意伤害罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百三十四条　故意伤害他人身体的，处三年以下期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪，致人重伤的，处三处以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。

（二）故意伤害罪的概念

故意伤害罪，是指故意非法损害他人身体健康的行为。

（三）故意伤害罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①手套；

②鞋、帽；

③衣物：

a. 上衣；

b. 衬衣；

c. 背心；

d. 裤子；

e. 衬裤；

f. 内裤；

g. 袜子；

h. 其他。

④纽扣；

⑤遗留物；

⑥砖；

⑦石；

⑧棍；

⑨棒；

⑩火药枪；

⑪匕首；

⑫尖刀；

⑬绳索；
⑭猎枪；
⑮线膛枪；
⑯其他。
6. 书证：
(1) 书信；
(2) 字条；
(3) 日记；
(4) 考勤表；
(5) 病历；
(6) X 光片；
(7) CT 片；
(8) 医疗诊断结论；
(9) 死亡证明；
(10) 发票；
(11) 收据；
(12) 借条；
(13) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 围观人证言；
(7) 扭送人证言；
(8) 邻居证言；
(9) 被害人家属证言；
(10) 单位证言；
(11) 发现人证言；
(12) 亲友证言；
(13) 同学证言；
(14) 基层组织证言；

(15) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论：

(1) 法医鉴定：

①死亡；

②伤害：

a. 重伤；

b. 轻伤。

③活（尸）体创口；

④血型：

a. 血衣；

b. 血迹。

⑤其他。

(2) 精神病鉴定；

(3) 痕迹鉴定：

指纹；

足迹；

压痕；

蹭痕；

弹痕；

齿痕；

其他。

(4) 文检鉴定；

(5) 物品鉴定：

①毛发；

②附着物；

③作案工具；

④遗留物；

⑤其他。

(6) 技术鉴定；

(7) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 致人死亡现场；

b. 致人重伤现场；

c. 致人轻伤现场；

d. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

(5) 其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物：
①发火器：
a. 手枪；
b. 步枪；
c. 口径枪；
d. 猎枪；
e. 钢珠枪；
f. 其他。
②爆炸物：
a. 手榴弹；
b. 炸药包；
c. 雷管；
d. 其他。
③锐器：
a. 尖刀；
b. 弹簧刀；
c. 三角刮刀；
d. 砍刀；
e. 其他。
④钝器：
a. 棍子；
b. 铁棒；
c. 石块；
d. 砖头；
e. 木板；
f. 其他。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人故意伤害犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人互相斗殴致伤、致死他人行为的证据；

(2) 证明行为人刑讯逼供致伤、致死他人行为的证据；

(3) 证明行为人非法拘禁致伤、致死他人行为的证据；
(4) 证明行为人虐待被监管人出现致伤、致死后果行为的证据；
(5) 证明行为人刺伤他人行为的证据；
(6) 证明行为人砍伤他人行为的证据；
(7) 证明行为人打伤他人行为的证据；
(8) 证明行为人毁损他人面容行为的证据；
(9) 证明行为人切割他人器官行为的证据；
(10) 证明行为人咬伤他人行为的证据；
(11) 证明行为人造成他人耳聋行为的证据；
(12) 证明行为人造成他人眼睛失明行为的证据；
(13) 证明行为人造成他人眼睛视力下降行为的证据；
(14) 证明行为人烧伤他人行为的证据；
(15) 证明行为人烫伤他人行为的证据；
(16) 证明行为人以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾行为的证据；
(17) 证明行为人伤害他人身体致人死亡行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：
(1) 故意：
①动机；
②目的；
③其他。
(2) 情节：
①事实情节：
a. 特别残忍手段；
b. 造成严重残疾。
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚；
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节：

a. 被害人有过错；

b. 被害人挑起事端；

c. 其他。

(3) 手段；

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）故意伤害罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 特别残忍的手段：通常指故意用锐器、腐蚀物等毁人容貌的，挖人眼睛致人失明的，割去他人耳、鼻的，砍去他人手足等残损他人身体的恶劣犯罪行为。

2. 致人伤残：是指因对他人实施伤害，造成受害人失明、失聪、瘫痪、呼吸或饮食困难等严重伤残的情形。

三、强奸案件的举证范围

（一）强奸罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百三十六条 以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。

奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。

强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：

（一）强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；

（二）强奸妇女、奸淫幼女多人的；

（三）在公共场所当众强奸妇女的；

（四）二人以上轮奸的；

（五）致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。

（二）强奸罪的概念

强奸罪，是指违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女性交的行为。

（三）强奸罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证:

(1) 照片;

(2) 实物:

①犯罪分子丢弃物:

a. 裤带;

b. 上衣;

c. 衬衣;

d. 背心;

e. 裤子;

f. 衬裤;

g. 内裤;

h. 袜子;

i. 鞋帽;

j. 手表;

k. 其他。

②被害人被撕坏的物品:

a. 上衣;

b. 衬衣;

c. 背心;

d. 胸罩;

e. 裤子;

f. 衬裤;

g. 裙子;

h. 内裤;

i. 袜子;

j. 鞋;

k. 纽扣;

l. 其他。

③暴力“物”:

a. 刀;

b. 枪;

c. 棍;

d. 棒;

e. 石;

f. 砖;

g. 其他

④被告人身体上的伤痕:

a. 被咬伤;

b. 被抓伤;

c. 被划伤;

d. 其他。

6. 书证:

(1) 被害人遗书;

(2) 被害人的书信;

(3) 被害人的日记;

(4) 被害人的控告信;

(5) 医疗手册;

(6) 病历;

(7) 医疗诊断证明;

(8) 医疗费收据;

(9) 考勤表;

(10) 其他。

7. 证人证言:

(1) 侦查员(或探长)证言;

(2) 侦查活动的见证人证言;

(3) 鉴定人证言;

(4) 知情人证言;

(5) 目睹人证言;

(6) 围观人证言;

(7) 扭送人证言;

(8) 发现人证言;

(9) 被害人亲属证言;

(10) 被害人单位证言;

(11) 同事证言;

(12) 被告人单位证言;

(13) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 法医鉴定：
①死亡；
②伤害；
③活（尸）体创口：
a. 阴道壁撕裂；
b. 腿内侧伤；
c. 臂、胸、背部皮损伤；
d. 性病感染；
e. 妊娠；
f. 亲子鉴定；
g. 其他。
④血型：
a. 血衣；
b. 血迹。
⑤其他。
(2) 精神病鉴定；
(3) 药物分析鉴定；
(4) 痕迹鉴定：
①指纹；
②足纹；
③压痕；
④蹭痕；
⑤弹痕；
⑥齿痕；
⑦抓痕；
⑧其他。
(5) 文检鉴定；
(6) 物品鉴定：
①衣物鉴定；

②作案工具鉴定；
③现场遗留物鉴定；
④毛发鉴定；
⑤搏斗撕破的衣裤鉴定；
⑥搏斗扯落的衣扣鉴定；
⑦现场遗留烟头鉴定；
⑧其他。
(7) 技术鉴定：
①精斑；
②阴道分泌物；
③唾液；
④内裤；
⑤铺垫物；
⑥擦拭物；
⑦其他。
(8) 其他。
11. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 作案现场；
b. 搏斗现场；
c. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 人身：
①人身照片；
②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

(5) 其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物：

①枪支；

②匕首；

③绳子；

④麻醉药物；

⑤其他。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人强奸犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人使用暴力手段强奸妇女行为的证据：

①使用捆绑手段；

②使用堵嘴手段；

③使用蒙头手段；

④使用卡脖子手段；

⑤使用按倒手段；

⑥使用其他暴力手段。

(2) 证明行为人使用胁迫手段强奸妇女行为的证据：

①使用凶器威吓手段；

②扬言行凶报复手段；

③揭发其隐私手段；

④毁坏名誉手段；

⑤以加害亲属相威胁手段；

⑥利用封建迷信进行恐吓、欺骗手段；

⑦利用教养关系、从属关系、职务权力等进行要挟、迫害等手段；

⑧利用其他胁迫手段。

(3) 证明行为人使用其他手段强奸妇女行为的证据：

①利用妇女患重病或者熟睡之机，乘人之危手段；

②利用醉酒手段；

③利用药物麻醉手段；

④利用药物刺激手段；

⑤利用其他手段。

(4) 证明行为人强奸妇女情节恶劣行为的证据；

(5) 证明行为人强奸妇女多人行为的证据；

(6) 证明行为人在公共场所当众强奸妇女行为的证据；

(7) 证明行为人二人以上轮奸妇女行为的证据；

(8) 证明致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的；

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 情节恶劣；

b. 严重后果。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①暴力；

②胁迫；

③其他手段。

(4) 后果：

①一般；

②严重。

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）强奸罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 违背妇女意志：是指妇女合法配偶以外的男性，在妇女没有性交的要求，并且不愿意与其性交的情况下，强行与之性交，即违背妇女意愿与其性交的意志。

2. 暴力：是指对妇女实施危及健康、生命的殴打、伤害和非法侵犯其人身自由的捆绑、堵嘴、蒙头、卡脖子等行为，使妇女处于不能抗拒的境地，强行与其性交。

3. 胁迫：是指对被害妇女进行恐吓，实施精神上的强制，以摧毁其反抗意志，使其不敢反抗，从而与其性交。

4. 其他手段：是指暴力、胁迫以外的足以使妇女不能反抗、不敢反抗或者不知反抗的各种手段，如利用妇女熟睡、患重病、醉酒、药物麻醉等。

四、非法拘禁案件的举证范围

（一）非法拘禁罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百三十八条 非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。

犯前款罪，致人重伤的，处三年以下十年以下有期徒刑；致人死亡的，处十年以上有期徒刑。使用暴力致力伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。

为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款的规定处罚。

国家机关工作人员利用职权犯前三款罪的，依照前三款的规定从重处罚。

（二）非法拘禁罪的概念

非法拘禁罪，是指是非法拘留、禁闭或者使用其他方法，非法剥夺他人人身自由权利的行为。

（三）非法拘禁罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书;
(2) 释放证明书;
(3) 不起诉决定书;
(4) 劳动教养决定书;
(5) 解除劳动教养决定书;
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①非法拘禁或者剥夺他人人身自由权利的囚室;
②被撕破(坏)的衣物;
③血衣;
④血迹;
⑤鞋印;
⑥被害人遗留物品:
a. 上衣;
b. 裤子;
c. 鞋;
d. 帽子;
e. 手表;
f. 钢笔;
g. 传呼机;
h. 其他。
⑦暴力"物":
a. 刀;
b. 枪;
c. 棍;

d. 棒；
e. 石；
f. 绳索；
g. 其他。
6. 书证：
(1) 伪造的传唤证；
(2) 伪造的拘留证；
(3) 伪造的逮捕证；
(4) 欠条；
(5) 账单；
(6) 收据；
(7) 书信；
(8) 电报；
(9) 遗书；
(10) 病历；
(11) X 光片；
(12) CT 片；
(13) 医疗诊断证明；
(14) 医疗费收据；
(15) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 围观人证言；
(7) 扭送人证言；
(8) 看守人员证言；
(9) 同谋者证言；
(10) 同事证言；
(11) 发现人证言；
(12) 基层单位证言；

(13) 共犯供述；

(14) 被害人家属证言；

(15) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论：

(1) 法医鉴定：

①死亡；

②伤害；

③活（尸）体创口；

④血型：

a. 血迹；

b. 血衣。

⑤其他。

(2) 痕迹鉴定：

①指纹；

②足迹；

③压痕；

④蹭痕；

⑤弹痕；

⑥齿痕；

⑦其他。

(3) 文检鉴定；

(4) 物品鉴定：

①遗留物鉴定；

②其他。

(5) 技术鉴定；

(6) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：
a. 拘禁他人现场；
b. 剥夺人身自由现场；
c. 殴打他人现场；
d. 侮辱他人现场；
e. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 人身：
①人身照片；
②检查笔录；
③其他。
(4) 尸体：
①现场勘查图；
②现场尸体照片；
③勘查笔录；
④检查笔录；
⑤其他。
(5) 其他。
12. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①木棍；
②铁棒；

③绳索；

④电警棍；

⑤手枪；

⑥戒具；

⑦其他。

14. 限制人身自由的时间、范围的证明。

15. 起赃笔录。

16. 收缴笔录。

17. 指认笔录。

18. 辨认笔录。

19. 证明行为人非法拘禁犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人非法关押他人行为的证据；

(2) 证明行为人非法监禁他人行为的证据；

(3) 证明行为人禁闭他人行为的证据；

(4) 证明行为人软禁他人行为的证据；

(5) 证明行为人捆绑他人行为的证据；

(6) 证明行为人隔离审查他人行为的证据；

(7) 证明行为人给他人带戒具行为的证据；

(8) 证明行为人采用其他方法剥夺他人人身自由行为的证据；

(9) 证明行为人殴打被剥夺人身自由人员行为的证据；

(10) 证明行为人侮辱被剥夺人身自由人员行为的证据；

(11) 证明行为人致人重伤行为的证据；

(12) 证明行为人致人死亡行为的证据；

(13) 证明行为人索取债务非法扣押他人行为的证据；

(14) 证明行为人索取债务非法拘禁他人行为的证据；

(15) 证明国家机关工作人员利用职权非法拘禁他人行为的证据；

(16) 证明国家机关工作人员利用职权非法剥夺他人人身自由行为的证据；

(17) 证明国家机关工作人员非法拘禁他人造成重伤、死亡行为的证据；

(18) 证明国家机关工作人员为索取债务而非法扣押、拘禁他人行为的证据。

20. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的；

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 殴打、侮辱情节；

b. 其他。

处罚②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚。

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚；

⑥法定减轻、免除处罚情节；

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节：

a. 被害人有过错；

b. 其他。

(3) 手段：

①殴打；

②捆绑；

③电击；

④带戒具。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

(四) 非法拘禁罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 他人：是指行为人以外的一切有人身自由的人。

2. 非法剥夺人身自由：是指非法关押、监禁、禁闭、软禁等使他人丧失人身自由的行为。

3. 其他方法：是指非法剥夺人身自由以外的，使他人失去人身自由的一切方法，如捆绑、隔离审查等。

五、绑架案件的举证范围

(一) 绑架罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百三十九条 以勒索财物为目的绑架他人，或者绑架他人作为人质的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。

以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的，依照前款的规定处罚。

(二) 绑架罪的概念

绑架罪，是指以勒索财物为目的，或者绑架他人作为人质，使用暴力、胁迫、麻醉或者其他方法，绑架他人的行为。

(三) 绑架罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①棍；

②棒；

③麻袋；

④药物；

⑤酒；

⑥汽车；

⑦船只；

⑧衣服；

⑨鞋；

⑩帽；

⑪纪念物；

⑫饰物；

⑬勒索所得赃款赃物实物：

a. 货币：

人民币；

外币。

b. 物品：

首饰；

摩托车；

汽车；

家电；

其他。

6. 书证：

(1) 书信；

(2) 电报；

(3) 遗书；

(4) 字条；

(5) 工作证；

(6) 学生证；

(7) 儿童读物；

(8) 欠据；

(9) 收据；

(10) 保证书；

(11) 协议；

(12) 合同；

(13) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 同谋人证言；

(6) 胁从者证言；

(7) 乡里证言；

(8) 邻里证言；

(9) 家属证言；

(10) 亲友证言；

(11) 列车服务员证言；

(12) 汽车司机证言；

(13) 发现者证言；

(14) 被绑架的妇女亲人证言;

(15) 被绑架的儿童监护人证言;

(16) 被绑架的人质单位证言;

(17) 被盗婴儿家长证言;

(18) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论:

(1) 文检鉴定;

(2) 毛发鉴定;

(3) 其他。

11. 活（尸）体鉴定:

(1) 死亡;

(2) 重伤;

(3) 轻伤;

(4) 医疗诊断:

a. 伤情;

b. 精神;

c. 其他。

12. 勘验、检查笔录:

(1) 现场:

①现场勘查图;

②现场照片;

③现场勘验、检查笔录;

④勘查现场范围:

a. 绑架现场;

b. 藏匿现场;

c. 发现现场;

d. 截获现场。

(2) 物证:

①物证勘查图;

②物证照片;

③物证勘验、检查笔录;

④其他。
(3) 人身：
①人身照片；
②检查笔录；
③其他。
(4) 尸体：
①现场勘查图；
②现场尸体照片；
③勘查笔录；
④检查笔录；
⑤其他。
13. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 微机数据库；
(4) 照片；
(5) 其他。
14. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①禁闭的房间；
②绳索；
③麻袋；
④针管；
⑤运输工具：
a. 汽车；
b. 船只；
c. 摩托车；
d. 马车；
e. 其他。
⑥药物；
⑦麻醉物；
⑧其他。

15. 绑架勒索人数、数额：
(1) 妇女；
(2) 儿童；
(3) 人质；
(4) 勒索财物数额。
16. 偷盗婴儿人数、数额：
(1) 男婴；
(2) 女婴；
(3) 勒索财物数额。
17. 退赃笔录。
18. 非法所得数额。
19. 起赃笔录。
20. 收缴笔录。
21. 获利数额。
22. 证明行为人绑架犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人绑架妇女行为的证据；
(2) 证明行为人绑架儿童行为的证据；
(3) 证明行为人绑架人质行为的证据；
(4) 证明行为人致被绑架人死亡行为的证据；
(5) 证明行为人杀害被绑架人行为的证据；
(6) 证明行为人绑架勒索他人其他行为的证据；
(7) 证明行为人偷盗婴幼儿行为的证据。
23. 证明下列各点的其他证据：
(1) 故意：
①动机；
②目的：
①获取非法利润；
②牟利；
③营利；
④其他。
(2) 情节：
①事实情节；
②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚；

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节；

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节；

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①暴力；

②胁迫；

③其他方法。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）绑架罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 暴力手段：是指行为人对被害人直接实施人身暴力行为，违背被害人意志，非法劫持。

2. 胁迫手段：是指行为人对被害人实行精神强制，使之恐惧而不敢反抗，违背被害人意志，非法劫持。

3. 麻醉手段：指行为人用打麻醉针或骗服麻醉药的方法，使被害人丧失反抗的能力，违背被害人的意志，非法劫持。

4. 偷盗婴幼儿：是指用秘密窃取的方法，将婴幼儿盗走出卖。偷盗行为对象是特定的，即婴幼儿。

5. 婴幼儿：指不满6岁的男、女小孩。

六、拐卖妇女、儿童案件的举证范围

（一）拐卖妇女、儿童罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百四十条　拐卖妇女、儿童的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产：

（一）拐卖妇女、儿童集团的首要分子；

（二）拐卖妇女、儿童三人以上的；

（三）奸淫被拐卖的妇女的；

（四）诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的；

（五）以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的；

（六）以出卖为目的，偷盗婴幼儿的；

（七）造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的；

（八）将妇女、儿童卖往境外的。

拐卖妇女、儿童是指以出卖为目的，有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一的。

（二）拐卖妇女、儿童罪的概念

拐卖妇女、儿童罪，是指以出卖为目的，拐骗、收买、贩卖、接送或者中转妇女、儿童的行为。

（三）拐卖妇女、儿童罪诉讼证据规格的证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①拐卖所获赃款实物：

a. 货币：

b. 人民币；

c. 港币；

d. 美元；

e. 英镑；

f. 马克；

g. 法郎；

h. 日元；

i. 其他。

②所获赃物：

a. 首饰；

b. 摩托车；

c. 服装；

d. 家电；

e. 电脑；

f. 其他。

③拐卖妇女、儿童使用的工具实物：

a. 汽车；

b. 船；

c. 摩托车；

d. 马车；

e. 其他。

④被拐卖妇女、儿童的物品实物：

a. 自制布鞋；

b. 小孩饰品；

c. 纪念物；

d. 自带鞋、帽；

e. 儿童玩具；

f. 儿童用品；

g. 其他。

6. 书证：

(1) 书信；

(2) 电报；

(3) 遗书；

(4) 字条；

(5) 儿童读物；

(6) 学生证；

(7) 工作证；

(8) 欠据；

(9) 收据；

(10) 车票；

(11) 船票；

(12) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 同谋人证言；
(6) 妇女亲友证言；
(7) 儿童家属、监护人证言；
(8) 乡里证言；
(9) 邻里证言；
(10) 列车员证言；
(11) 旅店服务员证言；
(12) 被拐卖妇女买主证言；
(13) 被拐卖儿童买主证言；
(14) 当地政府证言；
(15) 司机证言；
(16) 船主证言；
(17) 发现者证言；
(18) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 文检鉴定；
(2) 指纹鉴定；
(3) 痕迹鉴定；
(4) 遗留物鉴定；
(5) 其他。
11. 活（尸）体鉴定：
(1) 死亡；
(2) 重伤；
(3) 轻伤；
(4) 被拐卖妇女；
(5) 被拐卖儿童；
(6) 医疗诊断：

a. 病情;
b. 精神。
12. 勘验、检查笔录:
(1) 现场:
①现场勘查图;
②现场照片;
③现场勘验、检查笔录;
④勘查现场范围:
a. 死亡现场;
b. 禁闭现场;
c. 使役现场;
d. 其他。
(2) 物证:
①物证勘查图;
②物证照片;
③物证勘验、检查笔录;
④其他。
(3) 人身:
①人身照片;
②检查笔录;
③其他。
(4) 尸体:
①现场勘查图;
②现场尸体照片;
③勘查笔录;
④检查笔录;
⑤其他。
13. 视听资料:
(1) 录音带;
(2) 录像带;
(3) 微机数据库;
(4) 照片;
(5) 其他。

14. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物：

①运输工具：

a. 车；

b. 船；

c. 马车；

d. 其他。

②凶器：

a. 棍；

b. 棒；

c. 绳索；

d. 皮鞭；

e. 砖；

f. 石；

g. 刀；

h. 匕首；

i. 药物；

j. 麻醉药；

k. 针管；

l. 其他。

15. 拐卖人数：

(1) 妇女；

(2) 儿童。

16. 拐卖次数。

17. 拐卖获赃款数额：

(1) 妇女；

(2 儿童。

18. 以出卖为目的，绑架妇女、儿童人数：

(1) 妇女；

(2) 儿童。

19. 出卖绑架妇女、儿童获赃款数额：

(1) 妇女；

(2) 儿童。

20. 退赃笔录。

18. 非法所得数额。

19. 起赃笔录。

20. 收缴笔录。

21. 获利数额。

22. 证明行为人拐卖妇女、儿童犯罪行为的证据。

(1) 证明行为人拐卖妇女、儿童行为的证据:

①拐骗;

②收买;

③贩卖;

④接送;

⑤中转。

(2) 证明行为人下列情形的证据:

①拐卖妇女、儿童集团的首要分子;

②拐卖妇女、儿童3人以上的;

③奸淫被拐卖的妇女的;

④诱骗被拐卖的妇女卖淫的;

⑤强迫被拐卖妇女卖淫的;

⑥将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的;

⑦以出卖为目的,使用下列方法绑架妇女的:

a. 暴力;

b. 胁迫;

c. 麻醉。

⑧以出卖为目的,使用下列方法绑架儿童的:

a. 暴力;

b. 胁迫;

c. 麻醉。

(3) 证明行为人致人死亡行为的证据:

①被拐卖的妇女;

②被拐卖的儿童;

③被拐卖妇女、儿童的家属。

(4) 证明行为人致人重伤行为的证据:

①被拐卖的妇女；

②被拐卖的儿童；

③被拐卖的妇女、儿童的家属。

(5) 证明行为人致被拐卖的妇女、儿童其他严重后果行为的证据；

(6) 证明行为人将被拐卖的妇女卖往境外行为的证据；

(7) 证明行为人将被拐卖儿童卖往境外行为的证据；

(8) 证明行为人将被绑架妇女卖往境外行为的证据；

(9) 证明行为人将被绑架儿童卖往境外行为的证据。

26. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 获取非法利润；

b. 牟利；

c. 营利；

d. 其他。

(2) 情节：

①事实情节；

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①骗；

②暴力；

③胁迫；

④麻醉。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）拐卖妇女、儿童罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 拐骗：是指以出卖为目的，以欺骗、利诱等暴力手段使妇女、儿童脱离家庭或者监护人使其置于行为人控制之下的行为。

2. 收买：是指行为人为了出卖，将妇女、儿童低价买入的行为。

3. 贩卖：是指行为人将妇女、儿童作为商品出售给第三人。

4. 接送：是指为人贩子的贩运活动提供救助，也属拐卖妇女、儿童的行为之一。

5. 中转：是指将被拐卖的妇女、儿童由甲地转移到乙地的行为，为拐卖、绑架犯罪提供救助，也属拐卖妇女、儿童行为之一。

6. 暴力手段：见本章第十节“绑架罪诉讼证据规格专业用语简释”。

7. 胁迫手段：见本章第十节“绑架罪诉讼证据规格专业用语简释”。

8. 麻醉手段：见本章第十节“绑架罪诉讼证据规格专业用语简释”。

七、刑讯逼供案件的举证范围

（一）刑讯逼供罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百四十七条　司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。

（二）刑讯逼供罪的概念

刑讯逼供罪，是指司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或变相肉

刑逼取口供的行为。

（三）刑讯逼供罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

（3）不起诉决定书；

（4）劳动教养决定书；

（5）解除劳动教养决定书；

（6）其他劣迹。

3. 案发证明：

（1）投案记录；

（2）报案记录；

（3）举报、控告记录及信件；

（4）其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

（1）照片；

（2）实物：

①撕、打、造成损坏的衣物等“物”：

a. 上衣；

b. 衬衣；

c. 背心；
d. 裤子；
e. 衬裤；
f. 鞋；
g. 袜子；
h. 帽子；
i. 其他。
②损坏的物品等“物”：
a. 手表；
b. 传呼机；
c. 钢笔；
d. 香烟；
e. 打火机；
f. 其他。
③暴力“物”：
a. 绳索；
b. 皮鞭；
c. 皮带；
d. 其他。
6. 书证：
(1) 字条；
(2) 书信；
(3) 遗书；
(4) 血书；
(5) 医疗手册；
(6) X 光片；
(7) CT 片；
(8) 病历；
(9) 医疗诊断证明；
(10) 卷宗；
(11) 日记本；
(12) 电话记录；
(13) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 目睹人证言；

(6) 围观人证言；

(7) 在押人犯证言；

(8) 同事证言；

(9) 单位证言；

(10) 司法机关证言；

(11) 发现人证言；

(12) 管教人员证言；

(13) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论：

(1) 法医鉴定：

①死亡；

②伤害；

③活（尸）体创口；

④血型：

a. 血衣；

b. 血迹。

⑤其他。

(2) 精神病鉴定；

(3) 痕迹鉴定：

①指纹；

②足纹；

③压痕；

④蹭痕；

⑤弹痕；

⑥齿痕；

⑦其他。

(4) 文检鉴定；

(5) 物品鉴定；

(6) 技术鉴定；

(7) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 使用肉刑现场；

b. 使用变相肉刑现场；

c. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

(5) 其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片;

(4) 微机数据库;

(5) 其他。

13. 作案工具:

(1) 照片;

(2) 实物:

①木棒;

②绳索;

③刑具;

④电警棍;

⑤其他。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人刑讯逼供犯罪行为的证据:

(1) 证明行为人对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑逼取口供行为的证据:

①捆绑行为的证据;

②悬吊行为的证据;

③毒打行为的证据;

④利用刑具行为的证据。

(2) 证明行为人对犯罪嫌疑人、被告人使用变相肉刑逼取口供行为的证据:

①烟薰行为的证据;

②火烤行为的证据;

③日晒行为的证据;

④饥饿行为的证据;

⑤车轮战术行为的证据;

⑥不准睡眠行为的证据。

(3) 证明行为人为逼取口供造成犯罪嫌疑人、被告人伤残行为的证据;

(4) 证明行为人为逼取口供造成犯罪嫌疑人、被告人死亡行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据:

(1) 故意:

①动机；

②目的：

a. 为了立功；

b. 为了名利；

c. 为了报复；

d. 为了结案；

e. 其他。

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 肉刑；

b. 变相肉刑。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①捆绑；

②吊打；

③日晒；

④火烤；

⑤冻、饿；

⑥体罚；

⑦“车轮战”；

⑧使用刑具；

⑨其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

(11) 被刑讯逼供人（犯）的意见：

①经济状况；

②家属要求或本人意见。

（四）刑讯逼供罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 刑讯逼供：是指以肉刑或者变相肉刑逼取口供的讯问方法。

2. 肉刑：是指对他人的身体实施暴力，造成他人肉体痛苦的各种讯问方法，如殴打、吊打、捆绑或用各种刑具进行肉体摧残的刑讯手段。

3. 变相肉刑：是指虽未对他人身体直接使用暴力，但造成他人肉体痛苦的各种方法，如烟薰、火烤、日晒、饥饿、车轮战术、不准睡眠等。

4. 司法工作人员：是指负有侦查、检察、审判、监管人犯职责的工作人员。

八、破坏选举案件的举证范围

（一）破坏选举罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百五十六条 在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利。

（二）破坏选举罪的概念

破坏选举罪，是指在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，

以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为。

（三）破坏选举罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

（3）不起诉决定书；

（4）劳动教养决定书；

（5）解除劳动教养决定书；

（6）其他劣迹。

3. 案发证明：

（1）投案记录；

（2）报案记录；

（3）举报、控告记录及信件；

（4）其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

（1）照片；

（2）实物：

①实施暴力所用的凶器“物”：

a. 棍、棒；

b. 绳索；

c. 凶器；

d. 匕首；

e. 其他。

②贿赂选民或选举工作人员的金钱、财物“物”：

a. 人民币、港币；

b. 美元；

c. 日元；

d. 其他外币；

e. 衣物；

f. 食品；

g. 生活用品；

h. 其他。

③伪造的选举文件“物”：

a. 选票；

b. 代表证；

c. 代表登记表；

d. 其他。

④虚拟的选票数证明“物”；

⑤其他。

6. 书证：

(1) 伪造的选票；

(2) 伪造的选举文件；

(3) 故意选错的选票；

(4) 虚报选票数的材料；

(5) 联络信；

(6) 伪造的选举宣传单；

(7) 妨害选举的材料：

①选民；

②代表；

③选举权；

④被选举权；

⑤其他。

(8) 破坏选举的材料：
①选民；
②代表；
③选举权；
④被选举权；
⑤其他。
(9) 非法串联活动内容记录；
(10) 电话记录；
(11) 电报；
(12) 电传；
(13) 字条；
(14) 欺骗选民的材料；
(15) 贿买选民的许诺材料；
(16) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 围观人证言；
(7) 扭送人证言；
(8) 选举委员会证明；
(9) 权力机关证明；
(10) 选民证言；
(11) 代表证言；
(12) 被欺骗者证言；
(13) 被贿买者证言；
(14) 发现者证言；
(15) 发现人证言：
①暴力；
②威胁；
③贿赂；

④欺骗；
⑤伪造选举文件；
⑥虚报选票；
⑦破坏选举；
⑧妨害选举权行使；
⑨妨害被选举权行使；
⑩其他。
(16) 共犯供述；
(17) 胁从者证言；
(18) 共谋者证言；
(19) 执行人证言；
(20) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 法医鉴定：
①轻伤；
②重伤；
③血型：
a. 血衣；
b. 血迹。
④其他。
(2) 精神病鉴定；
(3) 痕迹鉴定：
①指纹；
②足迹；
③压痕；
④其他。
(4) 文检鉴定；
(5) 物品鉴定；
(6) 技术鉴定；
(7) 其他。
11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场:
①现场勘查图;
②现场照片;
③现场勘验、检查笔录;
④勘查现场范围:
a. 被破坏的选举现场;
b. 殴打、捆绑选举工作人员现场;
c. 其他。
(2) 物证:
①物证勘查图;
②物证照片;
③物证勘验、检查笔录;
④其他。
(3) 其他。
12. 视听资料:
(1) 录音带;
(2) 录像带;
(3) 照片;
(4) 微机数据库;
(5) 其他。
13. 作案工具:
(1) 照片;
(2) 实物:
①木棒;
②绳索;
③凶器;
④其他。
14. 起赃笔录。
15. 收缴笔录。
16. 指认笔录。
17. 辨认笔录。
18. 证明行为人破坏选举犯罪行为的证据:
(1) 证明行为人对选民或选举工作人员殴打行为的证据;

(2) 证明行为人对选民或选举工作人员进行捆绑行为的证据;

(3) 证明行为人对选民或选举工作人员实施精神上的胁迫行为的证据;

(4) 证明行为人以暴力、威胁手段在选举会场进行捣乱,阻碍选举工作正常进行行为的证据;

(5) 证明行为人虚假介绍候选人的情况行为的证据;

(6) 证明行为人虚报选票数行为的证据;

(7) 证明行为人故意算错选票数行为的证据;

(8) 证明行为人用金钱收买选民或选举工作人员行为的证据;

(9) 证明行为人用财物或其他非法利益收买选民或选举工作人员行为的证据;

(10) 证明行为人收买选民使他们选举某人或不选举某人行为的证据;

(11) 证明行为人破坏选举行为方式的证据:

①欺骗选民;

②伪造选举文件;

③伪造选票;

④伪造代表证;

⑤其他。

(12) 证明行为人妨害选民自由行使选举权或被选举权行为的证据;

(13) 证明行为人妨害人民代表自由行使选举权或被选举权行为的证据;

(14) 证明行为人破坏、妨害选举情节严重行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据:

(1) 故意:

①动机;

②目的;

③其他。

(2) 情节:

①事实情节:

a. 情节严重;

b. 其他。

②法定从重处罚情节;

③法定加重处罚情节;

④法定从轻、减轻处罚情节:

a. 可以从轻处罚;

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚；

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①暴力；

②威胁；

③欺骗；

④贿赂；

⑤其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）破坏选举罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 暴力：是指行为人对选民或选举工作人员进行殴打、捆绑或实施精神上的胁迫等，使选举工作不能正常进行。

2. 欺骗：是指虚假介绍候选人的情况、虚报选票、故意算错选票等行为。

3. 贿赂：是用金钱、财物或其他非法利益收买选民或选举工作人员。

4. 破坏选举：是指在选举会场进行捣乱，使选举工作无法正常进行。

5. 妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权：是指阻止选民参加选举活动，或者迫使、诱使他们选举某人或不选举某人。

6. 情节严重：是指破坏选举使选举活动无法进行的；用暴力殴打选举工作人员的，造成恶劣影响的等等。

九、重婚案件的举证范围

（一）重婚罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百五十八条 有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二年以下有期徒刑或者拘役。

（二）重婚罪的概念

重婚罪，是指有配偶而重婚的，或明知他人有配偶而与之结婚的行为。

（三）重婚罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

（3）不起诉决定书；

（4）劳动教养决定书；

（5）解除劳动教养决定书；

（6）其他劣迹。

3. 案发证明：

（1）投案记录；

（2）报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件;

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证:

(1) 照片;

(2) 实物:

①重婚后的生活用品"物":

a. 衣物;

b. 被、褥;

c. 交通工具;

d. 厨房用品;

e. 书籍;

f. 人民币;

g. 其他。

②重婚后的共有财产"物":

a. 家具;

b. 冰箱;

c. 电视机;

d. 录音机、录放机;

e. 私(公)有房屋;

f. 银行存款存单;

g. 通讯工具;

h. 摩托车;

i. 汽车;

j. 照相机;

k. 其他。

③其他。

6. 书证:

(1) 原结婚证书;

(2) 重婚双方来往书信;

(3) 重婚结婚证书;

(4) 日记;

(5) 购买重婚物品的发票;

(6) 重婚后的户口簿;
(7) 电报;
(8) 重婚后房屋租金收据;
(9) 重婚住宅产权证;
(10) 重婚别墅产权证;
(11) 重婚婚礼请柬;
(12) 重婚子女出生证;
(13) 原婚生子女出生证;
(14) 原配偶户口簿;
(15) 其他。
7. 证人证言:
(1) 侦查员(或探长)证言;
(2) 侦查活动的见证人证言;
(3) 鉴定人证言;
(4) 知情人证言;
(5) 重婚目睹人证言;
(6) 重婚发现人证言;
(7) 扭送人证言;
(8) 邻居证言;
(9) 重婚另一方证言;
(10) 原配偶证言;
(11) 原婚生子女证言;
(12) 亲友证言;
(13) 同学证言;
(14) 同事证言;
(15) 单位证言;
(16) 其他。
8. 被害人陈述:
(1) 男方配偶;
(2) 女方配偶。
9. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。
10. 鉴定结论:
(1) 文检鉴定;

(2) 物品鉴定；
(3) 技术鉴定；
(4) 其他。
11. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 重婚生活现场；
b. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 其他。
12. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物。
14. 犯罪嫌疑人（或被告人）重婚状况：
(1) 原婚姻状况、子女；
(2) 重婚时间、地点；
(3) 重婚子女；
(4) 其他。
15. 指认笔录。
16. 辨认笔录。

17. 证明行为人重婚犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人重婚前婚姻状况的证据：

①配偶；

②子女；

③父母；

④亲友；

⑤岳父母；

⑥其他。

(2) 证明行为人有配偶又与他人结婚行为的证据：

①男方；

②女方。

(3) 证明行为人明知他人有配偶而与之结婚行为的证据：

①男方；

②女方。

(4) 证明行为人有配偶而骗取与他人结婚行为的证据；

(5) 证明行为人出于喜新厌旧、玩弄女性而重婚行为的证据；

(6) 证明行为人为了生儿育女、传宗接代而重婚行为的证据；

(7) 证明行为人因自然灾害，为生活所迫逃荒他乡而重婚行为的证据；

(8) 证明行为人因受虐待逃婚后再婚行为的证据；

(9) 证明行为人因被拐卖而再婚行为的证据；

(10) 证明行为人因音讯不通误认为配偶已死而再婚行为的证据。

18. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 喜新厌旧；

b. 玩弄女性；

c. 夫妻感情不合；

d. 生儿育女；

e. 传宗接代；

f. 其他。

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节；

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚；

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节：

a. 被害人有过错；

b. 其他。

(3) 手段：

①欺骗对方；

②隐瞒真相。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）重婚罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 有配偶后又与他人结婚：这里的有配偶是指男人有妻、女人有夫，而且这种夫妻关系未经合法程序解除尚在存续中。这里的又与他人结婚，是指骗取合法手续登记结婚和虽未经婚姻登记手续，而以夫妻关系共同生活的事实婚姻。

2. 明知他人有配偶而与之结婚：这种情况是指本人没有配偶，但是明知

他（她）人有配偶而与之结婚。

第五节　侵犯财产案件的举证范围

一、抢劫案件的举证范围

（一）抢劫罪诉讼证据的法律

《中华人民共和国刑法》规定

……

第二百六十三条　以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：

（一）入户抢劫的；

（二）在公共交通工具上抢劫的；

（三）抢劫银行或者其他金融机构的；

（四）多次抢劫或者抢劫数额巨大的；

（五）抢劫致人重伤、死亡的；

（六）冒充军警人员抢劫的；

（七）持枪抢劫的；

（八）抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。

（二）抢劫罪的概念

抢劫罪，是指以非法占有为目的，当场使用暴力、胁迫或者其他方法，强行夺取公私财物的行为。

（三）抢劫罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证;
(6) 职工登记表;
(7) 出生证;
(8) 护照;
(9) 其他。
2. 前科劣迹:
(1) 判决书;
(2) 释放证明书;
(3) 不起诉决定书;
(4) 劳动教养决定书;
(5) 解除劳动教养决定书;
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①抢劫的货币"物":
a. 人民币;
b. 美元;
c. 马克;
d. 法郎;
e. 其他。
②抢劫的车辆"物":
a. 摩托车;
b. 自行车;
c. 手推车;
d. 卡车;
e. 轿车;

f. 客货车;

g. 其他。

③抢劫的建筑材料“物”:

a. 钢筋;

b. 水泥;

c. 木材;

d. 铝合金;

e. 门、窗;

f. 水暖器材;

g. 其他。

④抢劫的家电“物”:

a. 冰箱;

b. 彩电;

c. 摄像机;

d. 放像机;

e. 录像机;

f. 录音机;

g. 洗衣机;

h. 其他。

⑤抢劫的有价证券、票据、票证“物”:

a. 股票;

b. 公债券;

c. 债券;

d. 存折;

e. 汇款单;

f. 支票;

g. 汇票;

h. 包裹单;

i. 车、船、机票;

j. 其他。

⑥抢劫的消费品“物”:

a. 服装;

b. 鞋、帽;

c. 呢料；

d. 裘皮；

e. 毛毯；

f. 烟；

g. 酒；

h. 糖；

i. 茶；

j. 其他。

⑦抢劫的农副产品“物”：

a. 粮食；

b. 猪；

c. 牛；

d. 羊；

e. 马；

f. 驴；

g. 禽；

h. 鱼；

j. 其他。

⑧抢劫的贵重物品“物”：

a. 金；

b. 银；

c. 首饰；

d. 珠宝；

e. 玉器；

f. 金、银器皿；

g. 金、银、珠宝制作的工艺品；

h. 文物；

i. 古玩；

j. 古画；

k. 其他。

6. 书证：

(1) 现金账；

(2) 分类账；

(3) 备品账；
(4) 材料账；
(5) 发票；
(6) 古玩考证资料；
(7) 清单；
(8) 支票存根；
(9) 存折底卡；
(10) 行车执照；
(11) 其他。

7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人；
(3) 鉴定人；
(4) 同谋者证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 见证人证言；
(7) 保管人证言；
(8) 经管人证言；
(9) 守护人证言；
(10) 财会人员证言；
(11) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论：
(1) 技术鉴定：
①血型鉴定；
②毛发鉴定；
③指纹鉴定；
④足迹鉴定；
⑤痕迹鉴定；
⑥遗留物鉴定；
⑦其他。
(2) 文检鉴定；

(3) 活（尸）体鉴定：

①死亡；

②重伤；

③轻伤；

④其他。

(4) 赃物价值鉴定。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 抢劫现场；

b. 暴力现场；

c. 赃物现场；

d. 销赃现场；

e. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带;
(2) 录像带;
(3) 微机数据库;
(4) 照片;
(5) 其他。
13. 作案工具:
(1) 照片;
(2) 实物:
①凶器:
a. 匕首、尖刀、菜刀、三角刮刀;
b. 枪支、发火器;
c. 棍棒、砖头;
d. 绳索;
e. 堵嘴、捂眼物;
f. 其他。
②工具:
a. 撬门、破锁工具;
b. 自行车、推车、汽车等运输工具;
c. 其他。
14. 指认、辨认笔录:
(1) 犯罪嫌疑人(或被告人);
(2) 作案凶器、工具;
(3) 赃物;
(4) 其他。
15. 赃款、赃物数量、数额:
(1) 货币;
(2) 车辆;
(3) 建筑材料;
(4) 家电;
(5) 有价证券;
(6) 消费品;
(7) 农副产品;
(8) 贵重物品。

16. 赃款、赃物去向。

17. 退赃笔录。

18. 起赃笔录。

19. 收缴笔录。

20. 返赃笔录。

21. 证明行为人抢劫犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人以暴力抢劫公私财物行为的证据；

(2) 证明行为人以胁迫手段抢劫公私财物行为的证据；

(3) 证明行为人以其他方法抢劫公私财物行为的证据；

(4) 证明行为人入户抢劫行为的证据；

(5) 证明行为人抢劫银行或者其他金融机构行为的证据；

(6) 证明行为人在公共交通工具上抢劫行为的证据；

(7) 证明行为人多次抢劫或者数额巨大行为的证据；

(8) 证明行为人抢劫致人重伤、死亡行为的证据；

(9) 证明行为人冒充军警人员抢劫行为的证据；

(10) 证明行为人持枪抢劫行为的证据；

(11) 证明行为人抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资行为的证据。

22. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 非法占有公私财物；

b. 其他。

(2) 情节：

①事实情节；

②情节特别严重：

a. 入户抢劫的；

b. 在公共交通工具上抢劫的；

c. 抢劫银行或者其他金融机构的；

d. 多次抢劫或者抢劫数额巨大的；

e. 抢劫致人重伤、死亡的；

f. 冒充军警人员抢劫的；

g. 持枪抢劫的；

h. 抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的；
i. 其他。
③法定从重处罚情节；
④法定加重处罚情节；
⑤法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑥法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑦法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑧酌定情节。
(3) 手段：
①暴力：
a. 捆绑；
b. 殴打；
c. 伤害；
d. 禁闭；
e. 其他。
②胁迫：
a. 暴力威胁；
b. 精神强制；
c. 其他。
③其他方法：
a. 用酒灌醉；
b. 用药物麻醉；
c. 其他。
(4) 后果；
(5) 危害；

（6）犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

（7）犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

（8）群众意见；

（9）认罪态度；

（10）其他。

（四）抢劫罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 暴力：是指犯罪分子对被害人身体实施袭击或者使用其他强暴手段，如：殴打、伤害、捆绑、禁闭等等，足以危及其身体健康或者生命安全，致使被害人不能抗拒，任其当即抢走财物，或者被迫立即交出财物。

2. 胁迫：是指犯罪分子以立即实施暴力相威胁，实行精神强制，使被害人产生恐惧，不敢抗拒，被迫当场交出财物，或者任其随即劫走财物。

3. 其他方法：是指除了暴力、胁迫方法之外，犯罪分子对被害人施加某种力量，如：用酒灌醉、用药物麻醉等方法，使被害人不知抗拒或者丧失反抗能力，而当场掠走其财物。这属于以其他方法实施抢劫。如果犯罪分子利用被害人自己熟睡或者醉酒状态，窃取其数额较大的财物的，则构成盗窃罪。

4. "入户抢劫的"：是指行为人采用各种非法手段进入公民家中实施抢劫的行为。"入户"应当注意两点：一是这里规定的"户"，应理解为居民住宅，并不包括其他场所，如单位的办公楼、学校、公共娱乐场所等，否则，有悖立法原意；二是对"入户"不能仅理解为进入住宅房间或者室内。对于抢劫独门独院居民住宅的，只要行为人进入了住宅院内，也应视为"入户抢劫"。

5. "在公共交通工具上抢劫的"："公共交通工具"，是指从事于旅客运输的各种公共汽车、出租车、火车、轮船、飞机等正在运营中的交通工具。"在公共交通工具上抢劫"，应当包括行为人其本身就在该公共交通工具上，对旅客、司机、乘务人员实施的抢劫，也包括行为人对运行途中的公共交通工具加以拦截后实施的抢劫。这种抢劫是针对在公共交通工具上的人员及所载财物实施的，一般不应当包括抢劫公共交通工具本身。抢劫公共交通工具的，如果达到了数额巨大，应当适用本条第（四）项情形的规定。值得注意的是，对于行为人在飞行中的民用航空器上实施的抢劫，虽然其行为可能危及了飞行安全，但不论是否造成了严重后果，也应按本条本项规定论处，而不能适用刑法第一百二十三条认定为危及航空器飞行安全罪，同时也不能适用数罪并罚，因为行为人的犯罪目的是抢劫财物，侵犯的主要客体符合抢劫罪的要件，属于牵连犯，应当择一重罪论处，而抢劫罪重于危及航空器飞行安全罪。

6. "抢劫银行或者其他金融机构的"：这里的"银行"既包括国家银行，

也包括民营银行和外国在我国境内设立的银行。所谓“其他金融机构”，是指银行以外的依法从事货币资金的融通和信用的机构，如证券公司、保险公司、信托投资公司、金融租赁公司、企业集团财务公司等。抢劫银行或者其他金融机构，是指行为人侵入银行或者其他金融机构所在建筑物内对其财物进行的抢劫。同时，也应当包括对正在行驶途中的这些单位所属运钞车辆等所实施的抢劫。

7. “多次抢劫或者抢劫数额巨大的”：“多次”，是指三次以上；“数额巨大”的具体标准，在新的司法解释尚未作出之前，仍应按照过去司法实践中掌握的标准来认定。

8. “抢劫致人重伤、死亡的”：抢劫致人死亡，不应包括实施抢劫财物行为前后的故意杀人（无论是直接故意还是间接故意），对这种情形的抢劫，应分别以故意杀人罪和抢劫罪定罪处刑，实行数罪并罚。对于在实施抢劫财物过程中，因使用暴力如殴打、伤害、捆绑、禁闭等而致人死亡的，应以抢劫罪一罪认定，对于因被害人激烈反抗而使用暴力将其杀害的一般也应以抢劫罪一罪论处。

9. “冒充军警人员抢劫的”：“军警人员”是指现役军人、武装警察和公安民警，不包括其他执法人员或者司法人员。所谓冒充，是指通过着装、出示假证件或者口头宣称的行为。只要行为人抢劫时有冒充军警人员的行为表示，无论被害人对这种冒充行为是否以假当真还是未被蒙骗，都不影响对此项法定情形的认定。

10. “持枪抢劫的”：“持枪”，是指行为人在实施抢劫过程中，手中持有枪支，无论行为人是否实际使用了枪支，均不影响对此情形的认定。如果行为人并未实际持有枪支，而是口头上表示有枪；或者虽然随身携带有枪支，但未持在手中，也未向被害人显示，均不能认定符合这一情形。行为人所持有的枪支，应当是属于公安机关制定的有关枪支管理办法中规定的枪支范围。如果行为人以假作真，如手持仿真枪等，则不能认定为符合本项情形。

11. “抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的”：这里规定的“军用物资”，是指除枪支、弹药、爆炸物以外的一切军事用品。抢劫枪支、弹药、爆炸物的，应当认定为构成刑法第二章危害公共安全罪中第二百二十七条第二款规定的抢劫枪支、弹药、爆炸物罪。军用物资的范围不能扩大，不能把警用物品也包括在内。“抢险、救灾、救济物资”是指抢险、救灾、救济用途已经明确的物资，包括正处于保管、运输或者使用当中的。如果是抢劫曾经用于抢险、救灾、救济方面工作的但现已不再属于这种特定性质的物资，则不能认定

符合本项情形。对于抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的行为，必须查明行为人是否明知而实施，如果行为人事前或者事中并不知道其所抢劫的财物属于这种特定性质的，也不能适用本项情形的规定。

二、盗窃案件的举证范围

（一）盗窃罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百六十四条　盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产：

（一）盗窃金融机构，数额特别巨大的；

（二）盗窃珍贵文物，情节严重的。

第二百六十五条　以牟利为目的，盗接他人通信线路、复制他人电信码号或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。

……

第二百六十九条　犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。

（二）盗窃罪的概念

盗窃罪，是指以非法占有为目的，秘密地多次窃取或者窃取数额较大的公私财物的行为。

（三）盗窃罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

①户口簿；

②微机户口底卡；

③居民身份证；

④工作证；
⑤专业或技术等级证；
⑥职工登记表；
⑦出生证；
⑧护照；
⑨其他。
2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①罪犯丢弃物：
a. 衣服；
b. 手套；
c. 工具；
d. 包装物；
e. 烟头、火柴；
f. 其他。
②赃款实物：
a. 人民币、外币；
b. 外币兑换券；
c. 存款、支票、信用卡、汇款单；

d. 股票、国库券、债券；

e. 包裹单、货物托运单、提货单；

f. 车票、船票、机票、邮票；

g. 其他。

③赃物种类及数量：

a. 金银首饰；

b. 家电；

c. 音响；

d. 手表、照相机；

e. 衣物；

f. 牌照、车辆；

g. 生产资料、器材；

h. 知识产权；

i. 文物；

j. 其他。

6. 书证：

(1) 发票；

(2) 物品清单；

(3) 存折；

(4) 债券；

(5) 票证；

(6) 书信；

(7) 便条；

(8) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 目睹人证言；

(5) 扭送群众证言；

(6) 发现人证言；

(7) 知情人证言；

(8) 其他。

8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 技术鉴定：
①指纹鉴定；
②足迹鉴定；
③痕迹鉴定：
a. 撬痕；
b. 破（锁）痕；
c. 压痕；
d. 蹬、蹭、踩、踏痕；
e. 车辆碾压痕；
f. 其他。
④遗留物鉴定；
⑤脱落物鉴定；
⑥其他。
(2) 赃物价值鉴定。
11. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 盗窃现场；
b. 窝藏赃物现场；
c. 销赃现场；
d. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
12. 视听资料：

(1) 录音带;
(2) 录像带;
(3) 微机数据库;
(4) 照片;
(5) 其他。
13. 作案工具:
(1) 照片;
(2) 实物:
①钳子、锤子;
②刀子、螺丝刀;
③撬棍;
④切、割器;
⑤攀墙索;
⑥运输工具:
a. 汽车;
b. 推车;
c. 摩托车。
⑦其他。
14. 证明行为人盗窃犯罪行为的证据:
(1) 证明行为人盗窃公私财物数额较大或者多次盗窃行为的证据;
(2) 证明行为人盗窃数额巨大或者有其他严重情节行为的证据;
(3) 证明行为人盗窃数额特别巨大或者有其他特别严重情节行为的证据;
(4) 证明行为人盗窃金融机构,数额特别巨大行为的证据;
(5) 证明行为人盗窃珍贵文物,情节严重行为的证据;
(6) 证明行为人其他盗窃行为的证据。
15. 盗窃数额。
16. 起赃笔录。
17. 退赃笔录。
18. 销赃笔录。
19. 证明下列各点的其他证据:
(1) 故意:
①动机;
②目的:

a. 非法占有公私财物；

b. 其他。

(2) 情节：

①事实情节；

②情节特别严重：

a. 数额特别巨大；

b. 其他特别严重的情节。

③法定从重处罚情节；

④法定加重处罚情节；

⑤法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑥法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑦法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑧酌定情节。

(3) 手段：

①撬门破锁；

②挖洞；

③跳窗；

④假冒找人、收费、检查煤气灶；

⑤借口推销、揽活、问事；

⑥掏兜；

⑦割包；

⑧顺手牵羊；

⑨醉酒；

⑩睡熟；

⑪其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）盗窃罪诉讼证据规格专业用语简释

1. “盗窃公私财物数额较大或者多次实施盗窃的”：“数额较大”或者“多次实施盗窃”是盗窃罪构成的必备条件。多次实施盗窃行为，窃取“数额”虽未达到“较大”，也应认定为盗窃罪。“多次”，一般是指三次以上。

2. 法定刑事责任年龄：犯盗窃罪的主体，已满 14 岁不满 16 岁的少年，应对犯重大盗窃、惯窃罪负刑事责任，对其他情节一般，数额一般的盗窃罪不负刑事责任。年满 16 岁以后犯一般盗窃罪的，不应一并追究其在 14 岁至 16 岁间实施一般盗窃行为的刑事责任。

3. 公私财物：既包括有形财物，也包括电力、煤气、燃气、重要技术成果等无形财物。如盗用他人长途电话账号、号码等。

4. 盗窃罪数额：指法律规定的盗窃公私财物“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。法律对盗窃数额未作明确规定，有待于司法解释。但根据经济发展情况应作如下掌握：(1) 个人盗窃公私财物“数额较大”，一般可以 800 元为起点，少数经济发展较快的地区，可以 2000 元为起点；(2) 个人盗窃公私财物“数额巨大”，一般可以 10000 元为起点，少数经济发展较快的地区，可以 20000 元为起点；(3) 个人盗窃公私财物“数额特别巨大”，一般可以 50000 - 100000 元为起点，少数经济发展较快的地区，可以 100000 元为起点（数额一律以司法解释为准，下同）。

5. 盗窃数额的认定：指以人民币计算的盗窃公私财物认定的数额。对被盗物品、有价证券应正确计算：

(1) 被盗物品的价格，应当区别不同情况，根据被告人作案当时、当地的同类物品的价格，并按照下列核价原则，以人民币分别计算：

①流通领域的商品，按市场零售价中等价格计算；属于国家定价的，按国家定价计算；属于国家指导价的，按指导价的最高限价计算。

②生产领域的产品，成品按前项规定的办法计算；半成品可根据其在生产过程中实际所处的阶段，比照成品价格进行折算。

③单位和公民的生产资料、生活资料等物品，原则上按购进价计算，但现行市场价高于原购进价的，按现行市场价的中等价计算。

④农副产品，如粮食、猪、羊、家禽、鱼等，一律按农贸市场同类产品的中等价格计算。大牲畜，如牛、马、驴等，一律按大牲畜交易市场同类、同等大牲畜的中等价格计算。

⑤进出口物资、物品，按本项之（1）规定的办法计算。

⑥金、银、珠宝等制作的工艺品（包括饰品和器皿等），按国有商店零售价计算；国有商店没有出售的，按国家主管部门核定的价格计算。黄金、白银按国家定价计算。

⑦外币，按照被盗当日国家外汇管理局公布的外汇卖出价计算。

⑧不属于馆藏三级以上的一般文物（包括古玩、古书画等），按照国有文物商店的一般零售价计算；或者按国家文物主管部门核定的价格计算。

（2）有价支付凭证、有价证券、有价票证，按下列方法计算：

①不记名、不挂失的有价支付凭证、有价证券、有价票证，不论能否随即兑现，均按票面数额和案发时应得的利息、奖金或奖品等一并计算。股票应按照被盗当日证券交易所公布的该种股票成交的平均价计算。

②记名的有价支付凭证、有价证券、有价票证，如果是票面价值已定并能随即兑现的，如活期存折、已到期的定期存折和已填上金额的支票以及不需证明手续即可提取货物的提货单等，应按票面数额（有利息的应包括案发时应得的利息）或者可提货物的价值计算。如果是票面价值未定，但能随即兑现的（如已盖好印章的空白支票等），则以实际兑现的财物价值计算。不能随即兑现的记名有价支付凭证、有价证券、有价票证，或者将能随即兑现的有价支付凭证、有价证券、有价票证销毁或丢弃，而失主可以通过挂失、补领、补办手续等方式避免实际损失的，不按票面数额计算，可作为量刑考虑的情节。

（3）各类的大宗被盗物品，失主以多种价格购进，能够分清的，应分别计算；难以区分的，可按此类物品的中等价值计算。

（4）被盗物品在被盗后损坏的，仍按物品被盗时的原值计算。

被盗物品已被销赃、挥霍，无法追缴或者已被丢弃、毁灭的，或者几经转手，最初形态被破坏的，一般应当根据被害人、证人的陈述、证言和提供的有效凭证以及犯罪嫌疑人、被告人本人的供述，按照本项简释第1项规定的核价原则，确定原被盗物品价值。

（5）对已陈旧、残损或者使用过的被盗物品，应结合作案当时、当地同类物品的价格和被盗时的残旧程度，由有关部门作价。

(6) 残次品，按主管部门核定的价格计算；废品，按物资回收利用部门的收购价格计算；假货、劣货，按假、劣货的实际价格计算。

(7) 失主以明显低于被盗当时、当地市场零售价购进的物品，应按照本简释第1项规定的核价原则计算。

(8) 盗窃后的销赃数额，作为量刑情节考虑，但销赃数额高于本简释计算的盗窃数额的，则盗窃数额应按销赃数额计算。

(9) 盗窃违禁品，如毒品、淫秽物品等，按盗窃罪处理的，不计数额，根据情节轻重量刑。

(10) 被盗物品价格不明或者价格难以确定的，应委托有关主管部门或者有关专业人员核定。

对于多次盗窃构成犯罪，依法应当追诉的，应累计其盗窃数额，定罪处罚。对已经处理过的盗窃行为，即使原处罚偏轻，也不能重新计算其盗窃数额，重复处罚。已满14岁不满16岁的人，盗窃数额较大的，依法不负刑事责任，其盗窃数额不应计入满16岁后进行的盗窃行为中去。

6. 数额与情节：指盗窃数额与犯罪情节的关系，而盗窃数额是构成盗窃罪的重要标准，但不是定罪量刑的惟一标准。除把握盗窃财物数额外，还应当根据犯罪的其他具体情节和犯罪嫌疑人、被告人的认罪态度、退赃表现等，进行全面分析，正确定罪量刑。

(1) 个人盗窃公私财物虽未达到“数额较大”的起点标准，但根据司法实践，具有下列情节之一的，也可追究其刑事责任：

①多次扒窃作案的；

②以破坏性手段盗窃并造成公私财物损失严重的；

③入户盗窃多次的；

④教唆未成年人盗窃的；

⑤劳改、劳教人员在劳改、劳教期间盗窃的；

⑥在缓刑、假释考验期限内或者管制、监外执行期间盗窃的；

⑦曾因盗窃被治安处罚三次以上，或者被劳动教养两次以上，解除教养后一年内又盗窃的；

⑧曾因盗窃被不起诉、免刑后两年内，或者因盗窃受过刑罚处罚后三年内又进行盗窃的；

⑨盗窃盲、聋、哑等残疾人、孤老或者丧失劳动能力的人的财物的；

⑩因盗窃造成严重后果或者具有其他恶劣情节的。

(2) 个人盗窃公私财物虽已达“数额较大”的起点标准，但还应查清盗窃

次数，对具有下列情形之一的，可不作为犯罪处理：

①初犯、偶犯、已满16岁不满18岁的未成年人作案，情节轻微的；

②情节轻微并主动坦白或者积极退赔的；

③自首或者有立功表现的；

④被胁迫参加盗窃活动，没有分赃或者获赃甚微的；

⑤盗窃未遂，情节轻微的；

⑥其他情节显著轻微，危害不大的。

7．秘密窃取：是指行为人主观上自认为采取不会被财物的所有者、保管者或者经手者发觉的方法，暗中窃取其财物。

三、诈骗案件的举证范围

（一）诈骗罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百六十六条 诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。

第二百六十九条 犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。

（二）诈骗罪的概念

诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。

（三）诈骗罪诉讼证据规格的形态证据体系

1．犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

(4) 工作证；
(5) 专业或技术等级证；
(6) 职工登记表；
(7) 出生证；
(8) 护照；
(9) 其他。
2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①赃款实物：
a. 人民币、外币；
b. 外币兑换券；
c. 债券、国库券、股票；
d. 支票、信用卡；
e. 其他。
②赃物实物：
a. 文物；
b. 金银首饰；
c. 手表、照相机；
d. 家电、家具、音响；

e. 产品、生产资料、器材；
f. 房屋、土地等不动产；
g. 其他。
③债权；
④知识产权：
a. 著作权；
b. 专利权；
c. 商标权；
d. 其他。
6. 书证：
(1) 伪造的证件、介绍信；
(2) 伪造的信用卡、支票、支付凭证；
(3) 伪造的公文、印章；
(4) 伪造、涂改的取货凭证、提款凭证、存折；
(5) 伪造的假工作证、身份证；
(6) 用以诈骗的"海报"、"告示"、"广告"、"通知"等；
(7) 用以诈骗的"合同"；
(8) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 关系人证言；
(6) 中间人证言；
(7) 参与人证言；
(8) 同谋人证言；
(9) 业务接洽人证言；
(10) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 审计鉴定；

(2) 会计鉴定;

(4) 文检鉴定;

(5) 印模鉴定;

(6) 公章鉴定;

(7) 文件鉴定;

(8) 指纹鉴定;

(9) 其他。

11. 勘验、检查笔录:

(1) 现场:

①现场勘查图;

②现场照片;

③现场勘验、检查笔录;

④勘查现场范围:

a. 诈骗现场;

b. 仓储现场;

c. 运输现场;

d. 其他。

(2) 物证:

①物证勘查图;

②物证照片;

③物证勘验、检查笔录;

④其他。

12. 视听资料:

(1) 录音带;

(2) 录像带;

(3) 微机数据库;

(4) 照片;

(5) 其他。

13. 作案工具。

(1) 照片;

(2) 实物:

14. 诈骗数额、去向。

15. 被骗货物数量、价值、去向:

(1) 产品、商品；

(2) 家电、电器；

(3) 建筑材料、建筑配构件；

(4) 原料、材料；

(5) 机器、设备、装置。

16. 起赃笔录。

17. 收缴笔录。

18. 退赃笔录。

19. 证明行为人诈骗犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人编造谎言、假冒身份进行诈骗行为的证据；

(2) 证明行为人的伪造、涂改单据进行诈骗行为的证据；

(3) 证明行为人假以恋爱、结婚、介绍工作、上大学等进行诈骗行为的证据；

(4) 证明行为人制造、销售、使用欺骗消费者的计量器具进行诈骗行为的证据；

(5) 证明行为人伪造假信用卡进行诈骗行为的证据；

(6) 证明行为人利用国外、边境银行信用卡在我国国内进行超值购物进行诈骗行为的证据；

(7) 证明行为人利用有奖销售进行诈骗行为的证据；

(8) 证明行为人利用“培训班”、“研讨班”、“业余学校”、“函授”等进行诈骗行为的证据；

(9) 证明行为人利用“合同”进行诈骗行为的证据：

①产品、商品；

②家电、电器；

③建筑材料、建筑构件、建筑配件、建筑预制件；

④原料、材料；

⑤机器、设备；

⑥其他。

(10) 证明行为人利用各种有名无实的公司名义进行诈骗行为的证据；

(11) 诈骗数额“情节”行为的证据：

①数额较大；

②数额巨大或有其他严重情节的；

③数额特别巨大或者有其他特别严重情节的。

(12) 证明行为人有其他诈骗行为的证据；

20. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 非法占用公私财物；

b. 以骗为生；

c. 其他。

(2) 情节：

①事实情节；

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①虚构事实；

②隐瞒真相；

③欺骗对方；

④其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

(四) 诈骗罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 诈骗数额：诈骗数额的认定及对其他所得财物估价、计算方法，可参照盗窃所得财物的估价、计算方法。见本章第二节“盗窃罪诉讼证据规格专业用语简释”的“盗窃数额的认定”，但应以司法解释为准。

2. 诈骗罪数额：指法律规定的诈骗公私财物“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。(1) 个人诈骗公私财物所得数额 800 元至 2000 元，一般可视为“数额较大”；(2) 个人诈骗公私财物所得数额在 10000 至 20000 元，一般可视为“数额巨大”。此外，关于诈骗“数额特别巨大”，各地规定不尽一致，司法实践中一般掌握在 10 万元以上，但应以司法解释为准。

3. 公私财物：见本章第二节“盗窃罪诉讼证据规格专业用语简释”。

4. 骗术：指诈骗方法，主要指采取虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法，使财物的所有人、管理人产生错觉，信以为真，从而似乎“自愿地”交出财物，达到行为人行骗的目的。

四、侵占案件的举证范围

(一) 侵占罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百七十条 将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处二年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金。

将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。

本条罪，告诉的才处理。

(二) 侵占罪的概念

侵占罪，是指以非法占有为目的，将代为他人保管的财物或者他人的遗忘物、埋藏物占为己有，数额较大且拒不交还的行为。

(三) 侵占罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2．前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

（3）不起诉决定书；

（4）劳动教养决定书；

（5）解除劳动教养决定书；

（6）其他劣迹。

3．案发证明：

（1）投案记录；

（2）报案记录；

（3）举报、控告记录及信件；

（4）其他。

4．作案时间、地点证明。

5．物证：

（1）照片；

（2）实物：

①货币：

a．人民币；

b．美元；

c．马克；

d．法郎；

e．其他。

②金银首饰：

a. 金条；

b. 银元；

c. 首饰；

d. 器皿；

e. 珠宝；

f. 金银制品；

g. 其他。

③房屋；

④宅基地：

⑤车辆；

⑥大牲畜；

⑦农副产品：

a. 粮食；

b. 猪；

c. 羊；

d. 禽；

e. 其他。

⑧鱼塘；

⑨牧场；

⑩家电：

a. 冰箱；

b. 彩电；

c. 收录机；

d. 摄像机；

e. 放像机；

f. 空调机；

g. 炊具；

h. 其他。

⑪日用消费品：

a. 服装；

b. 呢料；

c. 手表；

d. 自行车；

e. 其他。

(3) 遗忘物：

①照片；

②实物：

a. 文物；

b. 古玩；

c. 字画；

d. 玉器；

e. 工艺品；

f. 金；

g. 银；

h. 首饰；

i. 珠宝；

j. 车辆；

k. 设备；

l. 宅院；

m. 楼、堂；

n. 房屋；

o. 其他。

(4) 埋藏物：

①照片；

②实物：

a. 金砖、金锭；

b. 银锭、大洋；

c. 珠宝；

d. 玉器；

e. 文物；

f. 古玩；

g. 金首饰；

h. 银首饰；

i. 金器皿；

j. 银器皿；

k. 古剑；

l. 古瓷；

m. 古砚；

n. 古画；

o. 其他。

6. 书证：

(1) 房契；

(2) 房产证；

(3) 发票；

(4) 收条；

(5) 信件；

(6) 电函；

(7) 契约；

(8) 委托书；

(9) 考证资料；

(10) 遗嘱；

(11) 家谱；

(12) 地方志；

(13) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 邻居证言；

(5) 同事证言；

(6) 中间人证言；

(7) 知情人证言；

(8) 亲戚证言；

(9) 朋友证言；

(10) 长辈证言；

(11) 同族人证言；

(12) 同宗人证言；

(13) 见证人证言；

(14) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论：

(1) 文检鉴定：

(2) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 鱼塘现场；

b. 牧场现场；

c. 宅基地现场；

d. 房屋现场；

e. 其他现场。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 微机数据库；

(4) 照片；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物。

14. 侵占财物数量、价值、数额：

(1) 货币；

(2) 金银首饰；
(3) 房屋；
(4) 宅基地；
(5) 车辆；
(6) 大牲畜；
(7) 农副产品；
(8) 鱼塘；
(9) 牧场；
(10) 家电；
(11) 日用消费品；
(12) 文物；
(13) 古玩；
(14) 遗忘物（见物证项）；
(15) 埋藏物（见物证项）；
(16) 其他。
15. 侵占财物去向。
16. 退赃数额。
17. 起赃笔录。
18. 收缴笔录。
19. 证明行为人侵占犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人侵占他人货币拒不退还行为的证据；
(2) 证明行为人侵占他人金银首饰拒不退还行为的证据；
(3) 证明行为人侵占他人大牲畜拒不退还行为的证据；
(4) 证明行为人侵占他人车辆拒不退还行为的证据；
(5) 证明行为人侵占他人农副产品拒不退还行为的证据；
(6) 证明行为人侵占他人不动产拒不退还行为的证据；
(7) 证明行为人侵占他人家电、日用消费品拒不退还行为的证据；
(8) 证明行为人侵占他人古玩拒不退还行为的证据；
(9) 证明行为人侵占他人文物拒不退还行为的证据；
(10) 证明行为人侵占他人遗忘物拒不交还行为的证据：
①文物；
②古玩；
③字画；

④玉器；

⑤工艺品；

⑥金；

⑦银；

⑧首饰；

⑨珠宝；

⑩车辆；

⑪设备；

⑫宅院；

⑬楼、堂；

⑭房屋；

⑮其他。

(11) 证明行为人侵占他人埋藏物拒不交还行为的证据：

①金砖、金锭；

②银锭、大洋；

③珠宝；

④玉器；

⑤文物；

⑥古玩；

⑦金、银首饰；

⑧金、银器皿；

⑨古剑；

⑩古砚；

⑪古画；

⑫其他。

(13) 证明行为人侵占他人其他财物拒不退还行为的证据。

20. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 侵占他人财物；

b. 据为己有。

(2) 情节：

①事实情节；

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①非法占有；

②拒不退还；

③其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）侵占罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 侵占他人财物数额：是指将自己代为保管的他人财物非法占为己有的数额。法律规定有“数额较大”、“数额巨大”，因该罪系新立罪目，其具体标准有待司法解释和实践中进一步明确。

2. 情节严重：指将自己代为保管的他人财物，非法占为己有拒不退还的具体情节。如何认定情节严重，有待实践和司法解释进一步明确。但可参照过去适用相关认定侵占财产罪的数额标准执行。

3．遗忘物：是指由于历史长久、年代变迁、家族代代更替以及其他历史和现实的原因，致使属于他人所有财物被遗忘或者是本应携带因遗忘而没有带走的财物。

4．埋藏物：是指由于历史、年代、家庭变迁等历史和现实的原因，被埋藏在地下的财物或者是为隐藏而埋于地下的财物。

5．侵占他人遗忘或者埋藏物数额：是指将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为已有的数额。法律所规定的“数额较大”，因该罪属于新增设罪名，其具体标准有待司法解释和在实践中进一步明确。但可参照过去适用相关认定侵占财产罪的数额标准执行。

6．拒不退还或者拒不交出：当保管物的委托人、遗忘物的遗忘者、埋藏物的埋藏者或者他们的代理、继承人向侵占行为人明确提出交还主张，并且举有证据证明该财物属于其合法所有时，行为人无视证据，公然明确加以拒绝的，或者虽承认其主张并答应交还，但又擅自处理了该财物，致使无法实际交还的，即应认定为拒不退还或者拒不交出的行为。

五、挪用特定款物案件的举证范围

（一）挪用特定款物罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百七十三条 挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

（二）挪用特定款物罪的概念

挪用特定款物罪，是指违反国家财经管理规定及其他有关规定，将国家、集体或者个人特定用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物挪作他用，情节严重，致使国家和人民的利益遭受重大损害的行为。

（三）挪用特定款物罪诉讼证据规格的形态证据体系

1．犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

(2) 微机户口底卡；
(3) 居民身份证；
(4) 工作证；
(5) 专业或技术等级证；
(6) 职工登记表；
(7) 出生证；
(8) 其他。
2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①现款：
a. 救灾；
b. 抢险；
c. 防汛；
d. 优抚；
e. 扶贫；
f. 移民；
g. 救济。
②物资：
a. 救灾；

b. 抢险；

c. 防汛；

d. 优抚；

e. 扶贫；

f. 移民；

g. 救济。

6. 书证：

(1) 救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款项：

①拨款计划文本；

②拨款通知文本；

③银行存款单；

④银行提款单；

⑤其他。

(2) 救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济物资：

①物资清单；

②托运清单；

③分发登记表；

④其他。

(3) 账簿；

(4) 记账凭证；

(5) 收据；

(6) 票据；

(7) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 上级主管部门证言；

(6) 单位证言；

(7) 邻居证言；

(8) 同事证言；

(9) 其他。

8．犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

9．鉴定结论：

(1) 文检鉴定；

(2) 审计鉴定；

(3) 会计鉴定；

(4) 其他。

10．活（尸）体鉴定：

(1) 死亡；

(2) 伤；

(3) 医疗诊断；

(4) 其他。

11．勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a．救灾现场；

b．防汛现场；

c．抢险现场；

d．其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现尸体照片；

③勘查笔录；
④检查笔录；
⑤其他。
12．视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 微机数据库；
(4) 照片；
(5) 其他。
13．挪用原因。
14．挪用特定款物数量、价值、数额：
(1) 救灾款物；
(2) 防汛款物；
(3) 抢险款物；
(4) 优抚款物；
(5) 扶贫；
(6) 移民；
(7) 救济款物。
15．因挪用而造成的后果：
(1) 人身；
(2) 财产；
(3) 生活；
(4) 生产；
(5) 其他。
16．挪用用途、去向。
17．收缴笔录。
18．证明行为人挪用特定款物犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人挪用救灾特定款物行为的证据；
(2) 证明行为人挪用防汛特定款物行为的证据；
(3) 证明行为人挪用抢险特定款物行为的证据；
(4) 证明行为人挪用优抚特定款物行为的证据；
(5) 证明行为人挪用扶贫特定款物行为的证据；
(6) 证明行为人挪用移民特定款物行为的证据；

(7) 证明行为人挪用救济特定款物行为的证据；

(8) 证明行为人挪用特定款物“情节严重”行为的证据；

(9) 证明行为人挪用特别款物“致使国家和人民的利益遭受重大损害”行为的证据：

①人身；

②财产；

③生产；

④生活；

⑤其他。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 非法利益；

b. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①挪用；

②其他。

(4) 后果;

(5) 危害;

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况;

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现;

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

(四) 挪用特定款物罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 挪用特定款物：是指掌管、经手特定款物的工作人员，将救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济等特定款物挪作他用的行为。如个人将特定款物挪用归个人使用，则构成挪用公款罪。

2. 特定货物：指国家、集体或个人特定用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济等款项或物资。

六、敲诈勒索案件的举证范围

(一) 敲诈勒索罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百七十四条　敲诈勒索公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑。

(二) 敲诈勒索罪的概念

敲诈勒索罪，是指以非法占有为目的，对被害人实施威胁或者要挟的方法，强索公私财物的行为。

(三) 敲诈勒索罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿;

(2) 微机户口底卡;

(3) 居民身份证;

(4) 工作证;
(5) 专业或技术等级证;
(6) 职工登记表;
(7) 出生证;
(8) 护照;
(9) 其他。
2. 前科劣迹:
(1) 判决书;
(2) 释放证明书;
(3) 不起诉决定书;
(4) 劳动教养决定书;
(5) 解除劳动教养决定书;
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①现款:
a. 人民币;
b. 美元;
c. 马克;
d. 法郎;
e. 其他。
②有价证券、票据、票证:
a. 股票;
b. 公券;
c. 债券;
d. 存折;

e. 车、船、机票；

f. 其他。

③金银首饰：

a. 戒指；

b. 项链；

c. 饰品；

d. 其他。

④家电：

a. 电视机；

b. 洗衣机；

c. 电冰箱；

d. 摄像机；

e. 放像机；

f. 收录机；

g. 空调器；

h. 其他。

⑤服装、鞋帽、呢料；

⑥钢材；

⑦木材；

⑧水泥；

⑨无形财产。

6. 书证：

(1) 威胁信；

(2) 揭露隐私信件；

(3) 强索财物信件；

(4) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 见证人证言；

(6) 同谋者证言；

(7) 同事证言；

(8) 邻居证言；

(9) 参与者证言；

(10) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论：

(1) 文检鉴定；

(2) 指纹鉴定；

(3) 遗留物鉴定：

①烟头；

②唾液；

③足迹；

④其他。

(4) 电话敲诈勒索声音鉴定；

(5) 赃物价值鉴定；

(6) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 强索现场；

b. 威胁现场；

c. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；
③其他。
12．视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 微机数据库；
(4) 照片；
(5) 其他。
13．作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①绳索；
②木棒；
③其他。
14．敲诈勒索财物数量、价值、数额：
(1) 货币；
(2) 有价证券；
(3) 首饰；
(4) 家电；
(5) 服装；
(6) 建筑材料；
(7) 无形财产；
(8) 其他。
15．敲诈勒索财物去向。
16．退赃笔录。
17．起赃笔录。
18．收缴笔录。
19．证明行为人敲诈勒索犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人威胁他人行为的证据；
(2) 证明行为人揭露他人隐私行为的证据；
(3) 证明行为人强索他人财物行为的证据；
(4) 证明行为人敲诈公私财物数额较大行为的证据；
(5) 证明行为人敲诈公私财物数额巨大或者有其他严重情节的证据；

(6) 证明行为人其他敲诈勒索行为的证据。

20. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 非法占有；

b. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①暴力加害；

②揭露隐私；

③毁坏财物；

④威胁；

⑤其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

(四) 敲诈勒索罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 威胁或者要挟的方法:是指敲诈勒索的行为人,为了达到非法占有公私财物的卑鄙目的,通常用“将以暴力加害”被害人及其亲属,或者以“将要揭露”被害人的“隐私”、“毁坏其 财物”等相威胁。

2. 敲诈勒索数额和情节:本罪“数额较大”、“数额巨大”或者其他“严重情节”,可参见有关司法解释。

第六节 妨害社会管理秩序案件的举证范围

一、妨害公务案件的举证范围

(一) 妨害公务罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定:

……

第二百七十七条 以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

以暴力、威胁方法阻碍全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表依法执行代表职务的,依照前款的规定处罚。

在自然灾害和突发事件中,以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责的,依照第一款的规定处罚。

故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务,未使用暴力、威胁方法,造成严重后果的,依照第一款的规定处罚。

(二) 妨害公务罪的概念

妨害公务罪,是指用暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员、全国人民代表、地方各级人民代表和红十字会工作人员依法执行公务或者故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务,未使用暴力、威胁方法,造成严重后果的行为。

(三) 妨害公务案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人(或被告人)自然情况的证明:

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①车辆：

a. 面包车；

b. 吉普车；

c. 轿车：

d. 红十字会救护车；

e. 摩托车；

f. 其他。

②木棒；

③绳索；

④砖；

⑤石；

⑥匕首；

⑦菜刀；

⑧尖刀；

⑨火药枪；

⑩担架；

⑪药品：

a. 中成药；

b. 饮片；

c. 制剂；

d. 化学原药；

e. 抗生素；

f. 其他。

⑫医疗器械；

⑬医用卫生材料；

⑭物资：

a. 轻工业品；

b. 生活日用品；

c. 农副产品：

(a) 籽；

(b) 油；

(c) 肉；

(d) 蛋；

(e) 鱼；

(f) 其他。

⑮服装、被、床单；

⑯生产资料；、

⑰其他。

6. 书证：

(1) 执行公务证：

①机关工作人员证；

②安全机关侦查证；

③公安机关侦查证；

④安全机关执行证；

⑤公安机关执行证；

⑥持枪证；

⑦人民代表证；

⑧红十字会工作人员证；

⑨其他。

(2) 执行公务文件：

①国家行政管理活动方面：

a. 环保；

b. 卫生；

c. 防疫；

d. 土地；

e. 城建；

f. 工商；

g. 物价；

h. 税务；

i. 市场；

j. 治安；

k. 其他。

②人民代表视察方面：

a. 调查研究；

b. 访问；

c. 质询；

d. 视察；

e. 其他。

③红十字会方面：

a. 救灾；

b. 突发事件；

c. 通知；

d. 物品清单；
e. 药品清单；
f. 食品清单；
g. 其他。
④安全、公安机关方面：
a. 拘留；
b. 逮捕；
c. 通知；
d. 会议记录；
e. 其他。
(3) 救灾：
①账簿；
②记账凭证；
③票据；
④其他。
(4) 行政处罚决定书：
①治安；
②环保；
③卫生；
④防疫；
⑤土地；
⑥城建；
⑦工商；
⑧物价；
⑨税务；
⑩市场；
⑪其他。
(5) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；

(5) 目睹人证言;
(6) 围观人证言;
(7) 扭送人证言;
(8) 同谋人证言;
(9) 经办人证言;
(10) 国家工作人员证言;
(11) 人民代表证言;
(12) 红十字会工作人员证言;
(13) 安全机关工作人员证言;
(14) 公安机关工作人员证言;
(15) 邻居证言;
(16) 亲友证言;
(17) 参与者证言;
(18) 基层组织证言;
(19) 单位领导证言;
(20) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。
10. 鉴定结论:
(1) 法医鉴定:
①死亡;
②伤害;
③活(尸)体创口;
④血型;
⑤其他。
(2) 精神病鉴定;
(3) 毒物分析鉴定;
(4) 痕迹鉴定:
①指纹;
②足迹;
③压痕;
④蹭痕;
⑤弹痕;

⑥齿痕；

⑦其他。

(5) 文检鉴定；

(6) 物品鉴定；

(7) 技术鉴定；

(8) 其他。

11、勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 执行公务现场；

b. 救灾现场；

c. 突发事件现场；

d. 安全、公安机关执行任务现场；

e. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①木棒；
②砖；
③石；
④匕首；
⑤菜刀；
⑥绳索；
⑦火药枪；
⑧其他。
14. 指认笔录。
15. 辨认笔录。
16. 证明行为人妨害公务犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人妨害国家机关工作人员执行职务行为的证据：
①环保；
②卫生；
③防疫；
④土地；
⑤城建；
⑥工商；
⑦物价；
⑧税务；
⑨市场；
⑩治安；
⑪其他。
(2) 证明行为人以暴力方法阻碍国家机关工作人员执行公务行为的证据；
(3) 证明行为人以威胁方法阻碍国家机关工作人员执行职务行为的证据；

(4) 证明行为人以暴力方法阻碍全国人民代表执行职务行为的证据；

(5) 证明行为人以威胁方法阻碍全国人民代表执行职务行为的证据；

(6) 证明行为人以暴力方法阻碍地方各级人民代表执行职务行为的证据；

(7) 证明行为人以威胁方法阻碍地方各级人民代表执行职务行为的证据；

(8) 证明行为人以暴力方面阻碍红十字会工作人员依法履行职责行为的证据：

①救灾；

②突发事件。

(9) 证明行为人以威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责行为的证据：

①救灾；

②突发事件。

(10) 证明行为人阻碍国家安全、公安机关依法执行国家安全工作任务的行为的证据；

(11) 证明行为人阻碍国家安全、公安机关依法执行国家安全工作任务"造成严重后果"行为的证据。

17. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 阻碍执行职务；

b. 阻碍履行职责。

(2) 情节：

①事实情节；

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节：

a. 被害人有过错；

b. 其他。

(3) 手段：

①暴力；

②威胁；

③阻碍。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）妨害公务罪诉讼证据专业用语简释

1. 暴力：是指行为人对被害人实施殴打、捆绑、损伤、人身侮辱、拘禁等非法行为。

2. 威胁：是指行为人对被害人以加害其本人或其亲属人身，毁其财物、名誉等进行恫吓。

3. 职务：指所承担的与其身份相当和所应负的职责范围。

4. 职责：指所应负的任务和应负的责任。

二、招摇撞骗案件的举证范围

（一）招摇撞骗罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百七十九条 冒充国家机关工作人员招摇撞骗的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。

冒充人民警察招摇撞骗的，依照前款的规定从重处罚。

（二）招摇撞骗罪的概念

招摇撞骗罪，是指以谋取非法利益为目的，冒充国家机关工作人员，进行招摇撞骗，损害国家的威信，侵犯公共利益或者公民合法权益的行为。

（三）招摇撞骗案件的举证范围

1．犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2．前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

（3）不起诉决定书；

（4）劳动教养决定书；

（5）解除劳动教养决定书；

（6）其他劣迹。

3．案发证明：

（1）投案记录；

（2）报案记录；

（3）举报、控告记录及信件；

（4）其他。

4．作案时间、地点证明。

5．物证：

（1）照片；

(2) 实物:

①骗取的钱财原物:

a. 人民币;

b. 外币:

美元;

英镑;

法郎;

马克;

日元;

其他。

c. 股票;

d. 债券;

e. 有价票据:

本票;

汇票;

支票。

f. 有价票证:

机票;

船票;

车票;

邮票;

其他。

g. 存折;

h. 首饰:

金;

银;

玉;

其他。

②骗取的物品原物:

a. 工业品;

b. 农副产品;

c. 生活日用品;

d. 建筑材料;

e. 其他。
③车辆；
④房屋；
⑤知识产权；
⑥果园；
⑦山林；
⑧牧场；
⑨鱼塘；
⑩其他。
6. 书证：
(1) 假工作证；
(2) 假身份证；
(3) 假证明文件；
(4) 假介绍信；
(5) 骗取的荣誉证书；
(6) 骗取的职称证；
(7) 骗取的产权证；
(8) 骗取的知识产权证；
(9) 汇票存根；
(10) 本票存根；
(11) 支票存根
(12) 存折及储户底卡；
(13) 信件；
(14) 文件；
(15) 记录本；
(16) 电传；
(17) 电函；
(18) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；

(5) 目睹人证言;
(6) 围观人证言;
(7) 扭送人证言;
(8) 发现人证言;
(9) 受骗人证言;
(10) 受骗机关证言;
(11) 受骗单位证言;
(12) 邻居证言;
(13) 同事证言;
(14) 同谋人证言;
(15) 中介人证言;
(16) 关系人证言;
(17) 单位领导证言;
(18) 基层组织证言;
(19) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。
10. 鉴定结论。
(1) 精神病鉴定;
(2) 文检鉴定;
(3) 物品鉴定;
(4) 技术鉴定;
(5) 其他。
11. 勘验、检查笔录:
(1) 现场:
①现场勘查图;
②现场照片;
③现场勘验、检查笔录;
④勘查现场范围:
a. 撞骗现场;
b. 撞骗财物藏匿现场;
c. 其他。
(2) 物证:

①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 其他。
12. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①假工作证；
②假身份证；
③假介绍信；
④假证明文件；
⑤其他。
14. 返赃笔录。
15. 退赃笔录。
16. 赃款数额、去向。
17. 赃物数量、价值、去向。
18. 起赃笔录。
19. 收缴笔录。
20. 指认笔录。
21. 辨认笔录。
22. 证明行为人招摇撞骗犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人冒充国家机关工作人员行为的证据：
①冒充国家机关工作人员；
②冒充某领导；
③某一机关工作人员冒充另一国家机关工作人员；
④冒充人民警察；

⑤其他。

(2) 证明行为人撞骗行为的证据：

①骗取钱财：

a. 人民币；

b. 外币；

c. 债券；

d. 金、银、玉首饰；

e. 其他。

②骗取物品：

a. 工业品；

b. 农副产品；

c. 生活日用品；

d. 生产资料；

e. 其他。

③骗取政治待遇；

④骗取政治荣誉；

⑤骗取爱情；

⑥骗取物质享受；

⑦骗取知识产权；

⑧骗取技术职称。

(3) 证明行为人招摇撞骗情节严重行为的证据。

23. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 谋取利益；

b. 其他。

(2) 情节：

①事实情节；

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①冒充国家机关工作人员；

②招摇撞骗。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）招摇撞骗罪诉讼证据专业用语简释

1. 冒充国家机关工作人员：是指本不是国家机关工作人员，而自称是国家某部门的工作人员；或者本人不是领导干部，冒充某领导干部；或者本人是某一国家机关的工作人员，而冒充另一国家机关工作人员；或者冒充人民警察的行为。

2. 撞骗：是指行为人利用某种身份欺骗对方，谋取非法利益，做有利于自己而有损于国家机关威信和公私利益的行为。

3. 非法利益：这种利益，既包括钱财、物质享受等物质利益，也包括像爱情、政治待遇、荣誉称号等非物质利益。

三、聚众斗殴案件的举证范围

（一）聚众斗殴罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第二百九十二条　聚众斗殴的，对首要分子和其他积极参加的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；有下列情形之一的，对首要分子和其他积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑：

（一）多次聚众斗殴的；

（二）聚众斗殴人数多，规模大，社会影响恶劣的；

（三）在公共场所或者交通要道聚众斗殴，造成社会秩序严重混乱的；

（四）持械聚众斗殴的。

聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。

（二）聚众斗殴罪的概念

聚众斗殴罪，是指为了报复他人或争霸一方等，纠集多人成帮结伙互相进行殴斗的行为。

（三）聚众斗殴案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①斗殴凶器实物:
a. 锐器:
菜刀;
斧头;
弹簧刀;
匕首;
尖刀;
砍刀;
刺刀;
锹、镐;
其他。
b. 钝器:
棍;
棒;
石;
砖;
铁锁;
钢鞭;
其他。
c. 武器:
火药枪;
口径枪;
步枪;

手枪；

其他。

②损失财产实物：

a. 房屋；

b. 车辆：

自行车；

摩托车；

轿车；

其他。

c. 门、窗；

d. 设施：

柜台；

桌椅；

公用电话亭；

广告板；

其他。

e. 商品；

f. 货物；

g. 其他。

③其他。

6. 书证：

(1) 发票；

(2) 损失财产清单；

(3) 产权证；

(4) 牌照；

(5) 日记本；

(6) 信件；

(7) 欠据；

(8) 收条；

(9) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 围观人证言；
(7) 扭送人证言；
(8) 同谋人证言；
(9) 参与殴斗人证言；
(10) 共犯供述；
(11) 财产损失人证言；
(12) 同事证言；
(13) 邻居证言；
(14) 单位证言；
(15) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 法医鉴定：
①死亡；
②伤害；
③活（尸）体创口；
④血型；
⑤其他。
(2) 精神病鉴定；
(3) 血型：
①血衣；
②血迹。
(4) 痕迹鉴定：
①指纹；
②足迹；
③压痕；
④蹭痕；
⑤弹痕；
⑥齿痕；

⑦其他。
(5) 文检鉴定;
(6) 物品鉴定;
(7) 技术鉴定;
(8) 其他。
11. 勘验、检查笔录:
(1) 现场:
①现场勘查图;
②现场照片;
③现场勘验、检查笔录;
④勘查现场范围:
a. 持械殴斗现场;
b. 财产损失现场;
c. 突发事件现场。
(2) 物证:
①物证勘查图;
②物证照片;
③物证勘验、检查笔录;
④其他。
(3) 人身:
①人身照片;
②检查笔录;
③其他。
(4) 尸体:
①现场勘查图;
②现场尸体照片;
③勘查笔录;
④检查笔录;
⑤其他。
(5) 其他。
12. 视听资料:
(1) 录音带;
(2) 录像带;

(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①钝器；
②锐器；
③武器；
④其他。
14. 收缴笔录。
15. 指认笔录。
16. 辨认笔录。
17. 证明行为人聚众斗殴犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人聚众斗殴行为的证据：
①出于报复；
②争霸一方；
③多次聚众；
④斗殴人数多、规模大、影响恶劣；
⑤公共场所；
⑥交通要道；
⑦持械聚众斗殴；
⑧其他。
(2) 证明行为人聚众斗殴造成伤亡行为的证据：
①一方；
②双方；
③无辜群众。
(3) 证明行为人聚众斗殴造成财产损失的证据：
①国家；
②集体；
③公民。
(4) 证明行为人构成聚众斗殴犯罪主体的证据：
①首要分子；

②积极参加者。

(5) 证明行为人聚众斗殴其他行为的证据。

18. 证明下列各点的其他证据:

(1) 故意:

①动机;

②目的:

a. 报复;

b. 争霸一方;

c. 寻求刺激;

d. 公然藐视国家法纪和社会公德;

e. 其他。

(2) 情节:

①事实情节:

a. 首要分子;

b. 积极参加者。

②法定从重处罚情节;

③法定加重处罚情节;

④法定从轻、减轻处罚情节:

a. 可以从轻处罚;

b. 可以从轻或减轻处罚;

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节:

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚;

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节:

a. 可以减轻或者免除处罚;

b. 应当减轻或者免除处罚;

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段:

①持械;

②其他。

(4) 后果;

(5) 危害；
(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；
(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；
(8) 群众意见；
(9) 认罪态度；
(10) 其他。

(四) 聚众斗殴罪诉讼证据专业用语简释

1. 聚众斗殴：是指纠集多人，拉帮结伙，双方互相厮打的行为。
2. 首要分子：是指聚众斗殴的组织者、指挥者和策划者。
3. 积极参加者：是指在斗殴中发挥重要作用或直接致死、致伤他人者。

四、赌博案件的举证范围

(一) 赌博罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百零三条 以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

(二) 赌博罪的概念

赌博罪，是指以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的行为。

(三) 赌博案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；
(2) 微机户口底卡；
(3) 居民身份证；
(4) 工作证；
(5) 专业或技术等级证；
(6) 职工登记表；
(7) 出生证；
(8) 护照；

(9) 其他。
2. 前科劣迹:
(1) 判决书;
(2) 释放证明书;
(3) 不起诉决定书;
(4) 劳动教养决定书;
(5) 解除劳动教养决定书;
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①赌具:
a. 扑克;
b. 牌九;
c. 麻将;
d. 游戏机;
e. 纸牌;
f. 其他。
②赌资:
a. 人民币;
b. 美元;
c. 港币;
d. 马克;
e. 公债券;
f. 债券;
g. 戒指;
h. 物品;

i. 其他。

6. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 赌徒证言；

(5) 知情人证言；

(6) 目睹人证言；

(7) 赌场“打手”证言；

(8) 同事证言；

(9) 领导证言；

(10) 亲属证言；

(11) 其他。

7. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

8. 鉴定结论。

9. 赌场搜查笔录。

10. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 赌场；

b. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

11. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 微机数据库；

(4) 照片；

(5) 其他。

12. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物：

①赌具：

a. 扑克；

b. 牌九；

c. 麻将；

d. 骰子；

e. 抽彩的彩票；

f. 其他。

②运输工具；

③其他。

13. 赌资数额。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 销毁证明。

17. 退赃笔录。

18. 证明行为人赌博犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人聚众赌博行为的证据：

①经常纠集他人进行赌博活动；

②经常招集他人进行赌博；

③通过组织召集、提供场所从中渔利；

④其他。

(2) 证明行为人开设赌场行为的证据；

(3) 证明行为人以赌博为业行为的证据；

①成为个人生活中的主要内容：

a. 专事赌博；

b. 兼事赌博；

c. 主要从事赌博。

②输赢金额在个人经济生活中占主导地位；

③以个人营利为目的。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的；

(2) 情节：

①事实情节；

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①聚众；

②开设赌场；

③其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）赌博罪诉讼证据专业用语简释

1. 聚众赌博：是指提供赌所，组织、指引他人参加赌博，本人从中渔利

的行为人，通常称为赌头。

2. 以赌为业：是指无适当职业或者不务正业，长期混迹赌场，嗜赌成性，靠赌博取利的行为人，通常称为赌棍。

五、伪证案件的举证范围

（一）伪证罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百零五条 在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

（二）伪证罪的概念

伪证罪，是指在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。

（三）伪证案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①伪证原物：
a. 物证；
b. 书证；
c. 证人证言；
d. 被害人陈述；
e. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解；
f. 鉴定结论；
g. 勘验、检查笔录；
h. 视听资料：
录音带；
录像带；
照片；
激光视盘；
微机数据库；
影片；
磁盘；
图；
画；
其他。
②隐匿罪证原物：

a. 物证；

b. 书证；

c. 证人证言；

d. 被害人陈述；

e. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解；

f. 鉴定结论；

g. 勘验、检查笔录；

h. 视听资料：

录音带；

录像带；

照片；

激光视盘；

微机数据库；

影片；

磁盘；

图；

画；

其他。

6. 书证：

(1) 虚假证明材料：

①侦查卷；

②预审卷；

③批捕卷；

④起诉卷；

⑤审判卷；

⑥执行卷。

(2) 虚假鉴定结论：

①侦查卷；

②预审卷；

③批捕卷；

④起诉卷；

⑤审判卷；

⑥执行卷。

(3) 虚假记录笔录：

①侦查卷；

②预审卷；

③批捕卷；

④起诉卷；

⑤审判卷；

⑥执行卷。

(4) 虚假翻译材料：

①侦查卷；

②预审卷；

③批捕卷；

④起诉卷；

⑤审判卷；

⑥执行卷。

(5) 隐匿的罪证材料：

①证明；

②鉴定结论；

③笔录；

④译文；

⑤其他。

(6) 卷宗目录；

(7) 物证袋备忘录；

(8) 罪证来源证明材料；

(9) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 同谋人证言；

(6) 关系人证言；

(7) 请托人证言；

(8)“搭档”证言；

(9) 检察员证言；
(10) 审判长证言；
(11) 审判员证言；
(12) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 文检鉴定；
(2) 技术鉴定；
(3) 其他。
11. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
(3) 其他。
12. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 照片；
(4) 微机数据库；
(5) 其他。
13. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物：
①笔、墨、纸；
②稿纸；

③图章；

④录音机；

⑤录音带；

⑥其他。

14．证明行为人伪证犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人构成犯罪主体的证据：

①证人；

②鉴定人；

③记录人；

④翻译人。

(2) 证明行为人实施伪证行为的证据：

①虚假证明；

②虚假鉴定；

③虚假记录；

④虚假翻译。

(3) 证明行为人隐匿罪证行为的证据：

①物证；

②书证；

③证人证言；

④被害人陈述；

⑤犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解；

⑥鉴定结论；

⑦勘验、检查笔录；

⑧视听资料：

a. 录音带；

b. 录像带；

c. 微机数据库：

d. 照片；

e. 磁盘；

f. 激光视盘；

g. 其他。

(4) 证明行为人“情节严重”行为的证据。

15．证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 陷害他人；

b. 隐匿罪证；

c. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 情节严重；

b. 其他。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①虚；

②假；

③隐匿。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

(四) 伪证罪诉讼证据专业用语简释

1. 证人：是指与刑事案件无直接利害关系，向司法机关提供自己知道的案件情况的诉讼参与人。

2. 鉴定人：是指受司法机关的指派、聘请，对案件中某些专门性的问题进行鉴定，并作出书面结论，具有专门知识的诉讼参与人。

3. 记录人：是指在刑事诉讼过程中，担任司法机关文字记录的人。

4. 翻译：是指受司法机关指定或聘请担任语言翻译的诉讼参与人。

5. 虚假：是指不真实的证据材料，具体表现为无中生有，虚构、伪造案件的事实和证据。

6. “重要关系的情节”：是指能决定案件性质及罪行轻重的事实，有法定情节和酌定情节之分。

7. 法定情节：是指法律明确规定在量刑时应当予以考虑的情节，包括从轻、减轻、免除刑罚以及从重、加重处罚的情节。

8. 酌定情节：是指法律没有作出明确规定，由人民法院根据刑事立法精神和有关刑事政策，从审判经验中总结出来的，在量刑时应当灵活掌握酌情适用的情节。常见的酌定情节有：犯罪的动机、手段、时间、地点、侵害对象、损害结果和犯罪分子的一贯表现，犯罪后的态度等。

9. 刑事诉讼：一般是指公、检、法机关围绕确认犯罪嫌疑人、被告人刑事责任问题，依照刑事诉讼法所进行的一切活动，是指立案、侦查、起诉、审判、执行。

六、倒卖文物案件的举证范围

(一) 倒卖文物罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百二十六条　以牟利为目的，倒卖国家禁止经营的文物，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

（二）倒卖文物罪的概念

倒卖文物罪，是指以牟利为目的，倒卖国家禁止经营的文物，情节严重的行为。

（三）倒卖文物案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

①户口簿；

②微机户口底卡；

③居民身份证；

④工作证；

⑤专业或技术等级证；

⑥职工登记表；

⑦出生证；

⑧护照；

⑨其他。

(2) 证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：

①法人工商注册登记证明；

②法人设立注册登记证明；

③法人代表身份证明：

a. 户口簿；

b. 微机户口底卡；

c. 居民身份证；

d. 工作证；

e. 护照；

f. 企业法人证明书；

g. 其他。

④营业执照；

⑤其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书;
(4) 劳动教养决定书;
(5) 解除劳动教养决定书;
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①一级文物;
②二级文物;
③三级文物;
④货币:
a. 人民币;
b. 美元;
c. 马克;
d. 其他。
6. 书证:
(1) 文物等级证明;
(2) 珍贵文物确认文件文本;
(3) 地方志记载文本;
(4) 收据;
(5) 发票;
(6) 考证资料;
(7) 其他。
7. 证人证言:
(1) 侦查员(或探长)证言;
(2) 侦查活动的见证人证言;
(3) 鉴定人证言;

(4) 亲属证言；
(5) 朋友证言；
(6) 购买者证言；
(7) 发现人证言；
(8) 知情人证言；
(9) 出售者证言；
(10) 邻居证言；
(11) 目睹人证言；
(12) 其他。
8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
9. 鉴定结论：
(1) 文物等级；
(2) 其他。
10. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 交易现场；
b. 截获现场；
c. 窝藏现场；
d. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
11. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 微机数据库；
(4) 照片；

(5) 其他。

12. 作案工具:

(1) 照片;

(2) 实物。

13. 倒卖文物数量、价值、影响:

(1) 一级文物;

(2) 二级文物;

(3) 三级文物。

14. 非法所得数额。

15. 起赃笔录。

16. 收缴笔录。

17. 退赃笔录。

18. 获利数额。

19. 证明行为人倒卖文物犯罪行为的证据:

(1) 证明行为人倒卖一级文物行为的证据;

(2) 证明行为人倒卖二级文物行为的证据;

(3) 证明行为人倒卖三级文物行为的证据;

(4) 证明行为人倒卖文物情节严重行为的证据;

(5) 证明行为人倒卖文物情节特别严重行为的证据。

20. 证明下列各点的其他证据:

(1) 故意:

①动机;

②目的:

a. 非法获利;

b. 牟利;

c. 营利;

d. 其他。

(2) 情节:

①事实情节:

a. 情节严重;

b. 情节特别严重。

②法定从重处罚情节;

③法定加重处罚情节;

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①买；

②卖；

③其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）倒卖文物罪诉讼证据专业用语简释

1. 文物保护法规：主要指违反国家《文物保护法》等关于文物保护制度和管理秩序的法律法规。

2. 一级文物、二级文物、三级文物：见本章第四节“珍贵文物”项。

3. 倒卖：指非法进行买卖文物的行为，包括对文物的非法收购、贩卖和转手倒卖。

4. 文物：见本章第七节“盗掘古文化遗址、古墓葬罪诉讼证据规格专业用语简释”。

5. 情节严重、情节特别严重：应根据所倒卖文物的等级、数量、评定的价格、非法牟利数额以及其他情节，分别适用“情节严重”或“情节特别严

重”。

七、非法行医案件的举证范围

（一）非法行医罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百三十六条　未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。

（二）非法行医罪的概念

非法行医罪，是指未取得医生资格的人非法行医，情节严重的行为。

（三）非法行医案件的举证范围

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

（3）不起诉决定书；

（4）劳动教养决定书；

（5）解除劳动教养决定书；

（6）其他劣迹。

3．案发证明：

（1）投案记录；

（2）报案记录；

（3）举报、控告记录及信件；

（4）其他。

4．作案时间、地点证明。

5．物证：

（1）照片；

（2）物证：

①医疗器械；

②医用材料；

③医药：

a．中成药；

b．饮片；

c．制剂；

d．医疗性原药；

e．麻醉药；

f．其他。

④其他。

6．书证：

（1）病历；

（2）诊断；

（3）处方；

（4）化验单；

（5）医嘱；

（6）治疗方案；

（7）护理记录；

（8）医疗费收据；

（9）透视单；

（10）照相单；

（11）注射单；

（12）化疗单；

（13）手术方案；

(14) 知医执照；

(15) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 患者证言；

(5) 家属证言；

(6) 护理人证言；

(7) 知情人证言；

(8) 发现人证言；

(9) 医疗卫生主管部门证言；

(10) 其他。

8. 被害人陈述。

9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10. 鉴定结论：

(1) 误诊鉴定；

(2) 事故鉴定；

(3) 医疗鉴定；

(4) 用药鉴定；

(5) 医嘱鉴定；

(6) 药物鉴定；

(7) 呕吐物鉴定；

(8) 排泄物鉴定；

(9) 胃存物鉴定；

(10) 其他。

11. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 非法行医现场；

b. 医疗事故现场；

c. 手术现场；

d. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 人身：

①人身照片；

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体：

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 微机数据库；

(4) 照片；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物。

14. 医疗卫生主管部门认定意见。

15. 非法所得数额。

16. 起赃笔录。

17. 收缴笔录。

18. 退赃笔录。

19. 非法行医次数、人数。

20．证明行为人非法行医犯罪行为的证据；

（1）证明行为人未取得医生执业资格行为的证据：

（2）证明行为人非法行医的证明；

（3）证明行为人非法行医造成医疗事故、误诊等情节严重的后果行为的证据；

（4）证明行为人非法行医屡教不改、滥定收费标准行为的证据；

（5）证明行为人造成病人死亡后果行为的证据；

（6）证明行为人严重损害病人身体健康后果行为的证据。

21．证明下列各点的其他证据：

（1）故意：

①动机；

②目的：

a．获取非法利润；

b．牟利；

c．营利；

d．其他。

（2）情节：

①事实情节：

a．情节严重；

b．严重损害就诊人身体健康；

c．造成就诊人死亡。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a．可以从轻处罚；

b．可以从轻或者减轻处罚；

c．应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a．可以从轻、减轻或者免除处罚；

b．应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a．可以减轻或者免除处罚；

b．应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段:

①未取得医生执业资格;

②非法行医。

(4) 后果;

(5) 危害;

(6) 犯罪嫌疑人(或被告人)经济状况;

(7) 犯罪嫌疑人(或被告人)平时表现;

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

(四) 非法行医罪诉讼证据专业用语简释

1. 误诊:错误的诊断。这里指耽误了对病情的正确诊断。

2. 医疗事故:指在诊断工作中,主要由于医务人员责任心不强或者医疗技术经验不足而造成医疗上的错误,以致增加病人的病痛,甚至危及生命的事故。对事故的确认和处理,应当根据具体情况作具体分析。

3. 医嘱:医师根据病情的需要拟定书面医嘱,作为医护人员具体执行的依据。医嘱的项目包括病人的饮食、用药、化验、卧位、手术前的准备、手术后的处理等。

4. 非法行医:是指未取得医生执业资格而行医的行为,既包括不是医生而给人诊疗的人,又包括未经医疗卫生主管部门批准而开业行医的人。

5. 情节严重:指非法行医屡教不改;非法行医滥定收费标准;非法行医造成就诊人死亡;非法行医严重损害就诊人身体健康,等等。

6. 严重损害就诊人身体健康:见本章第八节“医疗事故罪诉讼证据适用规格专业用语简释”。

八、走私、贩卖、运输、制造毒品案件的举证范围

一、走私、贩卖、运输、制造毒品罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定:

……

第三百四十七条 走私、贩卖、运输、制造毒品,无论数量多少,都应当追究刑事责任,予以刑事处罚。

走私、贩卖、运输、制造毒品，有下列情形之一的，处十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产：

（一）走私、贩卖、运输、制造鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的；

（二）走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；

（三）武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的；

（四）以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；

（五）参与有组织的国际贩毒活动的。

走私、贩卖、运输、制造鸦片二百克以上不满一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不满五十克或者其他毒品数量较大的，处七年以上有期徒刑，并处罚金。

走私、贩卖、运输、制造鸦片不满二百克、海洛因或者甲基苯丙胺不满十克或者其他少量毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯第二款、第三款、第四款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。

利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。

对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。

……

第三百五十六条 因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯本节规定之罪的，从重处罚。

第三百五十七条 本法所称的毒品，是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒)、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。

毒品的数量以查证属实的走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品的数量计算，不以纯度折算。

二、走私、贩卖、运输、制造毒品罪的概念

走私、贩卖、运输、制造毒品罪，是指违反毒品管制法规，明知是毒品而予以走私、贩卖、运输、制造毒品的行为。

三、走私、贩卖、运输、制造毒品罪诉讼证据规格的构成

走私、贩卖、运输、制造毒品罪诉讼证据规格的构成，必须同时具有证明

该罪构成要件的形态证据，即一是必须具有证明侵犯国家对毒品的管理制度和社会管理秩序、对外贸易管理制度等复杂客体的形态证据；二是必须具有证明在客观方面表现为，行为人违反毒品管理和海关法规，实施了明知是毒品而故意走私、贩卖、运输、制造鸦片、海洛因、吗啡、大麻、可卡因和其他毒品行为以及下列情形的形态证据：(1) 走私、贩卖、运输、制造鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的；(2) 走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；(3) 武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的；(4) 以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；(5) 参与有组织的国际贩毒活动的。此外，还包括利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成人出售毒品的；多次走私、贩卖、运输、制造毒品未经处理的；因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑又犯本罪的，等等。三是必须具有证明达到法定刑事责任年龄，具有刑事责任能力的自然人、单位及其主管人员、责任人员等一般主体的形态证据；四是必须具有证明由主观故意构成（虽具有“牟利”目的的“内容”，但非本罪必需构成要件）的形态证据。

四、走私、贩卖、运输、制造毒品罪诉讼证据规格的形态证据体系

（一）犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

1．证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2．证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：

(1) 法人工商注册登记证明；

(2) 法人设立注册登记证明；

(3) 法人代表身份证明：

①户口簿；

②微机户口底片；

③居民身份证；

④工作证；

⑤护照；

⑥企业法人证明书；

⑦其他。

(4) 营业执照；

(5) 住所地证明。

(二) 前科劣迹：

1. 判决书；

2. 释放证明书；

3. 不起诉决定书；

4. 劳动教养决定书；

5. 解除劳动教养决定书；

6. 其他劣迹。

(三) 案发证明：

1. 投案记录；

2. 报案记录；

3. 举报、控告记录及信件；

4. 其他。

(四) 作案时间、地点证明。

(五) 物证：

1. 照片；

2. 实物：

(1) 走私毒品的实物：

①鸦片；

②海洛因；

③吗啡；

④大麻；

⑤可卡因；

⑥杜冷丁；

⑦福可定；
⑧安纳加；
⑨咖啡因；
⑩人民币；
⑪外币；
⑫其他。
(2) 贩卖毒品的实物：
①鸦片；
②海洛因；
③吗啡；
④大麻；
⑤可卡因；
⑥杜冷丁；
⑦福可定；
⑧安纳加；
⑨咖啡因；
⑩人民币；
⑪外币；
⑫其他。
(3) 运输毒品的实物：
①鸦片；
②海洛因；
③吗啡；
④大麻；
⑤可卡因；
⑥杜冷丁；
⑦福可定；
⑧安纳加；
⑨咖啡因；
⑩其他。
(4) 制造毒品原物：
①鸦片；
②罂粟；

③双子叶（植物）

④古可叶；

⑤醋酸干；

⑥乙醚；

⑦三氯甲烷；

⑧其他。

（六）书证：

1. 支票；
2. 汇票；
3. 发票；
4. 收据；
5. 信件；
6. 电报；
7. 假伪标识；
8. 假证明；
9. 银行账；
10. 现金账；
11. 记账凭证；
12. 货单；
13. 仓单；
14. 托运单；
15. 邮单；
16. 隐匿毒品的货物报关单；
17. 假合同；
18. 冒名经贸协议书；
19. 商检单；
20. 其他。

（七）证人证言：

1. 侦查员（或探长）证言；
2. 侦查活动的见证人证言；
3. 鉴定人证言；
4. 知情人证言；

5. 同谋者证言；
6. 海关人员证言；
7. 边境检查人员证言；
8. 发现者证言；
9. 购买毒品者证言；
10. 被利用的未成年人证言；
11. 被教唆的未成年人证言；
12. 购买毒品的未成年人证言；
13. 同事证言；
14. 邻居证言；
15. 单位领导证言；
16. 共犯供述；
17. 胁从者证言；
18. 亲友证言；
19. 关系人证言；
20. 其他。

（八）被害人陈述。

（九）犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

（十）鉴定结论：

1. 文检鉴定；
2. 毒品鉴定：
(1) 鸦片；
(2) 海洛因；
(3) 吗啡；
(4) 大麻；
(5) 可卡因；
(6) 其他。
3. 毒品价值鉴定：
(1) 走私；
(2) 贩卖；
(3) 运输；
(4) 制造。

4．其他。

（十一）勘验、检查笔录：

1．现场：

（1）现场勘查图；

（2）现场照片；

（3）现场勘验、检查笔录；

（4）勘查现场范围：

①截获（走私）现场；

②贩卖现场；

③运输现场；

④制造现场。

2．物证：

（1）物证勘查图；

（2）物证照片；

（3）物证勘验、检查笔录；

（4）其他。

3．人身：

（1）人身照片；

（2）检查笔录；

（3）其他。

4．尸体：

（1）现场勘查图；

（2）现场尸体照片；

（3）勘查笔录；

（4）检查笔录；

（5）其他。

（十二）视听资料：

1．录音带；

2．录像带；

3．微机数据库；

4．照片；

5．其他。

（十三）作案工具：

1．照片；

2．实物：

（1）伪装物；

（2）提包；

（3）邮件；

（4）行李；

（5）车辆；

（6）隐私物；

（7）夹带物；

（8）藏匿物；

（9）人体；

（10）其他。

（十四）走私毒品数量、价值数额、去向：

1．鸦片；

2．海洛因；

3．吗啡；

4．大麻；

5．可卡因；

6．其他。

（十五）贩卖毒品数量、价值数额、去向：

1．鸦片；

2．海洛因；

3．吗啡；

4．大麻；

5．可卡因；

6．其他。

（十六）运输毒品数量、价值数额、去向：

1．鸦片；

2．海洛因；

3．吗啡；

4．大麻；

5．可卡因；

6．其他。

（十七）制造毒品数量、价值数额、去向：

1．鸦片；

2．海洛因；

3．吗啡；

4．大麻；

5．可卡因；

6．醋酸干；

7．乙醚；

8．三氯甲烷；

9．其他。

（十八）退赃笔录。

（十九）非法所得数额。

（二十）起赃笔录。

（二十一）收缴笔录。

（二十二）销毁、封存证明。

（二十三）获利数额。

（二十四）证明行为人走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪行为的证据：

1．证明行为人走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪行为的证据：

（1）鸦片二百克以上不满一千克；

（2）海洛因或甲基苯丙胺十克以上不满五十克；

（3）其他毒品数量较大的；

（4）鸦片不满二百克；

（5）海洛因、甲基苯丙胺不满十克；

（6）其他少量毒品的；

（7）情节严重的。

2．证明行为人走私、贩卖、运输、制造毒品事实情节的证据：

（1）走私、贩卖、运输、制造鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的；

(2) 走私、贩买、运输、制造毒品集团的首要分子;

(3) 武器掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的;

(4) 以暴力抗拒检查、拘留、逮捕,情节严重的;

(5) 参与有组织的国际贩毒活动的。

3. 证明行为人利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品行为的证据;

4. 证明行为人向未成年人出售毒品行为的证据;

5. 证明行为人多次走私、贩卖、运输、制造毒品未经处理的证据。

(二十五) 证明下列各点的其他证据:

1. 故意:

(1) 动机;

(2) 目的:

①获得非法利润;

②牟利;

③营利;

④其他。

2. 情节:

(1) 事实情节:

①少量毒品的;

②毒品数量较大的;

③情节严重的;

④鸦片一千克以上;

⑤海洛因或甲基苯丙胺五十克以上;

⑥集团首要分子;

⑦以武装掩护的;

⑧暴力抗拒检查、拘留、逮捕、情节严重的;

⑨参与有组织的国际贩毒活动的。

(2) 法定从重处罚情节;

(3) 法定加重处罚情节;

(4) 法定从轻、减轻处罚情节:

①可以从轻处罚;

②可以从轻或者减轻处罚;

③应当从轻或者减轻处罚。

(5) 法定从轻、减轻、免除处罚情节：

①可以从轻、减轻或者免除处罚；

②应当从轻、减轻或者免除处罚。

(6) 法定减轻、免除处罚情节：

①可以减轻或者免除处罚；

②应当减轻或者免除处罚；

③可以免除处罚。

(7) 酌定情节。

3. 手段：

(1) 走私；

(2) 贩买；

(3) 运输；

(4) 制造。

4. 后果；

5. 危害；

6. 犯罪嫌疑（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；

7. 犯罪嫌疑（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；

8. 群众意见；

9. 认罪态度；

10. 其他。

五、走私、贩卖、运输、制造毒品罪诉讼证据规格专业用语简释

（一）毒品：

是专门的法律用语，是指国务院规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品，如鸦片、海洛因、吗啡、大麻、可卡因等等。

（二）精神药品：

直接作用于中枢神经系统的药品，包括中枢神经系统抑制药、中枢拟交感药、中枢神经系统兴奋药、大麻类、尼古丁及致幻剂以及吸入性有机溶煤类。短期内过量服用这类药品会急性中毒，而长期用药会导致人体对药物的依赖性，这种不良后果称为慢性中毒。

（三）麻醉药品：

包括海洛因、吗啡、可卡因、杜冷丁等药品，在医学上主要是用于镇痛和

镇定的药品。如果是非医疗性连续使用，易产生身体的依赖性，形成瘾癖。

（四）毒品原植物：

用以加工、提炼鸦片、吗啡、可卡因、海洛因等麻醉药品和精神药品的原植物。主要有鸦片罂粟、大麻植物和古柯树等。

（六）走私：

是指违反海关法规，非法运输、携带、邮寄国家禁止出口的鸦片、海洛因、吗啡、基苯丙胺（冰毒）、大麻、可卡因等毒品进出国（边）境的行为。

（七）贩卖：

是指非法销售包括在境内非法转手倒卖毒品，或者以贩卖为目的而非法收买毒品，或者自行制造、.自行销售毒品的行为。

（八）运输：

是指采用携带、邮寄、利用他人或者使用交通工具等方法非法运输毒品的行为。

（九）制造：

是指非法从毒品原植物中直接提炼毒品，或者用化学合成方法加工、配制毒品的行为。

九、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利案件的举证范围

一、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百六十三条 以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

……

第三百六十六条 单位犯本节第三百六十三条、第三百六十四条、第三百六十五条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该条的规定处罚。

第三百六十七条 本法所称淫秽物品，是指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品。

有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品。

包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不是淫秽物品。

二、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的概念

制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪，是指以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为。

三、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪诉讼证据规格的构成

制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪诉讼证据规格的构成，必须同时具有证明该罪构成要件的形态证据，即一是必须具有证明侵犯社会主义社会风尚和社会管理秩序等复杂客体的形态证据。二是必须具有证明在客观方面表现为，行为人违反文化市场管理法规，实施了如下行为的形态证据：(1) 以牟利为目的，制作、贩卖淫秽的书刊、影片、录像带、录音带、图片或者其他淫秽物品的行为；(2) 以牟利为目的，复制、出版淫秽的书刊、影片、录像带、录音带、图片或者其他淫秽物品的行为；(3) 以牟利为目的，通过出租、携带、播放、承运、出借、邮寄等方式，传播淫秽物品的行为。三必须具有证明达到法定刑事责任年龄，具有刑事责任能力的自然人、单位及其主管人员、责任人员等一般主体的形态证据；四是必须具有证明由主观故意构成，并且具有“牟利”目的“内容”的形态证据。

四、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪诉讼证据规格的形态证据体系

(一) 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

1. 证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2．证明法人（或其他组织负责人）姓名、职务、单位住所地的证据：

(1) 法人工商注册登记证明；

(2) 法人设立注册登记证明；

(3) 法人代表身份证明；

①户口簿；

②微机户口底片；

③居民身份证；

④工作证；

⑤护照；

⑥企业法人证明书；

⑦其他。

(4) 营业执照；

(5) 住所地证明。

（二）前科劣迹：

1．判决书；

2．释放证明书；

3．不起诉决定书；

4．劳动教养决定书；

5．解除劳动教养决定书；

6．其他劣迹。

（三）案发证明：

1．投案记录；

2．报案记录；

3．举报、控告记录及信件；

4．其他。

（四）作案时间、地点证明。

（五）物证：

1．照片；

2．实物：

(1) 淫秽音像制品实物：

①单纯的录音淫秽物品（包括对话和声响）录音带、唱片、激光视盘：

a.《花弄影》；

b.《一夜销魂》；

c.《毛毛歌》；

d.《性欲奇谈》；

e.《性爱第一次》；

f. 其他。

②音像结合的淫秽物品实物：

a. 电视片；

b. 电影；

c. 录像片；

d. 幻灯片；

e. 激光视盘；

f. 其他。

(2) 淫秽读物实物：

①原版的境外书刊画报：

a.《斯克普鲁公司》；

b.《花花公子》；

c.《龙虎豹》；

d.《禁果园》；

e.《新奇周报》；

f.《鬼节特辑》；

g.《新素女经》；

h.《老爷车》；

i.《蓝皮书》；

j.《新文摘》；

k.《狐狸精》；

l.《男女》；

m.《性潮》；

n.《新知》；

o.《异性》；

p.《黑云》；

q.《神趣》；

r.《龙屋》；

s.《玫瑰梦》；

t.《情场赌徒》；

w.《邪仙陆飘飘》；

x.《少女之心》；

y.《曼娜回忆录》；

z. 其他。

(3) 淫秽图照实物；

(4) 淫秽实物；

(5) 淫秽游戏软件；

(6) 其他淫秽物品实物：

①装有裸体女人像的实物：

a. 文具盒；

b. 圆珠笔；

c. 其他。

②印有裸体女人像的实物：

a. 台历；

b. 挂历；

c. 其他。

（六）书证：

1. 购销合同；

2. 生产计划书；

3. 生产日报表；

4. 统计报表；

5. 入库单；

6. 产成品账；

7. 出库单；

8. 销售计划；

9. 发票；

10. 发票存根；

11. 支票；

12. 汇票；

13. 帐簿；

14．记账凭证；
15．传票；
16．银行账；
17．现金账；
18．电报；
19．会议记录；
20．文件；
21．电传；
22．欠据；
23．便条；
24．仿制件；
25．初审稿；
26．终审稿；
27．校对稿；
28．复制件；
29．刻印件；
30．其他。

（七）证人证言：

1．侦查员（或探长）证言；
2．侦查活动的见证人证言；
3．鉴定人证言；
4．知情人证言；
5．购销单位证言；
6．个体书店证言；
7．个体书摊证言；
8．书店证言；
9．读者证言；
10．文化市场管理办公室证言；
11．生产工人证言；
12．质检员证言；
13．车间主任证言；
14．推销员证言；
15．营业员证言；

16. 同事证言；
17. 亲友证言；
18. 同谋者证言；
19. 发现者证言；
20. 编辑证言；
21. 校对证言；
22. 编审证言；
23. 其他。

（八）犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

（九）鉴定结论：

1. 文检鉴定；
2. 淫秽录音带鉴定；
3. 淫秽录像带鉴定；
4. 淫秽影片鉴定；
5. 淫秽对话、声响鉴定；
6. 淫秽激光视盘鉴定；
7. 淫秽物品鉴定；
8. 淫秽实物鉴定；
9. 审计鉴定；
10. 会计鉴定；
11. 其他。

（十）勘验、检查笔录：

1. 现场：
(1) 现场勘查图；
(2) 现场照片；
(3) 现场勘验、检查笔录；
(4) 勘查现场范围：
①印制现场；
②仓储现场；
③销售现场；
④查获现场。
(5) 其他。

2. 物证：

(1) 物证勘查图；

(2) 物证照片；

(3) 物证勘验、检查笔录；

(4) 其他。

(十一) 视听资料：

1. 录音带；

2. 录像带；

3. 微机数据库；

4. 照片；

5. 其他。

(十二) 作案工具：

1. 照片；

2. 实物：

(1) 印刷机；

(2) 制作工具；

(3) 电脑；

(4) 生产设施；

(5) 运输车辆；

(6) 其他。

(十三) 制作淫秽物品数量、价值。

(十四) 复制淫秽物品数量、价值。

(十五) 出版淫秽物品数量、价值。

(十六) 贩卖淫秽物品数量、价值。

(十七) 传播淫秽物品数量、价值。

(十八) 退赃笔录。

(十九) 非法经营数额、非法所得数额、去向。

(二十) 起赃笔录。

(二十一) 收缴笔录。

（二十二）锁毁、款存证明。

（二十三）获利数额。

（二十四）证明行为人制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利犯罪行为的证据：

1．证明行为人制作淫秽物品行为的证据：

(1) 淫秽音像制品；

(2) 淫秽读物；

(3) 淫秽图照；

(4) 淫秽实物；

(5) 淫秽游戏软件；

(6) 其他淫秽物品。

2．证明行为人复制淫秽物品行为的证据：

(1) 淫秽音像制品；

(2) 淫秽读物；

(3) 淫秽图照；

(4) 淫秽实物；

(5) 淫秽游戏机软件；

(6) 其他淫秽物品。

3．证明行为人出版淫秽物品行为的证据：

(1) 淫秽音像制品；

(2) 淫秽读物；

(3) 淫秽图照；

(4) 淫秽实物；

(5) 淫秽游戏机软件；

(6) 其他淫秽物品。

4．证明行为人贩卖淫秽物品行为的证据：

(1) 淫秽音像制品；

(2) 淫秽读物；

(3) 淫秽图照；

(4) 淫秽实物；

(5) 淫秽游戏机软件；

(6) 其他淫秽物品。

5. 证明行为人传播淫秽物品行为的证据：

(1) 播放；

(2) 出租；

(3) 出借；

(4) 承运；

(5) 邮寄；

(6) 携带；

(7) 其他。

6. 证明行为人制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品情节严重行为的证据；

7. 证明行为人制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品情节特别严重行为的证据。

(二十五) 证明下列各点的其他证据：

1. 故意：

(1) 动机；

(2) 目的；

①获取非法利润；

②牟利；

③营利；

④其他。

2. 情节；

(1) 事实情节：

①情节严重；

②情节特别严重。

(2) 法定从重处罚情节；

(3) 法定加重处罚情节；

(4) 法定从轻、减轻处罚情节：

①可以从轻处罚；

②可以从轻或者减轻处罚；

③应当从轻或者减轻处罚。

(5) 法定从轻、减轻、免除处罚情节：

①可以从轻、减轻或者免除处罚；

②应当从轻、减轻或者免除处罚。

(6) 法定减轻、免除处罚情节：

①可以减轻或者免除处罚；

②应当减轻或者免除处罚；

③可以免除处罚。

(7) 酌定情节。

3. 手段：

(1) 制作；

(2) 复制；

(3) 出版；

(4) 贩卖；

(5) 传播。

4. 后果；

5. 危害；

6. 犯罪嫌疑（或被告人、法人或者其他组织负责人）经济状况；

7. 犯罪嫌疑（或被告人、法人或者其他组织负责人）平时表现；

8. 群众意见；

9. 认罪态度；

10. 其他。

五、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪诉讼证据规格专业用语简释

（一）制作淫秽物品的行为：

指生产、录制、摄制、编写、翻译、绘画、印刷、洗印、刻印各种淫秽物品的行为。

（二）复制淫秽物品的行为：

指在已有淫秽物品的基础上，进行仿造或者再现的行为。

（三）出版淫秽物品的行为：

指出版单位以合法的名义编辑、印刷、发行淫秽书刊和淫秽音像制品的行为。

（四）贩卖淫秽物品的行为：

指各种零售、批发、邮寄、托运、寄卖、搭卖以及其他售卖淫秽物品的行为。

（五）传播淫秽物品的行为：

指通过播放、出租、出借、承运、邮寄、携带等方式致使淫秽物品流行流传的行为。

第七节　贪污贿赂案件的举证范围

一、贪污案件的举证范围

（一）贪污罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

第三百八十二条　国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。

与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。

第三百八十三条　对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

（一）个人贪污数额在十万元以上的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。

（二）个人贪污数额在五万元以上不满十万元以的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。

（三）个人贪污数额在五千元以上不满五万元的，处一年以上七年以下有期徒刑；情节严重的，处七年以上十年以下有期徒刑。个人贪污数额在五千元以上不满一万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免予刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

（四）个人贪污数不满五千元，情节较严重的，处二年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。

……

第三百九十四条　国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的，依照本法第三百八十二

条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

（二）贪污罪的概念

贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的行为。

（三）贪污罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

(1) 照片；

(2) 实物：

①赃款原物：

a. 人民币；

b. 美元；

c. 港币；

d. 英镑；

e. 日元；

f. 瑞士法郎；

g. 外汇券；

h. 股票；

i. 债券；

j. 信用卡；

k. 其他。

②赃物原物：

a. 金银首饰；

b. 家具；

c. 房地产；

d. 汽车、摩托车、自行车等；

e. 电视机、影碟机、录音机；

f. 摄像机、照相机；

g. 电冰箱、电冰柜；

h. 电脑；

i. 服装；

j. 字画；

k. 古玩；

l. 其他。

6. 书证：

(1) 伪造、涂改的单据；

(2) 伪造、涂改的发票；

(3) 伪造、涂改的账簿；

①现金账；

②备品账；

③其他。

(4) 毁损的账簿；
(5) 毁损的传票；
(6) 毁损的单据；
(7) 毁损的记账凭证；
(8) 笔记本；
(9) 存折；
(10) 存单；
(11) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 财会人员证言；
(6) 主管负责人证言；
(7) 物品管理人员证言；
(8) 同谋人证言；
(9) 知情人证言；
(10) 发现人证言；
(11) 单位领导证言；
(12) 其他。
8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
9. 鉴定结论：
(1) 文检鉴定；
(2) 会计鉴定；
(3) 审计鉴定；
(4) 指纹鉴定；
(5) 其他鉴定；
10. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 赃物藏匿现场；

b. 赃款藏匿现场；

c. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

11. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 微机数据库；

(4) 照片；

12. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物。

13. 贪污财物数量。

14. 贪污公款数额。

15. 赃款去向：

(1) 隐藏；

(2) 转移；

(3) 赌博；

(4) 挥霍；

(5) 其他。

16. 起赃笔录。

17. 收缴笔录。

18. 退赃笔录。

19. 销毁证明。

20. 证明行为人贪污犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人利用职务上的便利，非法占有公共财物、国有财物行为的证据：

①侦查人员、检察人员和审判人员侵吞赃款、赃物、赃款利息行为的证

据；

②税务人员侵吞税款行为的证据；

③邮电人员侵吞委托运输、邮寄的财物行为的证据；

④电业人员侵吞电费行为的证据；

⑤自来水人员侵吞水费行为的证据。

(2) 证明行为人利用职务上的便利，采取秘密窃取的方法，将自己主管经营的公共财物、国有财物非法占有行为的证据：

①售货员盗窃自己经管的销货款；

②仓库保管员盗窃自己保管的物资。

(3) 证明行为人利用职务上的便利，使用欺骗手段，以公开"合法"的形式将公共财物、国有财物骗归己有行为的证据：

①采购员用涂改、伪造单据虚报、冒领公款；

②售货员谎报亏损，侵吞公款。

(4) 证明行为人假公济私，将自己主管、经营的公共财物、国有财物非法占有行为的证据：

①主管人员巧立名目私分公款、公物；

②主管人员以奖金、假工资、补助费等名义侵吞公款。

21. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 获取非法利益；

b. 牟利；

c. 营利；

d. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 个人贪污数额在十万元以上，情节特别严重的；

b. 个人贪污数额在五万元以上不满十万元，情节特别严重的；

c. 个人贪污数额在五千元以上不满五万元，情节严重的；

d. 犯罪后有悔改表现、积极退赃的；

e. 个人贪污数额不满五千元，情节较重或情节较轻的。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①秘密侵吞；

②监守自盗；

③欺骗；

④其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）贪污罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 侵吞：是指国家工作人员利用职务上的便利，非法占有公共财物的行为；或者是受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员利用职务上的便利，非法占有国有财物的行为。

2. 盗窃：是指国家工作人员利用职务上的便利，采取秘密窃取的方法，将自己主管、经营的公共财物非法占有；或者是受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员利用职务上的便利，采取秘密窃取的方法，将自己主管、经营的国有财产非法占为己有，也就是通

常所说的监守自盗。

3．骗取：是指国家工作人员，利用职务上的便利，以获取公共财物为目的，使用欺骗的手段，以公开“合法”的形式将公共财物骗归己有的行为；或者是受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，以获取国有财物为目的，使用欺骗的手段，以公开“合法”的形式将国有财物骗归己有的行为。

4．利用职务上的便利：是指行为人利用本人职务范围内主管、支配和具体负责经管公共财物所形成的便利条件，以行使职务的名义、借口和便利，不为人知地或者“名正言顺”地将公共财物非法占为己有。

二、挪用公款案件的举证范围

（一）挪用公款罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百八十四条 国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。

（二）挪用公款罪的概念

挪用公款罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利性活动的，或者挪用公款数额较大，超过三个月未还的行为。

（三）挪用公款罪诉讼证据规格的形态证据体系

1．犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

(4) 工作证；
(5) 专业或技术等级证；
(6) 职工登记表；
(7) 出生证；
(8) 护照；
(9) 其他。
2. 前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①人民币；
②外币：
a. 美元；
b. 英镑；
c. 马克；
d. 法郎；
e. 日元；
f. 其他。
③支票、汇票、本票；
④股票；
⑤公债券；

⑥债券；

⑦用挪用的公款购买的财产：

a. 汽车；

b. 房地产；

c. 家用电器；

d. 电视机、音响；

e. 录放机、影碟机；

f. 录像设备；

g. 电脑；

h. 复印机；

i. 设备；

j. 原材料；

k. 牧场；

l. 鱼塘；

m. 船只；

n. 其他。

6. 书证：

(1) 单位账簿；

(2) 记账凭证；

(3) 取款支票；

(4) 银行账簿；

(5) 银行微机数据库复印件；

(6) 支票存根；

(7) 汇票；

(8) 汇票存根；

(9) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 使用人证言；

(6) 财会人员证言；

(7) 所在单位证言；
(8) 发现人证言；
(9) 用于营利活动见证人证言；
(10) 用于非法活动参与人证言；
(11) 关系人证言；
(12) 同谋人证言；
(13) 亲友证言；
(14) 其他。
8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
9. 鉴定结论：
(1) 文检鉴定；
(2) 审计鉴定；
(3) 会计鉴定；
(4) 其他。
10. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 挪用公款购买厂房、设备现场；
b. 挪用公款购买住宅楼现场；
c. 挪用公款进行营利活动购置货物存放现场；
d. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。
11. 视听资料：
(1) 录音带；
(2) 录像带；
(3) 微机数据库；

(4) 照片；

(5) 其他。

12．作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物。

13．挪用公款时间。

14．挪用公款数额。

15．挪用公款用途：

(1) 个人生活用：

①正常使用；

②赌博；

③炒股票；

④营利性活动：

a．走私；

b．入股吃红；

c．高利转贷；

d．投资建工厂；

e．投资建商店；

f．其他。

⑤挥霍；

⑥其他。

(2) 借给他人使用：

①营利活动；

②非法活动；

③其他。

16．案发前退还数额。

17．起赃笔录。

18．收缴笔录。

19．获利数额。

20．证明行为人挪用公款犯罪行为的证据：

(1) 证明个人使用行为的证据：

①行为人挪用公款进行走私活动行为的证据；

②行为人挪用公款进行营利性活动行为的证据：

a. 用公款投资建工厂；

b. 用公款投资建商店；

c. 用公款搞运输；

d. 用公款炒股。

③行为人挪用公款进行非法活动行为的证据：

a. 吸毒；

b. 嫖娼；

c. 赌博；

d. 包养“情妇”；

e. 其他。

④行为人挪用公款大兴土木为自己营建住宅行为的证据；

⑤其他。

(2) 证明将公款借给他人使用行为的证据：

①搞营利活动行为的证据；

②搞非法活动行为的证据。

(3) 证明行为人挪用公款数额较大、超过三个月未还行为的证据；

(4) 证明行为人挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用行为的证据。

21. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 获取非法利润；

b. 牟利；

c. 营利；

d. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 挪用单位资金；

b. 挪用救灾款；

c. 挪用抢险款；

d. 挪用防汛款；

e. 挪用优抚款；

f. 挪用扶贫款；

g. 挪用移民款；

h. 挪用救济款；

i. 其他。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①经手；

②管理。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）挪用公款罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 公款：是指国家和集体所有的货币资金，以及国家和集体管理、使用、汇兑、储存的私人所有的货币。

2. 主管：是指调拨、安排、使用或以其他方式支配在自己管理的单位内部的资金的职权，主要指领导人的职权。

3．经营：是指负责保管资金的人员的职权，如会计、出纳等。

4．经手：是指因执行职务后有领取或发放资金货币的职权，如采购员、推销员等。

三、受贿案件的举证范围

（一）受贿罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百八十五条　国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。

国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。

第三百八十六条　对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。

……

第三百八十八条　国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。

（二）受贿罪的概念

受贿罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。

（三）受贿罪诉讼证据规格的形态证据体系

1．犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

(8) 护照;
(9) 其他。
2. 前科劣迹:
(1) 判决书;
(2) 释放证明书;
(3) 不起诉决定书;
(4) 劳动教养决定书;
(5) 解除劳动教养决定书;
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明:
(1) 投案记录;
(2) 报案记录;
(3) 举报、控告记录及信件;
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证:
(1) 照片;
(2) 实物:
①人民币;
②外币:
a. 美元;
b. 马克;
c. 日元;
d. 英镑;
e. 其他。
③股票;
④债券;
⑤信誉卡;
⑥金银首饰;
⑦衣物;
⑧不动产:
a. 房屋;
b. 土地。

⑨车辆：

a. 汽车；

b. 摩托车；

c. 自行车。

⑩通讯工具：

a. 传呼机；

b. 移动电话。

⑪电脑设备；

⑫录像设备；

⑬家用电器：

a. 电视机；

b. 录放机；

c. 影碟机；

d. 电冰箱；

e. 音响。

⑭其他。

6. 书证：

(1) 信件；

(2) 发票；

(3) 收据；

(4) 银行存单；

(5) 账簿；

(6) 记录本；

(7) 存折；

(8) 便条；

(9) 请托函；

(10) 电话记录；

(11) 会议记录；

(12) 改判的法律文书；

(13) 释放证明书；

(14) 录取通知书；

(15) 入伍通知书；

(16) 安排工作的介绍信；

(17) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 行贿人证言：

①公民；

②法人；

③其他组织。

(6) 中间人证言；

(7) 关系人证言；

(8) 发现人证言；

(9) 亲友证言；

(10) 请托人证言；

(11) 关系人证言；

(12) 其他人（受权利、地位影响，为请托人服务的）国家机关工作人员证言；

(13) 同谋人证言；

(14) 其他。

8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

9. 鉴定结论：

(1) 文检鉴定；

(2) 审计鉴定；

(3) 会计鉴定；

(4) 其他。

10. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 赃物藏匿现场；

b. 不动产现场；

c. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

11. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 微机数据库；

(4) 照片；

(5) 其他。

12. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物。

13. 受贿赃物品数量、去向。

14. 受贿赃物价格鉴定。

15. 受贿赃款数额、去向。

16. 起赃笔录。

17. 收缴笔录。

18. 证明行为人受贿犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人"利用职务上的便利"行为的证据；

(2) 证明行为人为他人谋取利益行为的证据；

(3) 证明行为人利用本人职权或者地位形成的便利条件行为的证据；

(4) 证明行为人通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益行为的证据；

(5) 证明行为人索取他人财物行为的证据；

(6) 证明行为人非法收受他人财物行为的证据；

(7) 证明行为人在经济往来中，违反国家规定行为的证据：

①收受各种名义的回扣，归个人所有；

②收受各种名义的手续费，归个人所有。

(8) 证明行为人其他行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 获取非法利益；

b. 其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 受贿数额不满5千元，情节较轻的；

b. 受贿数额不满5千元，情节较重的；

c. 受贿数额5千元以上，情节严重的；

d. 受贿数额5万元以上，情节特别严重的；

e. 受贿数额10万元以上，情节特别严重的。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①开条子；

②出收据；

③名借实贿；

④低价购买高档商品；

⑤以提成、好处、辛苦、酬劳费等为名；

⑥其他。

(4) 后果;

(5) 危害;

(6) 犯罪嫌疑人(或被告人)经济状况;

(7) 犯罪嫌疑人(或被告人)平时表现;

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

(四) 受贿罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 国家工作人员:是指国家机关中从事公务的人员。

国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。

2. 为他人谋取利益:是指行为人为利用本人职务上的便利,包括物质利益或非物质利益,为行贿人谋取某种利益(包括正当利益和非正当利益),作为交换条件。

3. 利用职务上的便利:是指行为人利用本人现有职务的方便条件,进行索贿、受贿行为。

4. 利用职务:是指直接以自己管钱、物或人事等项权利受贿,再以自己的职权为他人谋取利益。

5. 索取他人财物:是指行为人直接、公开向他人索要财物。

6. 非法收受他人财物:是指行为人允诺或者默许为他人谋取利益,他人主动给予财物,行为人被动收取的行为。

7. 职权:本罪中第三百八十八条规定的“职权”,是指行为人职务范围内的权利。

8. 地位:本罪中第三百八十八条规定的“地位”,是指行为人所在的领导岗位、在领导身边工作或担负的特殊工作任务对其他国家工作人员所形成的影响力。

9. 通过其他国家工作人员职务上的行为:是指行为人本人没有直接为请托人谋取利益(不具有职务便利),而是让其他国家工作人员利用职务便利,为请托人谋取利益。

四、介绍贿赂案件的举证范围

（一）介绍贿赂罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百九十二条 向国家工作人员介绍贿赂，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

（二）介绍贿赂罪的概念

介绍贿赂罪，是指向国家机关工作人员介绍贿赂，情节严重的行为。

（三）介绍贿赂罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

（3）不起诉决定书；

（4）劳动教养决定书；

（5）解除劳动教养决定书；

（6）其他劣迹。

3. 案发证明：

（1）投案记录；

（2）报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件;

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证:

(1) 照片;

(2) 实物:

①人民币;

②外币:

a. 美元;

b. 英镑;

c. 马克;

d. 法郎;

e. 日元;

f. 其他。

③股票;

④债券;

⑤金银首饰;

⑥物品:

a. 家用电器;

b. 生活用品;

c. 交通工具;

d、通讯工具。

⑦其他。

6. 书证:

(1) 信件;

(2) 电报;

(3) 便条;

(4) 记录本;

(5) 银行存单;

(6) 存折;

(7) 电话记录;

(8) 发票;

(9) 物品清单;

(10) 其他。

7. 证人证言:

(1) 侦查员(或探长)证言;

(2) 侦查活动的见证人证言;

(3) 鉴定人证言;

(4) 知情人证言;

(5) 行贿人供述;

(6) 受贿人供述;

(7) 发现人证言;

(8) 关系人证言;

(9) 亲友证言;

(10) 其他。

8. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。

9. 鉴定结论:

(1) 文检鉴定;

(2) 指纹鉴定;

(3) 赃物估价鉴定。

10. 勘验、检查笔录:

(1) 现场:

①现场勘查图;

②现场照片;

③现场勘验、检查笔录;

④勘查现场范围:

a. 物品藏匿现场;

b. 赃款藏匿现场;

c. 其他。

(2) 物证:

①物证勘查图;

②物证照片;

③物证勘验、检查笔录;

④其他。

11. 视听资料:

(1) 录音带;

(2) 录像带；
(3) 微机数据库；
(4) 照片；
(5) 其他。
12. 作案工具：
(1) 照片；
(2) 实物。
13. 行贿人犯罪证明：
(1) 判决书；
(2) 其他。
14. 受贿人犯罪证明：
(1) 判决书；
(2) 其他。
15. 非法所得数额、去向。
16. 起赃笔录。
17. 收缴笔录。
18. 退赃笔录。
19. 证明行为人介绍贿赂犯罪行为的证据：
(1) 证明行为人与行贿人关系的证据；
(2) 证明行为人为受贿人沟通关系行为的证据；
(3) 证明行为人为行贿人牵线搭桥行为的证据；
(4) 证明行为人为受贿人牵线搭桥行为的证据；
(5) 证明行为人为行贿人撮合条件行为的证据；
(6) 证明行为人为受贿人撮合条件行为的证据；
(7) 证明行为人为获取非法利益行为的证据；
(8) 证明行为人为介绍贿赂情节严重行为的证据。
20. 证明下列各点的其他证据：
(1) 故意：
①动机；
②目的：
a. 谋取非法利润；
b. 从中取利；
c. 从中受益；

d. 其他。

(2) 情节:

①事实情节:

a. 情节严重;

b. 其他。

②法定从重处罚情节;

③法定加重处罚情节;

④法定从轻、减轻处罚情节:

a. 可以从轻处罚;

b. 可以从轻或者减轻处罚;

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节:

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚;

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节:

a. 可以减轻或者免除处罚;

b. 应当减轻或者免除处罚;

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段;

(4) 后果;

(5) 危害;

(6) 犯罪嫌疑人(或被告人)经济状况;

(7) 犯罪嫌疑人(或被告人)平时表现;

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

(四) 介绍贿赂罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 介绍:是指使行贿人和受贿人双方相识、了解、熟悉。

2. 贿赂:是指行贿人用财物买通受贿人,而获取非法利益。

五、巨额财产来源不明案件的举证范围

（一）巨额财产来源不明罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百九十五条　国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。

（二）巨额财产来源不明罪的概念

巨额财产来源不明罪，是指国家工作人员的财产或者支出明显超过其合法收入，且差额巨大，经责令说明来源，本人不能说明其来源合法的行为。

（三）巨额财产来源不明罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①现金：
a. 人民币；
b. 外币：
美元；
日元；
港币；
英镑；
其他。
②存款：
a. 活期存款单；
b. 定期存款单。
③有价证券：
a. 股票；
b. 国库券；
c. 其他债券。
④金银首饰；
⑤不动产：
a. 房屋；
b. 土地。
⑥车辆：
a. 汽车；
b. 摩托车。
⑦其他。
6. 书证：
(1) 银行存款存根；

(2) 存折；

(3) 财产折款清单：

①别墅；

②山庄；

③住房；

④交通工具；

⑤通讯工具；

⑥家电；

⑦山林；

⑧牧场；

⑨鱼塘；

⑩菜园；

⑪其他。

(4) 现金票额张数清单；

(5) 信件；

(6) 电报；

(7) 合法收入工资表；

(8) 合法收入来源清单：

①奖金；

②稿酬；

③遗产；

④馈赠；

⑤报酬；

⑥其他。

(9) 转移的财产清单；

(10) 其他。

7. 证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情节人证言；

(5) 机关负责人员证言；

(6) 邻居证言；

(7) 亲属证言;
(8) 其他。
8. 犯罪嫌疑人(或被告人)供述和辩解。
9. 鉴定结论:
(1) 文检鉴定;
(2) 指纹鉴定;
(3) 其他。
10. 勘验、检查笔录:
(1) 现场:
①现场勘查图;
②现场照片;
③现场勘验、检查笔录;
④勘查现场范围:
a. 不动产现场;
b. 其他。
(2) 物证:
①物证勘查图;
②物证照片;
③物证勘验、检查笔录;
④其他。
11. 视听资料:
(1) 录音带;
(2) 录像带;
(3) 微机数据库;
(4) 照片;
(5) 其他。
12. 作案工具:
(1) 照片;
(2) 实物。
13. 财产数额。
14. 起赃笔录。
15. 收缴笔录。
16. 证明行为人巨额财产来源不明犯罪行为的证据。

(1) 证明行为人工资、奖金合法收入的证据；
(2) 证明行为人的合法积蓄、存款的证据；
(3) 证明行为人依法继承财产的证据；
(4) 证明行为人合法的赠予、转让财产的证据；
(5) 证明行为人正当来源财产的证据；
(6) 证明行为人明显超过合法收入的证据：
①财产；
②支出。
(7) 证明行为人“差额巨大”行为的证据；
(8) 证明行为人的财产无合法来源行为的证据。
17. 证明下列各点的其他证据：
(1) 故意：
①目的；
②动机：
a. 谋取私利；
b. 其他。
(2) 情节：
①事实情节：
a. 差额巨大；
b. 其他。
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段:

①非法获取;

②其他。

(4) 后果;

(5) 危害;

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况;

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现;

(8) 群众意见;

(9) 认罪态度;

(10) 其他。

（四）巨额财产来源不明罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 合法收入：主要应包括以下几个方面：(1) 本人工资、奖金；(2) 本人的合法积蓄和存款；(3) 本人依法继承的财产；(4) 合法的赠予、转让或者其他正当来源的财产。

2. 国家工作人员：见本章第三节“受贿罪诉讼证据规格专业用语简释”。

3. 财产：是指行为人实际拥有的财产，包括住房、交通工具、通讯工具、家用电器、存款、现金、首饰、贵重金属等动产、不动产。

4. 支出：是指行为人已经对外支付的款物，包括赠与他人的款物。

5. 差额巨大：法律没有明确规定，但根据司法实践，一般应指5万元以上，以司法解释为准。

第八节　渎职案件的举证范围

一、玩忽职守案件的举证范围

（一）玩忽职守罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百九十七条　国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，本法另有规定的，依照规定。

国家机关工作人员徇私舞弊，犯前款罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。

（二）玩忽职守罪的概念

玩忽职守罪，是指国家机关工作人员玩忽职守，不履行或不认真履行职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

（三）玩忽职守罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；

(3) 不起诉决定书；

(4) 劳动教养决定书；

(5) 解除劳动教养决定书；

(6) 其他劣迹。

3. 案发证明：

(1) 投案记录；

(2) 报案记录；

(3) 举报、控告记录及信件；

(4) 其他。

4. 作案时间、地点证明。

5．物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①公共财产遭受重大损失的物品实物：
a. 建筑物：
楼房；
桥梁；
隧道；
电站；
其他。
b. 机械、电气设备：
机床；
工具；
发电机组；
电动机；
其他。
c. 运输工具：
大型货车；
装载汽车；
起重汽车；
其他。
d. 易燃易爆设备；
e. 食品加工设备；
f. 木材加工设备；
g. 大型计算机设备；
h. 电脑系统；
i. 其他。
②其他。
6．书证：
(1) 文件；
(2) 账簿；
(3) 会议记录；
(4) 批件；

(5) 电话记录；
(6) 传真；
(7) 电报；
(8) 发货票；
(9) 医疗手册；
(10) 医疗诊断；
(11) 记账凭证；
(12) 便条；
(13) 支票；
(14) 汇票；
(15) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 围观人证言；
(7) 发现人证言；
(8) 同事证言；
(9) 主管领导证言；
(10) 相关人证言；
(11) 关系人证言；
(12) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论。
(1) 法医鉴定：
①死亡；
②伤害；
③活（尸）体创口；
④血型：
a. 血衣；

b. 血迹。

⑤其他。

(2) 文检鉴定:

①笔迹;

②印章;

③文件;

④其他。

(3) 物品鉴定:

①设备损坏;

②造成严重后果原因;

③其他。

(4) 会计鉴定;

(5) 审计鉴定;

(6) 技术鉴定:

①生产工艺规程;

②其他。

(7) 其他。

11. 勘验、检查笔录:

(1) 现场:

①现场勘查图;

②现场照片;

③现场勘验、检查笔录;

④勘查现场范围:

a. 安全事故现场;

b. 人员伤亡现场;

c. 其他。

(2) 物证:

①物证勘查图;

②物证照片;

③物证勘验、检查笔录;

④其他。

(3) 人身:

①人身照片;

②检查笔录；

③其他。

(4) 尸体；

①现场勘查图；

②现场尸体照片；

③勘查笔录；

④检查笔录；

⑤其他。

(5) 其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物。

14. 指认笔录。

15. 辨认笔录。

16. 证明行为人玩忽职守犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人违反国家工作纪律行为的证据；

(2) 证明行为人违反国家规章制度行为的证据；

(3) 证明行为人工作马虎草率，极不负责任行为的证据：

①安全生产；

②基本建设；

③购销业务；

④对外贸易；

⑤银行信贷；

⑥财会。

(4) 证明行为对工作撒手不管，对职责内的工作任务拒不完成行为的证据；

(5) 证明行为人对分内的职责不予履行行为的证据；

(6) 证明行为人致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失行为的证据：

①证明死亡1人以上行为的证据；

②证明重伤3人以上行为的证据；

③证明直接损失达5万元以上行为的证据。

(7) 证明行为人造成恶劣政治影响行为的证据；

(8) 证明行为人致使工作和生产造成巨大间接损失行为的证据；

(9) 证明行为人致使正常工作秩序、教学秩序、生活秩序受到严重干扰破坏行为的证据；

(10) 证明行为人致使国家管理活动处于严重混乱状态行为的证据；

(11) 证明行为人一贯玩忽职守、屡教不改行为的证据；

(12) 证明行为人玩忽职守情节特别严重行为的证据。

17. 证明下列各点的其他证据：

(1) 过失：

①不作为：

a. 擅离职守、撒手不管；

b. 不尽职责、该管不管。

②作为：

a. 有法不依，有章不循；

b. 工作马虎、草率从事；

c. 敷衍搪塞；

d. 弄虚作假，胡作非为；

e. 其他。

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 直接责任者、主要责任者、领导责任者；

b. 重大损失；

c. 情节特别严重。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段；

(4) 后果：

①人身伤亡；

②不良影响；

③经济损失。

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）玩忽职守罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 违反职责：这里的职责又称为职守，指责任与义务。这种职责范围通常是以规章制度形式加以确认的。不执行或不履行这种规章制度所规定的法定职责和特定义务。

2. 致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失：详见本章第一节“滥用职权罪诉讼证据规格专业用语简释”。

3. 情节特别严重：指玩忽职守行为本身恶劣，尤其是指危害后果十分严重的。如，死亡多人以上或者重伤多人，直接经济损失重大，造成极其严重的政治影响。

二、徇私枉法案件的举证范围

（一）徇私枉法罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百九十九条 司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑。

在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。

司法工作人员贪赃枉法，有前两款行为的，同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

（二）徇私枉法罪的概念

徇私枉法罪，是指司法工作人员利用职权徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事、民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。

（三）徇私枉法罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2．前科劣迹：
(1) 判决书；
(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3．案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4．作案时间、地点证明。
5．物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①人民币、港币；
②外币：
a. 美元；
b. 日元；
c. 加拿大元；
d. 英镑；
e. 德国马克；
f. 其他。
③金银首饰；
④物品：
a. 衣物；
b. 家用电器；
c. 家具；
d. 通讯工具；
e. 交通工具；
f. 其他。
⑤其他。

6．书证：

(1) 涂改的证据材料；

(2) 故意颠倒黑白的法律文书：

①起诉意见书；

②撤案决定书；

③起诉书；

④不起诉决定书；

⑤退回补充侦查决定书；

⑥判决书；

⑦裁定书；

⑧侦查阶段口供、证言笔录；

⑨预审阶段口供、证言笔录；

⑩检察阶段口供、证言笔录；

⑪审判阶段口供、证言笔录；

⑫卷宗犯罪嫌疑人（或被告人）出生时间证明。

(3) 证明犯罪嫌疑人、被告人犯罪行为的证据材料：

①事实：

a．有罪；

b．无罪。

②情节：

a．有罪；

b．无罪。

③其他。

(4) 立案材料；

(5) 卷宗材料；

(6) 其他。

7．证人证言：

(1) 侦查员（或探长）证言；

(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；

(4) 知情人证言；

(5) 贿赂人证言；

(6) 中间人证言；

(7) 犯罪分子亲属证言；

(8) 所在单位证言；

(9) 其他。

8．被害人陈述。

9．犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

10．鉴定结论：

(1) 痕迹鉴定：

①指纹；

②足迹；

③其他。

(2) 文检鉴定；

(3) 物品鉴定；

(4) 技术鉴定；

(5) 其他。

11．勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 受贿赂物藏匿现场；

b. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 其他。

12．视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

13. 作案工具:

(1) 照片;

(2) 实物。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人徇私枉法犯罪行为的证据:

(1) 证明犯罪主体的证据:

①侦查员;

②预审员;

③检察员;

④审判员;

⑤管教人员;

⑥其他司法人员。

(2) 证明行为人伪造、隐匿、毁灭证据行为的证据;

(3) 证明行为人对该立案侦查的案件不立案侦查行为的证据;

(4) 证明行为人对不该立案侦查的案件而立案侦查行为的证据;

(5) 证明行为人对该向人民法院提起公诉的案件不提起公诉行为的证据;

(6) 证明行为人对不该向人民法院提起公诉的案件而提起公诉行为的证据;

(7) 证明行为人把依法构成犯罪的人判为无罪行为的证据;

(8) 证明行为人把不构成犯罪的人判为有罪行为的证据;

(9) 证明行为人把重罪轻判或者把轻罪重判行为的证据;

(10) 证明行为人对不符合减刑、假释条件,依法不该减刑、假释的罪犯予以减刑、假释行为的证据;

(11) 证明行为人徇私枉法情节严重行为的证据;

(12) 证明行为人徇私枉法情节特别严重行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据:

(1) 故意:

①动机;

②目的:

a. 谋取私利；
b. 贪图财物、女色；
c. 挟嫌报复；
d. 其他。
③其他。
(2) 情节：
①事实情节：
a. 情节严重；
b. 情节特别严重。
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段：
①追究无罪的人；
②包庇有罪的人；
③故意颠倒黑白；
④重罪轻判；
⑤轻罪重判；
⑥其他。
(4) 后果；
(5) 危害；
(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

（四）徇私枉法罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 司法工作人员：是指侦查人员、检察人员、负有监管职责的工作人员。

(1) 侦查人员：在刑事案件中，依法进行侦查的人员，即公安机关、国家安全机关、人民检察院的侦查人员。

(2) 检察人员：在各级人民检察院担任检察职务的人员，包括各级检察院的检察长、副检察长、检察员和助理检察员。

(3) 审判人员：在各级人民法院行使审判权的人员，包括各级人民法院的院长、副院长、庭长、副庭长及审判员、助理审判员。

(4) 负有监管职责的工作人员：监狱、拘役所、看守所等监管机构负有监管职责的人员。

2. 情节特别严重：是指 (1) 因徇私枉法，使无罪的人受到刑事追究后，给受害人或者其家属的生命、健康造成严重后果或者财产遭受重大损失的；(2) 因徇私枉法致使重大案件主犯、惯犯或者多名罪犯逃避法律制裁的；(3) 因徇私枉法使公民、法人或者其他组织的合法权益受到严重损害的；(4) 徇私枉法的动机特别卑鄙、手段特别恶劣的，等等。

三、枉法裁判案件的举证范围

（一）枉法裁判罪诉讼证据规格的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第三百九十九条 司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑。

在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。

司法工作人员贪赃枉法，有前两款行为的，同时又构成本法第三百八十五

条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

（二）枉法裁判罪的概念

枉法裁判罪，是指在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的行为。

（三）枉法裁判罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

（1）户口簿；

（2）微机户口底卡；

（3）居民身份证；

（4）工作证；

（5）专业或技术等级证；

（6）职工登记表；

（7）出生证；

（8）护照；

（9）其他。

2. 前科劣迹：

（1）判决书；

（2）释放证明书；

（3）不起诉决定书；

（4）劳动教养决定书；

（5）解除劳动教养决定书；

（6）其他劣迹。

3. 案发证明：

（1）投案记录；

（2）报案记录；

（3）举报、控告记录及信件；

（4）其他。

4. 作案时间、地点证明。

5. 物证：

（1）照片；

(2) 实物：
①人民币、港币；
②外币：
a. 美元；
b. 日元；
c. 加拿大元；
d. 英镑；
e. 德国马克；
f. 其他。
③金银首饰；
④物品：
a. 衣物；
b. 家用电器；
c. 家具；
d. 通讯工具；
e. 交通工具；
f. 其他。
⑤其他。
6. 书证：
(1) 涂改的证据材料；
(2) 故意颠倒黑白的法律文书；
(3) 判决书；
(4) 裁定书；
(5) 被害人口供、笔录；
(6) 原告人陈述笔录；
(7) 证人证言笔录；
(8) 鉴定材料；
(9) 立案材料；
(10) 卷宗材料；
(11) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；

(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 贿赂人证言；
(6) 中间人证言；
(7) 原告人亲属证言；
(8) 被告人亲属证言；
(9) 所在单位证言；
(10) 发现人证言；
(11) 其他。
8. 被害人陈述。
9. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。
10. 鉴定结论：
(1) 痕迹鉴定：
①指纹；
②足迹；
③其他。
(2) 文检鉴定；
(3) 物品鉴定；
(4) 技术鉴定；
(5) 其他。
11. 勘验、检查笔录：
(1) 现场：
①现场勘查图；
②现场照片；
③现场勘验、检查笔录；
④勘查现场范围：
a. 受贿赃物藏匿现场；
b. 其他。
(2) 物证：
①物证勘查图；
②物证照片；
③物证勘验、检查笔录；
④其他。

(3) 其他。

12. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 微机数据库；

(4) 照片；

(5) 其他。

13. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物。

14. 起赃笔录。

15. 收缴笔录。

16. 指认笔录。

17. 辨认笔录。

18. 证明行为人枉法裁判犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人在民事、行政审判活动中枉法裁判行为的证据：

①背离事实行为的证据；

②曲解法律行为的证据；

③颠倒黑白行为的证据；

④混淆是非行为的证据；

⑤其他枉法裁判行为的证据。

(2) 证明行为人收集违背客观事实证据行为的证据；

(3) 证明行为人收集颠倒黑白证据行为的证据；

(4) 证明行为人收集混淆是非证据行为的证据；

(5) 证明行为人故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重行为的证据；

(6) 证明行为人贪赃枉法行为的证据；

(7) 证明行为人枉法裁判，情节严重行为的证据；

(8) 证明行为枉法裁判，情节特别严重行为的证据。

19. 证明下列各点的其他证据：

(1) 故意：

①动机；

②目的：

a. 谋取私利；

b. 贪图财物、女色；

c. 挟嫌报复；

d. 其他。

③其他。

(2) 情节：

①事实情节：

a. 情节严重；

b. 情节特别严重。

②法定从重处罚情节；

③法定加重处罚情节；

④法定从轻、减轻处罚情节：

a. 可以从轻处罚；

b. 可以从轻或者减轻处罚；

c. 应当从轻或者减轻处罚。

⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：

a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；

b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。

⑥法定减轻、免除处罚情节：

a. 可以减轻或者免除处罚；

b. 应当减轻或者免除处罚；

c. 可以免除处罚。

⑦酌定情节。

(3) 手段：

①违背事实；

②违背法律；

③颠倒黑白；

④其他。

(4) 后果；

(5) 危害；

(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；

(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；

(8) 群众意见；

(9) 认罪态度；

(10) 其他。

(四) 枉法裁判罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 枉法裁判：是指在民事、行政审判活动中，背离事实，曲解法律，颠倒黑白，混淆是非，进行枉法裁判。

2. 司法工作人员：详见本章第四节“徇私枉法罪诉讼证据规格专业用语简释”。

四、招收公务员、学生徇私舞弊案件的举证范围

(一) 招收公务员、学生徇私舞弊罪诉讼证据的法律依据

《中华人民共和国刑法》规定：

……

第四百一十八条 国家机关工作人员在招收公务员、学生工作中徇私舞弊，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

(二) 招收公务员、学生徇私舞弊罪的概念

招收公务员、学生徇私舞弊罪，是指国家机关工作人员在招收公务员或者学生的过程中，出于私情私利，对明知不符合条件要求的人员予以录用或录取，情节严重的行为。

(三) 招收公务员、学生徇私舞弊罪诉讼证据规格的形态证据体系

1. 犯罪嫌疑人（或被告人）自然情况的证明：

证明自然人姓名（曾用名）、性别、出生年月日、居民身份证号、民族、籍贯、出生地、职业（或职务）、住所地的证据：

(1) 户口簿；

(2) 微机户口底卡；

(3) 居民身份证；

(4) 工作证；

(5) 专业或技术等级证；

(6) 职工登记表；

(7) 出生证；

(8) 护照；

(9) 其他。

2. 前科劣迹：

(1) 判决书；

(2) 释放证明书；
(3) 不起诉决定书；
(4) 劳动教养决定书；
(5) 解除劳动教养决定书；
(6) 其他劣迹。
3. 案发证明：
(1) 投案记录；
(2) 报案记录；
(3) 举报、控告记录及信件；
(4) 其他。
4. 作案时间、地点证明。
5. 物证：
(1) 照片；
(2) 实物：
①为徇私而收受的财物实物：
a. 人民币、港币；
b. 外币、外汇；
c. 银行存款单；
d. 衣物；
e. 金、银首饰；
f. 家具：
柜；
床；
老板桌；
其他。
g. 家用电器：
空调机；
彩电；
冰箱；
组合音响；
其他。
h. 移动电话机；
i. 传呼机；

j. 自行车；
k. 摩托车；
l. 其他。
②其他。
6. 书证：
(1) 准考证、伪造的准考证；
(2) 身份证、伪造的身份证；
(3) 学生证；
(4) 工作证；
(5) 考卷；
(6) 篡改的考卷；
(7) 考场作弊的有关材料；
(8) 篡改的档案材料；
(9) 伪造的档案材料；
(10) 伪造考试分数材料：
①多判分；
②多给分；
③多核分；
④其他。
(11) 受过刑事、行政处罚的有关材料；
(12) 其他。
7. 证人证言：
(1) 侦查员（或探长）证言；
(2) 侦查活动的见证人证言；
(3) 鉴定人证言；
(4) 知情人证言；
(5) 目睹人证言；
(6) 考生证言；
(7) 监考人员证言；
(8) 因徇私舞弊而被招收的公务员证言；
(9) 因徇私舞弊而被招收的学生证言；
(10) 同事证言；
(11) 录取公务员机关证言；

(12) 录取学生的学校证言；

(13) 组织人事部门证言；

(14) 招生部门证言；

(15) 其他。

8. 犯罪嫌疑人（或被告人）供述和辩解。

9. 鉴定结论。

(1) 痕迹鉴定：

①指纹；

②足迹；

③压痕；

④蹭痕；

⑤其他。

(3) 物品鉴定；

(4) 技术鉴定；

(5) 文检鉴定：

①伪造的身份证；

②伪造的准考证；

③伪造的考卷；

④作弊的考卷；

⑤其他。

(6) 其他。

10. 勘验、检查笔录：

(1) 现场：

①现场勘查图；

②现场照片；

③现场勘验、检查笔录；

④勘查现场范围：

a. 伪造证件、考卷现场；

b. 考卷作弊现场；

c. 其他。

(2) 物证：

①物证勘查图；

②物证照片；

③物证勘验、检查笔录；

④其他。

(3) 其他。

11. 视听资料：

(1) 录音带；

(2) 录像带；

(3) 照片；

(4) 微机数据库；

(5) 其他。

12. 作案工具：

(1) 照片；

(2) 实物。

13. 赃款数额、去向。

14. 赃物数量、价值、去向。

15. 起赃笔录。

16. 收缴笔录。

17. 证明行为人招收公务员、学生徇私舞弊犯罪行为的证据：

(1) 证明行为人徇私而录用、录取不合格的公务员、学生行为的证据：

①贪图钱财行为的证据；

②照顾关系行为的证据；

③为讨好领导行为的证据；

④照顾亲朋好友行为的证据。

(2) 证明行为人舞弊而录用、录取不合格的公务员、学生行为的证据：

①更改考生年龄行为的证据；

②更改隐瞒不良历史行为的证据；

③篡改档案行为的证据；

④伪造学历行为的证据；

⑤篡改考试成绩行为的证据；

⑥他人替考行为的证据；

⑦串换考卷行为的证据。

(3) 证明行为人多次招收不合格的公务员和学生行为的证据；

(4) 证明行为人招收多名不合格的公务员和学生行为的证据；

(5) 证明行为人收受贿赂行为的证据；

(6) 证明行为人招收严重不合格公务员或者学生，影响极坏行为的证据；
(7) 证明行为人造成其他严重后果和恶劣影响行为的证据。
18. 证明下列各点的其他证据：
(1) 故意：
①动机；
②目的；
③其他。
(2) 情节：
①事实情节：
a. 情节严重；
b. 其他。
②法定从重处罚情节；
③法定加重处罚情节；
④法定从轻、减轻处罚情节：
a. 可以从轻处罚；
b. 可以从轻或者减轻处罚；
c. 应当从轻或者减轻处罚。
⑤法定从轻、减轻、免除处罚情节：
a. 可以从轻、减轻或者免除处罚；
b. 应当从轻、减轻或者免除处罚。
⑥法定减轻、免除处罚情节：
a. 可以减轻或者免除处罚；
b. 应当减轻或者免除处罚；
c. 可以免除处罚。
⑦酌定情节。
(3) 手段；
(4) 后果；
(5) 危害；
(6) 犯罪嫌疑人（或被告人）经济状况；
(7) 犯罪嫌疑人（或被告人）平时表现；
(8) 群众意见；
(9) 认罪态度；
(10) 其他。

（四）招收公务员、学生舞弊罪诉讼证据规格专业用语简释

1. 公务员：应从广义上理解，即指各级各类国家机关中除工勤人员以外的依法可以通过招收录用的那部分工作人员。

2. 学生：包括各类学校的学生。

3. 徇私：是指出于个人目的，如贪图钱财、照顾关系、讨好领导等。

4. 舞弊：是指弄虚作假，将不符合招收条件的人员予以录用或者录取，其方式是多种多样的，如通过更改年龄、隐瞒不良历史等手段将不符合公务员招收条件的人员录用为公务员，通过篡改考试成绩等将未达录取分数线的学生予以录取，等等。

5. 情节严重：是指具有以下情形之一的行为：一是多次招收不合格的公务员或者学生的；二是招收多名不合格的公务员或者学生的；三是收受贿赂的；四是招收严重不合格公务员或者学生，影响极坏的；五是造成其他严重后果和恶劣影响的。

第八章　香港特区刑事证据制度

第一节　证据制度

一、证据制度概述

（一）香港的证据理论和证据法

在任何一个法治社会中，合法有效的证据都被视为审判者据以判断案件事实的全部的和惟一的依据，所以在刑事诉讼领域中，有关证据和证据运用的制度占据了极其重要的地位，可以说：一个完善的法律体系中必然包括有关证据的一整套完备而详尽的规则。在香港，这一点并无例外。非但如此，香港长期处在英国的殖民统治之下，在其证据理论和制度上完全接受了英美法系的精神，即重视程序的公正，力图以形式的正当来保证实体的真实，因此也就格外地关注在诉讼过程中证据的采集和运用。香港的证据理论认为合法的证据是公正的审判的基础，这些理论在实践中的结果就反映为香港发达的证据规则和制度。

香港的证据法（Law of Evidence）是一个庞大的体系。香港并没有一部囊括所有证据规则的证据法典。在其成文法中有关证据方面最重要的法规是《诉讼证据条例》(Evidence Ordinance)。《诉讼证据条例》的内容涉及民事和刑事证据，共约4万字（汉字），体例上包括九个部分：第一部分是“总则”，对重要词汇加以诠释。第二部分是“证人资格与可采纳的证据”，其内容包括证人的年龄限制、精神状态、与当事人关系、证人的品德、证人的特权；还对证人证言、刑事记录、文据等是否可作为证据采纳也作出了规定。第三部分是“可予采纳作为证据的文件”，对公共文件、刑事记录、专业部门证明、外国证明的可采性、文件的真实性等问题作出了规定。第四部分“民事诉讼中的传闻证

据”，专章对传闻证据的定义、其可信性，以及习惯法中有关传闻证据规则作出了规定。第五部分是“意见证词与专家证词”，内容包括有关意见证词、专家证词及仲裁范围。第六部分是“定罪及特权作为民事诉讼证据的定罪记录”。第七部分是“证词”，规定了证人证言的接受条件、有关死者或垂危人士的供词的接受问题。第八部分是“在其他审裁权下进行诉讼的证据”。其内容是有关涉外的证据问题，包括两个方面：一方面是非香港地区法院向香港最高法院申请获取民事和刑事方面的诉讼证据的有关规定；另一方面是香港法院向非香港地区的法院请求获取民事和刑事方面诉讼证据的有关规定。第九部分是“杂项规定”，规定了审裁机关在采纳证据和提取证据方面的权限等问题。《诉讼证据条例》篇幅较大，涵盖范围相当广泛，但还远不能满足香港地区证据制度发展的需要，在香港许多单行的法规条例中对证据问题又作了大量的补充规定。如诉讼程序方面的《刑事诉讼条例》、《地方法院民事诉讼程序规则》、《简易程序治罪条例》、《婚姻诉讼条例》、《行政事务申诉专员条例》等。司法机关方面的条例有《裁判司条例》、《法政官条例》、《高等法院条例》、《地方法院条例》、《警队条例》、《廉政专员公署条例》、《陪审团条例》以及各审裁处条例等；有关刑事犯罪方面的单行条例有《杀人罪条例》、《侵害人身罪条例》、《防止贪污条例》、《防止贿赂条例》、《舞弊及非法行为条例》、《偷盗罪条例》、《赌博条例》、《管制色情及不雅物品条例》等；民事和经济方面的法规有《保护妇孺条例》、《人事登记条例》、《遗嘱认证及遗产管理条例》、《版权条例》、《未成年人监护条例》、《劳资关系条例》、《商品说明条例》、《放债人条例》、《破产欠薪条例》、《房屋条例》等。这些条例都兼有程序法和实体法双重属性，在规定了主体的实体权利和义务的同时，又对有关证据的收集、接纳加以规定。例如《劳资关系条例》第18、27条规定指出：在劳资关系的仲裁中，仲裁庭（或调查委员会）对证据的接纳与否不受民、刑事诉讼之证据规则所约束。但在仲裁时提供的证据，如果当事人在其后以原告或被告身份参加民、刑事诉讼，则仲裁庭（或调查委员会）所提供的证据不得被接纳为对其不利的证据。单行条例中的这些规定与《诉讼证据条例》互为补充，构成了香港证据法中的成文部分。

香港法律既属英美法系，那么其法律的渊源还应大量地表现为判例法和习惯法规则。事实上《诉讼证据条例》就是对习惯法规则的概括和成文法的结果，但判例法的特点就在于其内容的抽象性和原则性，所以仍然有许多习惯法的原则在对证据的调整中发挥着作用，如“不得凭被告的被迫招认将其定罪”，“每个人都是神经正常的，除非能提出反证”等原则，它们有些是对英国判例法和习惯法的沿用，有些则是香港本地区各级法院、尤其是高等法院在本地区

审理案件所形成的特有的证据规则。这些不成文的判例和习惯规则构成了香港证据法的不成文部分。

香港的证据法就是这样形式多样，内容庞杂，成文法和不成文法，《诉讼证据条例》和其他单行法规之间相互补充，共同形成了一个严密的体系。香港证据法在香港的诉讼体制乃至整个法律架构中都发挥着巨大的影响。下文将着重围绕有关刑事诉讼中证据的规定展开论述。

（二）香港证据制度的特点

1．注重证据的形式

对证据的形式要件倾注了极大的重视，这也是普通法系国家证据制度的普遍特点。由于英国的法律制度在发展过程中完全不同于大陆法系国家：在封建时期，英国在诉讼制度方面实行的是抗辩式的诉讼形式和陪审制度，与此相适应，在证据制度方面，并没有形成当时欧洲大陆各国所普遍采用的典型的法定证据制度。所以其证据制度也就未引起像大陆国家那样普遍的不满情绪，再加上英国资产阶级革命明显的妥协性，所以后来在大陆法系国家纷纷转向自由心证主义之时，英国的证据制度却又保留了相当程度的法定证据主义的色彩。香港的证据制度完全继承了英国法的这一特点，其证据制度既非完全的自由心证制度，也非典型的法定证据制度，而是在承认法官自由判断和取舍证据的权力的同时，又对证据的形式要件加以严格规定，从而将审裁者的自由裁量权限制在一定范围内。《诉讼证据条例》以大量篇幅规定了可作为证据的材料应具备的形式，证人应具备的资格。此外，在许多单行条例，如《简易程序治罪条例》、《赌博条例》中详细规定了警务人员采集证物的方式、权限，有权批准行动的机关等，如非依法定方式采集，则证物可能不被接纳为证据。再如证据法要求当庭作证的证人须以特定言词进行发誓或誓愿，其所作的证言方能被接纳作为证据。这些都表现了香港证据法对证据的形式的严格要求。这种对法律形式的维护其实并不限于证据法的范畴中，在整个香港的法律制度中都有所体现，如一事不再理原则的严格适用有时会导致对明知已错误处理的案件无法纠正①。这种做法反映了英美法系国家对程序公正和实体真实之间的价值取向，因其不属于本章范围，故不再赘述。

2．举证上的当事人主义

香港的刑事诉讼中，控辩双方被视作平等的诉讼主体。双方的地位是相等的。任何一方想要取胜，必须为自己的主张提出相应的证据，法院并不主动调

① 参见《香港概论》（下卷），香港三联书店1993年版，第115页。

查证据。如果被告人作有罪答辩，承认自己犯有被指控的罪行，则法庭就认为双方关于有罪与否的争议已解决，可以直接处以刑罚。这种做法的理论根据在于英美法中对刑事诉讼结构的认识，认为检察官代表的是国家利益，因而提起控诉，而被告人须维护自身的个人利益，法院是中立的仲裁者，在此中间作出决断。法院对证据的主动调查可能会带来偏见，导致判决不公。所以香港的证据规则多以当事人（包括侦查机关、起诉机关和被告人）为制约对象，法院仅在证据可采性的判断上扮演角色。

3. 形式上是成文法与习惯法的混合体

英美法系国家的法律主要以判例形式存在，从判例中总结出来的原则是以后审判机关处理案件的依据。但随着社会发展，两大法系之间开始相互学习对方的一些优点，有相互接近的趋势。香港像大多数英美法系国家一样，将普通法的原则加以总结概括，制定了一系列成文法。尤其在证据制度上，由于其内容繁杂，实践性极强，所以香港立法机关制定了包括《诉讼证据条例》在内的一大批有关证据的法例，而如前所述的判例法、习惯法原则又在刑事诉讼的证据领域仍发挥着巨大调整作用，所以香港证据法在形式上是成文法与判例法的混合体。

（三）香港证据制度的基本原则

所谓证据制度的基本原则，是指贯穿于整个证据制度之中，指导着证据的调查收集，证据的采纳，证据的审查判断，证据的运用等一系列过程的准则。香港的证据法中有许多历史上即已形成的由来已久的习惯法原则，但涵盖了整个证据制度的原则仅有以下几条。需要指出的是，这里的原则主要是指刑事诉讼证据制度方面的。

1. 公平原则

由于对个人权益的关切，香港刑事诉讼法律极其重视维持检控方与被告人之间的平等地位，以保证法律能得到公正的执行。而由于代表国家利益的检控方拥有远比单个被告人强大得多的权力和手段，因此对被告人的保护就体现得更为明显。这一点在证据制度中得到了充分的反映。主要体现在以下几条规则中：

(1) 不能强迫被告人证明自己有罪。这条原则由来已久，根据自然法，任何人都有权保护自己，也就有权不告发自己。在刑事诉讼中，被告人自己关于罪行的供述曾被视为最有力的证据，这种思想发展到极点就带来了刑讯逼供。为了保护当事人的合法权益，香港法律规定了被告人有保持缄默的权利。1992年10月1日，香港保安司颁布了“查问疑犯及录取口供的规则及指示”。该规

则源自英国的“法官规程”[①]。它详细规定了执法人员在调查案件录取口供中所应遵守的准则。该规则第二条规定：“当警务人员有证据及合理理由怀疑任何人干犯罪行，便应先向该人施行警诫或安排他人向其施行警诫，才可查问或进一步查问与该罪行有关之事宜。”警诫词如下：“唔系事必要你讲，除非你自己想讲喇，但系你所讲的，可能用笔写底及用作证供。”[②] 该规则第三条还规定：“如落案起诉任何人或告知该人他可能被控某一项罪行，应使用下述警诫词：‘你想唔想讲碁？唔系事必要你讲的，除非你自己想讲喇，但系无论你讲碁，都会用笔写底，可能用作证供的。’”[③] 这两条规定清楚地表明：嫌疑人在受警方讯问时，有保持沉默的权利，任何人不得用任何手段强迫其作出口供，并且这种权利还应预先告知嫌疑人。同时香港证据法还规定：被告不能被迫为控方作证，或被迫为自己辩护，或被迫作答可能令其本人负罪的问题。在刑事诉讼从侦查到审判的整个过程中，被告人的这种权利都被认真地维护着，从而使口供的采集得以规范。

(2) 控方承担举证责任。香港的刑事诉讼中举证采取当事人主义，但这并不意味着双方的举证责任是相等的。相反，在刑事诉讼中，检控方必须举出足够的证据证明被告人犯了所控的罪行。只有控方所举的证据达到充分程度足以让审裁者根据内心判断确信被告人犯有罪行时，才能将被告定罪，而被告并不承担举证证明自己无罪的义务。这条规则源自刑事诉讼中无罪推定（Presumption of Innocence）原则。被告人在被检控者举出足够证据确证其有罪之前，应被认为是清白无罪的。在香港证据法中，除了少数例外情况，一律规定控方承担举证责任，并且证据应足以让审裁者排除“合理怀疑”（reasonable doubt）。与民事诉讼相比，虽则刑事诉讼采取的也是当事人举证，但“民事案件要求占优势的盖然性，刑事案件要求盖然性超过合理怀疑”。[④] 控方所举的证据如果有可疑之处，令审裁者不能确信，则判决将有利于被告，“疑虑的利益”（benefit of the doubt）将当然地给予被告人。举证责任的这种分担方式显然极大地有利于被告人，保护了被告人的人身权利。这一点在“举证责任”一节中将详细论述。

(3) 对执法人员取证的大量法律规则。香港证据规则中包括了大量约束执法人员采集证据行为的成文法，这些法规详细地规定了在刑事诉讼过程中执法

① 关于“法官规程，可参见大卫·巴纳德著《诉讼中的刑事法庭》第81页，中国人民大学法律系诉讼法教研室编。

② 大意为：没有什么事是一定要你说的，除非你自己想说，但是你所说的，可能被记录和用作证供。

③ 大意为：“你想不想说啊？没什么事一定要你说，除非你自己想说，但无论你说什么都会被记录，可能用作证供的。’

④ 不列颠百科全书。

人员为获取证据而进行调查、搜查、扣押时需由哪级机关授权，哪级机关执行，执行过程中须注意的事项。如果执法机关不按照这些规定进行活动，则有可能导致获得的证据不被采纳。如《刑事罪行条例》第 8 条、第 13 条、第 78 条等就详细规定了警务人员搜查以获得证据的条件和做法。这些证据规则有效地防止了执法中可能存在的司法专横行为。这也是公正原则的体现。

当然，香港证据法中的公平原则包括两方面的涵义，即注重对被告人人身权利的保护，也不放弃对确实危害公共安全的罪犯的惩处。因此证据法中也包括了对辩方的法律约束，只不过相对而言对执法人员的规定更为复杂而严格。这一点也是我们应当注意的。

2．证据法定原则

香港法浓重的英美法系特色，反映在其证据法上就表现为大量的证据可采性规则，香港证据法并不具体规定某种证据的效力大小，而是着重于确定什么事实可以援引以认定被告人有罪或无罪，以及什么人，在什么情况下，可以以何种方式向法庭提供这些事实。证据法定原则体现于整个香港的证据制度中：《诉讼证据条例》通篇的内容几乎都是关于何种证据可被接纳，何种证人有资格作证。其他的成文证据法则也都是对这方面内容的补充或例外情况的规定。在司法实践中，侦查阶段的取证须按法律规定的程序严格进行。在公诉被提起后严重案件的审判程序还包括有一个初级聆讯阶段，这一阶段又称预审。预审中控方所收集的犯罪证据将当着被告人及其辩护人的面向裁判司提出，裁判司通过这里的举证质证，对证据进行审查，只有当裁判司认为证据足够、合法，足以有力地推定，或可能推定被告人有罪时，案件才会被交由法庭正式审判。这样，证据的合法性就得到了一再的审查，最后被提交给陪审团，由陪审员审查判断，依据自由心证原则作出裁决的证据是经过重重筛选，完全符合法定条件的证据。正因为如此，所以尽管香港法律中也承认法官和陪审团的自由裁量权，接受自由心证的思想，我们仍然将证据法定原则归结为其证据制度的基本原则之一。

3．证据关联原则

证据关联原则是指：证据是否可采，主要取决于它所证明的事实是否与追诉的罪行有关联性（relevancy）。香港的证据理论认为：在法庭上可以提及的事实很多，但并不是所有事实都可以成为证据，只有与案件有关联的事实才能被接纳为证据。这种关联有几种层次之分：有的证据与案件所控罪行直接有关，如证人亲见的被告人持刀杀人行为的证词；有的证据与案件事实间接关联，如证明案件发生之时的天气、光线等情况，被告人在被控罪行发生后的一些言行

举止等；还有一类证据与案件事实本身本无关联，但仍对裁决者判断案件事实产生影响，如关于被告人类似行为的证据、关于证人品格的证据等，这一类证据因其关联性相当弱，所以在运用上有严格的限制。

香港证据法中的一些具体规则，如证人资格的确定标准，案件对证据要求有连贯关系等，都是证据关联原则的体现。

证据关联原则与证据法定原则有密切的联系，证据法定原则是指证据应符合法定条件，否则不予采纳。证据的关联性是证据被法律允许采纳的前提之一，但并非全部前提。法律在考虑何种事实可被采纳为证据时，还要考虑到该事实的其他方面，如该事实的关联程度和可信性是否足以证明案件事实。又如该事实的举出是否会拖延法庭诉讼过程或影响陪审团情绪而导致不公判决。这些问题尽管有证据规则予以详尽规定，仍须有法官在审判中严格把握。证据法定原则可视为对证据形式的指导准则，而证据关联原则可视为有关证据实质的指导准则。

二、证据的概念与特征

（一）证据的概念

虽然英美法系国家的证据法有较强的法定证据主义倾向，但由于其法律渊源为不成文法，所以很少有英美法系国家在法典中对证据作出一个明确的定义。香港的《诉讼证据条例》也没有确定证据的概念，所以我们只能从学说中去把握证据的内涵。

英国法学家边沁曾指出："任何事物，其效果趋势或形式，在使心意上发生一种信服，足以证实或否认其他事物之存在者，均得称之曰证据。"[①] 这种观点认为：证据是使审判者确信某种事实存在或不存在的原因，还有的学者认为：证据是认定某一特定事物的方法，如英国法学家詹姆斯·苏利普认为："证据即证明事实的方法。"[②] 这些说法都在理论上对证据作出了定义。从实证的角度对证据下了定义的是学者菲普森，他指出："司法程序上的证据包括数种含义。证据一词的两种主要含义是：第一，证据是除辩论和推论外通过起诉和答辩向法院提供关于确定争执事实而凭借的方法；第二，这些方法之所称的。"[③] 菲普森的这一定义，将用以证明待证事实的手段和方法都视为证据。

香港的证据法并未给证据下明确定义，但其内容包括大量的证据可采性规

① 边沁《诉讼证据论》，转引自《证据法学》东吴法学丛书 1948 年版，第 2 页。
② 詹姆斯·菲利普著《法国法导论》，1979 年伦敦版，黄绍芬、李浩摘译，载《法学译丛》1986 年第 2 期。
③ J. H. Buzzard《Phipson ou Evidence》第 13 版，伦敦：克威特和马克斯韦尔出版公司 1～2 页。

则，这些规则在实际上对证据的外延做了限制，使其内涵趋于明确。如《诉讼证据条例》第二部分和第三部分分别对可接纳的证据和可予采纳作为证据的文件作了较多规定。通过对有关法条的抽象概括，结合英美学者的学说，我们认为香港法上的证据应该是指：符合证据法规定的，与案件有联系，能直接或间接地证明案件事实的手段和方法之总和。这里所说的手段，是指证据表现出来的各种具体形态，如证人证言、书面证据、证物等。这里所说的方法，是指各种不同形态的证据所体现出来的事实，这种事实与案件有着密切的联系，可以用来肯定或否定案件中的待证事实。如在投毒案件中，为确证被害人是否被毒死，需进行尸体检验，验尸官最后填写的验尸报告，在呈交给法院时，报告本身是一种证明的手段，报告的内容详细地反映了检验结果，证实了被害人的死因是或不是被毒死，这一内容即是证明的方法。香港的证据概念就这样包括了证明方法和手段两层含义。

（二）证据的特征

证据的特征的归纳来自于对证据这一概念的分析，同时明确证据的特征又有利于对证据定义的理解和运用。香港的证据有以下一些特征：

1. 真实性

真实性是指证据一定是客观存在的事实，应该说这也是任何一个现代法律证据概念的首要属性和本质特征。犯罪事实是罪犯出于故意或过失的主观意图，危害刑法所保护的社会关系的行为。民事诉讼中争议的案件事实，则是当事人之间为了民事权利义务的发生、变更或消灭而进行的活动。无论是何种纠纷，其争议的案件事实都表现为一定的行为。而只要是客观行为，必然在一定的时间、空间、条件下进行，必然与周围的客观世界相联系而引起外界相应的变化。如当一人的行为作用于他人身体之时，必然会为其感官所感知，作用于环境、物体时，就会在环境中、物体上留下痕迹。这些感知、痕迹就是犯罪行为所留下的证据。因为证据是用来判断案件事实的依据，又是来自于案件事实的，所以它的真实性完全和案件事实的真实性联系在一起。只有犯罪行为确实发生过，才会在客观世界中留下证据；只有证据是真实可靠的，才能证实案件事实确定存在。这种客观真实性并不是说完全脱离人的意识，证人证言虽然是通过人的感官知觉感受后进行的表达，但因其来源是对客观事实的感受，所以仍应视为是客观真实的。只有完全缺乏客观依据的言词才是非真实的，不成其为证据。香港证据法规定呓语等不能作为证据被采纳，即体现了对证据真实性的要求。事实上对证人要求具备一定的行为能力，也是为了保证其证词的真实客观性。

2．关联性

这也是证据的重要属性。对于已证明是客观真实的事物来说，能否成为证据主要取决于其是否有关联性。客观存在的事实是多种多样的，使客观事实特定化而成为证据的关键就在于其与案件有关联，对证明案件事实有意义。如对于持刀杀人案来说，相同的刀可能有许多把，但只有在该起案件中作为凶器的那把刀才与案件有关联，才可以被接纳为证据。当然，前面已经说过，客观事物与案件事实的相关程度是有区别的。有的事物与案件有着极为紧密的直接联系，有的事实则与案件联系较为疏远，有时这种联系是否存在将视案件具体内容而定。香港证据法对品格证据、类似行为证据的规定就反映了对证据关联性的要求：由于要求事实与案件有相当关联方可作为证据，则有关被告人的品格，过去是否有与被控罪行类似的行为的证明原则上不被接纳为证据，以免影响陪审团正确判断案情。但法律又将一定的自由裁量权授予法官，使其在特定情况下如认为这类事实就本案具体而言具有相当关联性，则可采纳为证据。如在这类案件中：被告以一种异常独特的犯罪手法见称，而以前曾经以该种手法犯罪，现在被控的罪行，犯罪手法奇特，可以认为只有被告才会使用。这时法官会允许接受类似行为的证明作为证据，因为这一案件中它具有很强的相关性。

3．合法性

合法性有两层含义，广义上的合法性指证据应符合法律对证据要求的所有条件，包括形式上的合格和内容上的真实、相关。狭义上证据的合法性仅指证据的形式要严格符合法律的规定。这里使用的是后一种含义，英美法的理论中认为：为了与刑事诉讼程序的两方对抗性相一致，刑事案件的被告人必须享有一定的受保护的权利。保护这种权利的措施之一就是规定了执法机关在收集有罪证据时须遵守的严格程序。执法机关只有遵守这些程序，取得的材料才会被法院认为是证据而采纳，这样在一定程度上就保护了被告人的权利。另一方面，规定采集证据的严格程序也是保证证据真实性的需要，英美法国家认为合理的程序是获得真实的实体的前提，只有执法人员依法定权限，按法定程序取得的证据其真实性才值得由陪审机关去裁定。否则根本不必出示给陪审团，就被法院在预审中取消。不经正当程序取得的证据有如毒树之果，是不可接受的。香港证据法对证据的可采性要求主要体现在形式的规定上：哪些证据和证人是可以被接纳的，执法机关收集、调查、审查、接受证据须经哪些程序，如此种种，使证据的形式合法成为其重要特征之一。

证据的真实性和关联性是就证明方法而言的，什么事实可以证明待证事

实，什么不可以。而证据的合法性是就证明手段而言的，即可以证明待证事实的事物还应以何种形式出现方可被采纳。证据的这三个特征共同组成了一个完整的证据概念。

三、证据的分类

在证明案件事实的过程中，有许多证据可资利用，这些证据由于其本身性质不同，与案件的关联程度不同，形式不同等原因，在证明中起着不同的作用。因此我们可以按照某种标准，从不同角度对证据进行不同的分类。证据的分类不同于证据的种类，在大陆法系国家，对刑事证据很少有法律上的分类，法律只规定了证据的种类，如物证、书证、鉴定结论等。分类只是一个理论问题。但在包括香港在内的实行英美普通法的国家和地区，因为其证据法具有较强的法定证据主义倾向，所以对证据依其形式、关联性进行了多种分类，并规定于法律之中。香港的《诉讼证据条例》就规定了传闻证据、意见证词、专家证词等多种概念及其适用规则。本节将只讨论证据的分类，关于证据的种类将在“证明手段”一章中详细论及。

（一）直接证据与间接证据

这是根据证据事实与案件事实的证明关系的不同为标准划分的。直接证据（Direct Evidence）是直接反映案件事实的证据。如案件被害人有关犯罪行为经过的叙述、被告人的供述、作案所使用的工具等。间接证据（Indirect Evidence）也称环境证据（Circumstantial Evidence），是指不能单独、直接地反映案件事实的证据，而只有与其他证据结合才能证实案件中的重要事实；或者说间接证据证明的只是与主要事实相关的事实，而这种相关事实再辅以其他证据才得以证明主要事实。学者格里菲思认为：“直接证据者，乃证人依其身体之感觉，对于直接系争之主要事实有亲身之经历，并就其所知直接陈述，故不采用推理或推论之方法。情况证据者，系自主要事实相关之事实中采取直接证据，而依据人类之经验法则采证。主要事实之是否存在得就已证实之相关事实中推得之。”① 这里的情况证据就是指间接证据。

直接证据和间接证据的划分，与想要证明的事实有关。所以同一证据对于不同待证事实而言可能也会不同。如甲教唆乙进行犯罪，而后乙果然实行了甲教唆的犯罪，侵害了丙。那么丙关于乙犯罪行为的证言，对于乙的犯罪行为来说，是直接证据，但对于甲的教唆行为来说，只是一个间接证据。须有其他证

① 参见格里菲思著，姚祺清译《英美法总论》第十三章“证据法”，载北京政法学院编《刑事诉讼法参考资料》第2辑上册。

据辅助，才能证明甲的教唆行为得逞。

直接证据和间接证据都既可以是有罪证据，也可以是无罪或罪轻证据。如在交通肇事案件中，如果有人看见甲驾车不遵守交通规则，闯红灯以致撞倒了行人乙，则其证词就是证明甲有罪的直接证据。如果这人看见的是乙不遵守交通规则，越栏闯入机动车道以致被甲的车撞到，则其证词是证明甲无罪的直接证据。而又如在某公园内发现被害人甲的尸体，查得嫌疑人乙在案发时正巧在公园内，则此证据可为证明乙犯有谋杀罪的间接证据。但如经查实甲的尸体系移尸至公园内，第一现场为另一处，则乙在公园内的事实又成为其不在现场的证明，是最有力的无罪证据。

直接证据和间接证据的划分早已有之，在 19 世纪边沁就作过这种分类。这种分类的意义在于直接证据和间接证据与案件的关联程度不同，而关联性是证据的主要特征之一，从而带来了间接证据能否被采纳的问题。香港证据法认为虽然间接证据与直接证据相比其关联性要弱得多，但一般只要其具备真实性、合法性，仍可被接纳为证据。其原因如下：

1. 案件事实如能得以直接证据证明之固然最佳，但在实际中，由于罪犯作案时常有意掩饰其罪行，则其行为不易直接为人感知，或虽有知情者存在，但已难以找到。被告人本人当然对当时情况最为清楚，但因香港刑诉法承认被告人之沉默权，所以被告人之起初供述往往难以得到。在这种种情况下，直接证据常难以获得。而间接证据则较易得到，虽然其关联性较弱，但通过大量，尤其是系统化的间接证据，加之证据连贯性原则的运用，同样可以较清楚地展示案件之全貌，而不会导致因缺乏直接证据使大量疑案无法得到正当处理的情况。

2. 间接证据的运用，可以用来鉴别直接证据的真实性、关联性。直接证据本身的真实性并不能由其自身得到证明，而需与其他证据对照验证。案件中获得最多的证据还是间接证据。通过与间接证据的对照，往往即可得知直接证据的可信性如何。

3. 在侦查过程中，尤其初步接触案件时，直接证据很少能即时得到。执法人员往往以最初易得到的间接证据为线索，进一步探求案件真实情况，最后获取直接证据。间接证据是获得直接证据的主要手段。

由于这几条理由，香港证据法是承认间接证据的可采性的。甚至在有的案件中，只要有足够的间接证据，就足够形成一个完整的证明体系。法庭可以无须直接证据而推断案件事实。当然香港证据法在间接证据的运用上也是慎重的，以下四种间接证据为法律所不允许：即传闻证据、意见证据、类似事故之

证据和关于被告人劣行之证据。这些将在以下详述。此外，间接证据被用于判断案件事实时，一定要能相互连贯，符合逻辑。这也是香港证据制度中的一条普通法原则。

(二)原始证据与传闻证据

这是按证据的来源不同而对证据所作的分类。原始证据(Original Evidence)直接来自于案件事实，且系从最初出处所获得，并未经任何转述和转抄、复制。如被告人的供述、与案件有关的各种账簿、文据、信函等。原始证据因其未经任何中间环节的传递，最接近于案件的本来面目，而被认为是最佳证据。当然这里的最佳是相对传闻证据而言的，传闻证据(Hearsay Evidence)并不如其英文表面意思那样仅指言词的口头转述。传闻证据是指来自第二手材料而非直接来自案件本身的证据，其在法庭上呈现时已经过他人的转述转抄。在美国，传闻证据包括口头陈述、文字和确定的行为，但香港证据法的传闻证据概念不包括行为的模仿，仅指口头和书面的转述。

判断一件证据是否为传闻证据，不能仅依其是否表现为口头转述或文字转述而言。判断的根据应该是案件的系争事实是关于某人是否说了话还是说话的内容。如果双方争论的是说了话与否，则该转述并非传闻证据。如在诽谤案件之中，证人甲证明曾听见被告人乙说了诽谤丙的话，并转述了乙当时说的话如丙曾于某日做不当之事，这时争论的焦点并非其说话内容丙是否于某日做不当之事，而是乙是否说过这话。这里甲的证词就不属于传闻证据。再如甲为了证明自己于某时在家中，作证说自己于该时曾在家中接到乙的电话，并转述了乙当时说的话。这里乙说话的内容并不重要，重要的是甲曾听见乙说话。这里也不能作为传闻证据来看待。

原始证据与传闻证据是两个相对而存在的概念。香港证据法并没有对原始证据作特别规定，但关于传闻证据却有一大套规则。英美法中关于传闻证据的原则是：如果一项陈述是传闻，那么该证据必须基于对之提出的适当异议而排除，除非它属于若干传闻规则的例外之列。香港证据法中关于传闻证据的规定基本体现了这一原则。传闻证据一般应当被排除。其理由是：

1. 被告人和法庭无法盘问作出原来陈述的人。香港的刑事诉讼庭审采取直接言词原则，证人应到庭以言词的方式作出证言，并接受双方的询问。通过询问和回答，证言的可靠性得到审查。而如果证人只是转述他人的话，询问人就无法就证词的来源、具体内容对转述者进行询问。证言可靠性得不到审查，自然不宜作为证据被采纳。

2. 香港证据规则重视宣誓或誓愿，要求每个在法庭作证的人(稚龄儿童

除外）一定要宣誓或发誓愿保证所讲的是事实，但传闻证据的转述者如经发誓只能保证他曾听见某人说某话这一事实是真实的，不能被保证那些话的内容是真实的，而原供述者说那些话时又未经发誓。所以从形式上来说，这些话的内容不能接受为证据。

3. 证据法之所以规定证人应到庭作证并接受询问。除了要对证词进行审查外，还要让法官和陪审团当庭观察证人陈词的态度举止，以形成内心确信。香港证据理论认为这一点对于判断证人是否诚实是非常重要的。传闻证据的原供述者不能到庭陈词，这一点也得不到审查。

4. 传闻证据为谎话、谣言及欺诈陈述的可能性比一般证言大得多。如果予以接纳，法庭须花更多的时间和精力去查清，于审判效率有极大妨碍。

5. 传闻证据的误传可能性很大，听者很可能误会了说话的意思或根本未听清就予以转述。

虽然传闻证据原则上不被采纳，但由于在实践中，对有些陈述虽属传闻，但在案件中甚为重要，又缺乏更优证据，而根据审判经验，这类陈述又在一定程度上可予采信，所以香港的证据规则中又有对传闻证据不予采纳原则的例外规定。根据《诉讼证据条例》和判例法原则，主要有以下几种情况：

第一种情况是临终陈述（Dying Declaration）。临终陈述是指人在将死之前所作的陈述。对临终陈述允许采纳的理由一者是因为在该陈述提出时陈述人已死亡，不可能到庭亲自作证；另一方面也是认为人之将死，其言也善，其陈述的可信性较强，临终陈述无须具备一定的方式，得以口头、书面或手势等方式表示之。但陈述人必须符合一般的证人条件。临终陈述在被作为证据提出时，仍可被诘责，与陈述人所应受诘责相同。临终陈述又可分为以下几种：

(1) 陈述人生前曾对被陈述之事件有相当的了解，或其内容有关公共权利或习惯的存在或有关公共利益，而在争议之前陈述已经作出。如医院所作的出生记录，记录人已去世，其记载仍可作为证据。

(2) 陈述人生前所作的有关其家谱、亲属关系、遗嘱内容的陈述，如果不能取得更佳证据的话，也可以被采纳作为证据。

(3) 陈述人郑重以书面或口头形式作出的不利于自己的陈述，可被接纳为证据。但如果整个陈述中有利于自己的部分超过不利于自己的部分时，仍不得被采纳。

(4) 陈述人被杀害将死之前对其被害的事实、身体状况、感受的叙述。如果陈述人明知自己生命危在旦夕且仍处于神智清醒状态，则该陈述可作为证据被采纳。

(5) 陈述人临终或病危不能行动之时，当着裁判司或太平绅士之面作出的陈述，以书面形式记录下来之后由裁判司或太平绅士在陈述上签名，并通知对方该项证据将提交法院，则可作为证据被采纳[①]。

第二种情况是被告在场。这是指陈述在作出时，被告人也在当场，因为这种情况下，被告人完全有机会对陈述者作出诘责，所以这种陈述可以在被转述后得到采纳。如警务人员可以在证供中指出："甲对我说：'乙偷了我的钱包。'而当时乙就站在一边，乙没有吭声。"这种证词是被允许的。

第三种情况是性犯罪案件中受害人的及早投诉。在性犯罪案件中，受害人在罪行发生后第一时间作出的投诉可以被采纳为证据，但这种证据并非用以证明其投诉内容完全属实。也不是作为受害人直接证据的加强证据，而只是为了证明受害人的品质。证明该行为并非经受害人同意而为之。需要说明的是这里的第一时间并非指受害人在案件发生后遇见的第一个人。比如受害人很可能会与遇见的第一位朋友说此事，而羞于与路人提及。这类传闻证据是否可被采纳，完全视法庭的决定如何。

第四种情况是传闻证据构成有关事实的一部分。有关的事实指在一项行为进行过程中所作出的言语或举动所包括的情况。该传闻证据的叙述人在听到这些言语、声音时并不知道这是事实的一部分。如甲听到隔壁有打斗声，随即有人喊："不要这样！"然后是一声枪响。他可以在法庭上叙述他所听见的一切，而由法庭来推论发出这些声音的事实如何。这类传闻证据的采纳与否也完全视乎法庭的决定。

此外有关传闻证据一个有趣的例外是：任何人关于自己年龄的陈述都是传闻证据。因为任何人不可能自行知悉自己生于何时，只能是从他人口中得知。

《诉讼证据条例》中以第四部分专门规定了民事诉讼中传闻证据可被接纳的例外情况。经比较可见民事诉讼中接纳传闻证据的条件要宽松得多，这体现了香港刑事证据制度中审慎的一面。

(三) 最佳证据与较弱证据

关于最佳证据 (Best Evidence) 与较弱证据 (Lnferior Evidence) 并无明确的区分界限，只是一种可能性的分类。最佳证据是指能清楚反映案件事实，在案件中与其他证据相比证明作用最为突出的证据。较弱证据即相对于最佳证据而言，证明力不那么强，证明作用不是最突出的证据。这是按证明力强弱为标准的一种分类。而所谓的证明力强弱只是一个相对而言的标准，所以最佳证据和

---

① 参见香港《诉讼证据条例》第73条。

较弱证据之间的界线常显得模糊不清，不易区分。在美国的证据规则中，证据的证明力被分为九等：第一等是绝对确定，第二等是排除合理怀疑，往下依次减弱，最后一等是无线索，不足以采取任何法律行为。但事实上这种分类本身仍然是不明确的。如第三等是清楚和有说服力的证据，第四等是优势证据，这种用词上的区别很难运用于实践之中。所以以往的英国法中有关于最佳证据的明确规定：如果可以获得最佳证据，就可以摒弃较弱的证据。但在实践运用中很难做到，只要是可采纳的证据，往往都被呈陈于法庭。今天的香港证据法中，关于最佳证据往往只在文件证据的规定上还有意义。因为与文件的原本相比，副本的证明力较弱是显而易见的。所以香港证据法规定最佳文件证据是呈交的文件正本。但有时将正本呈堂为证是不可能的。所以法律又规定了以下几种情况下可以将副本呈交法庭而被接纳为证据，但必须首先向法庭解释：

1. 文件正本确实已被销毁或灭失者。如原件被证明已烧毁或遗失，不存在于世上。

2. 文件正本因客观原因确定不可能出示在法庭上，其位置无法移动。如室外的巨型广告牌，不可能在法庭上展示，则可以以照片等代替。

3. 文件正本落在他人之手，而对方拒绝将正本出示。如控方明知被告掌握着可以作为其有罪证据的文件，但被告人不予交出，则只能出示副本。

4. 文件正本落于他人之手，而不可能得到。如文件由身在海外的人保管，而一时无法找到此人。

5. 其他法律规定可以文件副本作为呈堂证供的情况。如生死注册署的记录的副本经认证后可以呈堂，以为证据。

最佳证据和较弱证据的分类意义在于促使当事人尽力去获取证明力最强的证据。在实行当事人举证主义的香港，法庭极少依职权主动调查证据，因此当事人的积极举证是查明案件事实的关键。在刑事诉讼中，由于在举证责任上实行的是“排除合理怀疑”的控方举证原则，最佳证据原则与之结合有利于保护被告人的权利。但证据制度发展到今天，由于证据种类日趋复杂，效力不易衡量。所以最佳证据制度可操作性减弱，这种分类的理论意义大于其在实际中所起的作用。

四、与证据的可采性有关的其他类型证据

证据的可采性一直是香港证据制度和证据理论的核心问题之一。可以说，上述几种证据划分的特定标准及例外情况的规定，其出发点都与证据的可采性有关。除了这些分类以外，香港证据制度中还有一些特殊的证据概念。这些概

念也与证据的可采性有着或多或少的联系。它们是香港证据理论和制度中不可缺少的一部分。现将这些概念予以介绍：

（一）类似行为证据

类似行为（Similar acts）是指有关被告人在其他场合所作的与本案被控行为相类似的行为。这种类似行为的证据不得在本案中被提出作为被告人有罪的证据。这条原则的理由是：因为在一起刑事案件的审理中，是就被告人是否在某年某月某日犯下某罪行进行听审和裁判。他在其他场合的行为并非本案争论事实，如果将其以往类似行为提出，可能会对陪审团、法官造成先入为主的印象，对被告人是不公正的。因此，在香港证据法中，类似行为证据原则上是不被采纳的，如被告人曾有不慎驾车时撞伤他人的记录，但在某案中不得提出这种记录作为他在该案中也因不慎驾车而撞伤他人的证据。

但是，有关类似行为证据的可采性也有一些例外情况的规定：

1. 一方的类似行为反复为之，已经成为其习惯之一。这样的类似行为可以作为证据被采纳。如某一被告人曾以同一手法多次作案，其习惯手法可作为证据在法庭上提出，以证明本案也是由他所作。

2. 被告人的类似行为是本案所控罪行本身或其组成部分。如被告人在同一晚上连续持枪抢劫了几家杂货铺，则这种类似行为可以作为证据被提出。

3. 如果被告以意外事件或无心过失为辩护理由，但他以前曾作出过类似行为，则该类似行为可被提出作为反对其辩护理由的证据。如一个人的房屋屡次被焚，此人因此获得巨额赔偿金，而被指控为欺诈，他如以无心过失为失火理由，则前几次失火均可被提出作为证据。

类似行为证据的采纳，一般应以所控罪行在某种程度上已被证实为前提；而且，即便符合这一条件，法官也可结合案情来考虑，如认为此项证据的采纳对被告人不公平，仍可拒绝采纳。

（二）品格证据

关于当事人平日品格是否良好的证据即品格证据，主要有关被告人的品格问题。基于与类似行为证据相同的考虑，品格证据在原则上也是不可被接纳为证据的。但在一些案件中，被告人的品格有关于案情，或为了保证案件审理中的公平，品格证据也可被接纳，大致来说，有下列一些情况：

1. 当被告人或其辩护人攻击控方证人的人格时，控方即有权提出被告的品格不良的证据。如被告人指称某名警务人员伪造证据检控被告。如果有这种攻击，控方就可以不受限制地使用有关被告人的品格证据。

2. 被告人或其辩护人自行提及被告人的品格，欲证明被告人的良好品行，则此时控方可提出反证，以证明被告人品格不良，推翻对方证据。（《刑事诉讼条例》第55条）

3. 当事人的品行是案件事实的一部分。如在诽谤案件中，原告人的品行是否良好是案件的系争事实之一，则可提出品格证据。再如被告人过去曾被定罪的事实是本案控告的组成部分之一，则该事实亦可被提出作为证据。

4. 当被告人顶证其他同案被告，即攻击同案其他人犯同样罪时，控方可提出该被告人之品格证据，因为此时该被告人的身份类似于证人。（《刑事诉讼条例》第55条）

（三）意见证据

证人在法庭上所作的证词，有时不仅仅限于叙述事实，还涉于其本人对该事实的看法、判断。这种看法即被称为意见证词。意见证词带有证人凭自我意识对事实作出的评价，而在刑事案件的审理中，通过证据展现的应该是全部案件事实，对事实的评价应由陪审团或法官作出，因此意见证据也不宜被接纳为证据。但有时证人并不能完全客观地将一件事实叙述清楚，不得不凭自身经验、印象加以详述方能说清事实。此外专家常被邀请对案件中有关事实作出专业性的意见和评论。这一类的意见证据是可以被接纳的。具体来说有这样几类：

1. 专家意见。专家意见的作出者首先应符合一般证人的条件，其次应是作证那一方面的专家。这种专家身份不一定必须是社会公认的或必须具备专业身份，只须法庭认可其为专家即可。例如法医、验车主任等，均须由法庭认定其专家身份。

2. 普通证人在观察事物时同时觉察的事实或留下的印象，尤其是就另外一人的身份、年龄、有关物件及其性质留下的印象。如证人可以说："我相信他便是那天我在卧室中所见的人。"或者说："那把刀看起来像是钢制的"等。

3. 任何证人都可以陈述自己对某人良好品格的意见，只要这种品格证据是允许被接纳的。

4. 如果证人被法官或律师询问其个人意见，应该直白说出，但回答律师的询问之前，必须征得法庭同意。

（四）佐证

佐证（Corroborative Evidence），又称补强证据，是指不能直接证明案件事实，但可以加强另一证据的真实可靠性的证据。例如关于某一证人的诚实可靠

的证据就是该证人所作证词的佐证。一般来说，审裁者可以根据某一独立证据作出判断，但在某些法定情况下和法庭认为必要时，则需要佐证以加强证据效力。根据香港证据法规定和普通法原则，需要佐证的情况大致有以下几种：

1. 被告人在法庭以外所作的自白。对这种自白有严格的形式要求，一般要求以书面形式作出，还须有佐证。这种规定的目的很显然，是为了防止被告人在诱供或刑讯下作出证词，不利于维护司法公正。

2. 发假誓及作假口供的罪行。

3. 7岁以下的儿童所作的证词。因其未经发誓，且儿童年龄幼小，其证词可信程度较弱，所以须有佐证。

4. 颠覆罪行。

5. 介绍妇人与人发生性行为，使其成为娼妓，及操纵妇女与人发生性行为或卖淫的罪行。

6. 性罪行，如强奸或非礼。

7. 同案犯的顶证。因其利害相关，所以证据效力不足，须有佐证补强其效力。

佐证不得来自于同一来源。如性犯罪受害人的及早投诉虽可作为独立证据，但不得作为该妇女其他证言的佐证。佐证的采纳是否必要及佐证之意义均由法官向陪审团解释，由陪审团决定之。

（五）不在场证据

不在现场的证据（Alibi Evidence）是刑事诉讼中极为重要的一种证据。因为人不可能同时身在二处，所以被告人只须能证明罪行发生时其不在犯罪现场，则可撤销控罪。不在现场证据只能由被告方提出。形式可以是证人证实亲眼见到被告人当时在某处，或有其他实物证据，如某一特殊庆典上的摄影照片等。香港刑诉法规定：在高等法院或地方法院的刑事被告，若要提出不在场证据作为辩护，须在案件未开始审讯前10天，向控方提供不在场证据的详情，例如不在场证人的姓名、地址和当时身在场所等。这是让控方能有机会查核被告的不在场证据。若没有在该期限前按规定通知控方，法庭有可能拒绝接纳被告的不在场证据。

五、证人

在香港的刑事诉讼制度中，庭审是对证据进行审查判断的最重要的步骤。在法庭上，所有的证据都应被展示，而其中大部分证据都必须由证人以口头方式在法庭上提出。证人有出庭的义务，而一经传唤到庭，就与侦查阶段不同，

必须回答向他提出的问题。因此关于什么人可以充当证人，什么情况下可以拒绝作证，什么情况下必须提供证词，是香港证据法中极其重要的一部分。所以有必要将香港证据法中有关证人的内容作为一节来介绍。

（一）证人的适格

证人的适格（Competency of Witness），又称证人的资格（Qualifications of Witness）。是指什么样的人可以出庭作证，什么人不允许出庭作证。在早期的普通法中，诉讼当事人与案件有金钱上的利害关系、犯不名誉罪，或因宗教信仰不同及无宗教信仰而不重视誓言效力者，均不得提供证言。但随着时代的发展，人口的流动，对证人资格限制也越来越放宽。根据现行的香港证据法的规定：原则上除了精神不健全者和 7 岁以下儿童外，任何人都有资格出庭作证。实际上精神不健全者和不足龄儿童在某些特殊情况下也允许其出庭作证。所以在刑事诉讼中，只要是具有相当的了解辨别能力，足以了解作证内容，并能作出阐述使他人了解证言，明白发誓或誓愿的内容（除儿童外）者，经法庭允许，均可成为证人。但考虑到证人在机能和身份上的特殊情况，关于证人的资格问题，有以下一些特殊规定：

1. 因生理机能原因发生证人资格问题者

（1）儿童。根据《诉讼证据条例》第 3 条、第 4 条的规定，除非法院认为某一儿童对被询问的事实有准确的认识且能够准确地加以叙述，否则 7 岁以下的儿童是没有资格作证的。在控告他人犯罪的诉讼案件中，如果确需年龄幼小的儿童出庭作证，而法院认为该儿童不懂得宣誓的性质，只要法院认为这名儿童头脑清楚，明白诚实供述的责任，那么即使未经宣誓，这名儿童的证词也可被采纳。

儿童因为年龄幼小，头脑发育尚未完全，缺乏对事物的正确认识和理解能力，也不能很好地表述事实，所以其证言可信性甚低。但有时在特殊案件如绑架儿童案件中，儿童又成为主要证人，不得不出庭，所以香港证据法规定了儿童作证的例外情况。但同时规定了儿童的证词必须有足够的其他重要证据加以佐证才能依据其定罪，同时作证的儿童如作假证也应承担法律责任。（《诉讼证据条例》第 4 条）

（2）精神病人。《诉讼证据条例》第 3 条规定：精神病人接受询问时，对有关事实似乎没有准确认识且不能加以准确叙述的，如果未预先得到法院或需其出庭人士的认可，任何精神病人不得被传为证人。第 22 条又规定：法院可以根据一份由一名根据医生注册条例注册或视为依据该条例注册的医生所签署的证明书决定某人是否适宜出庭作证，其证明的内容即包括该人的精神状况。

精神不健全者与儿童一样也因其缺乏辨认能力和正确表述能力而不宜作证。但精神不健全的程度有强弱之分，间歇性精神病人在其神智清醒期间的认识和陈述是与常人无异的，所以经医生证明，精神病人也可有条件地被接纳为证人。

(3) 聋哑人。聋哑人缺乏听觉和口头表述能力，这样就影响了其了解事物的能力和表达能力，也不能作口头发誓。但聋哑人的智力是完全正常的。因此《诉讼证据条例》第 68 条第 6 款规定：如果某人由于说话或听觉方面的缺陷而在法律诉讼中作证时必须以书面或打手势的形式作证，则该证供应视为口头证供。也就是说只要聋哑人能够明白誓言的内容，可以在他人的帮助下，借手语或文字发誓，并以手语或文字作出证供，是有资格作证的。

2. 因身份原因发生证人资格问题者

(1) 配偶。根据《诉讼证据条例》第 5 条之规定：在一般情况下，诉讼当事人及其配偶、代表双方起诉、抗诉或辩护的人士及其配偶，在诉讼中，根据法院惯例，都是合法证人，并可被强令出庭作证。但第 6 条则规定：在刑事诉讼中，丈夫或妻子不是合法证人，不能被强令作证，即不能提出对其配偶有利或不利的证供。

对配偶，尤其是刑事诉讼中被告人的配偶作为证人资格的限制，显然也是出于对证词真实可靠程度的考虑。配偶作为关系最密切的家庭成员，在感情上和经济上都有着相互依赖的成分，因此其证词必带有极强的主观思想作用，其真实客观性大可怀疑。当然有些特殊案件中配偶又成为极其关键的证人，或其夫妻关系对证词可靠性影响不大，这时配偶也可成为证人。如在被告以向配偶施以暴力的罪名被控时，普通法规定被告的配偶有资格，也有义务作为控方证人。还有的情况下，配偶可作为证人，也可拒绝作证，这些将在“证人特权”中详述。总体而言，被告配偶是没有资格出任控方证人的。

(2) 被告人。一般情况下，被告没有资格，也不会愿意充当控方证人。但在下列情况下，被告人可以作为证人指控同案另一被告人：

①控方决定不起诉该被告人，向法庭申请中止控诉。这时该被告人事实上已不再是被告身份，因此有资格担任控方证人。但如果其拒绝作为控方证人出庭，则控诉方还可以以原罪行重新检控其人。

②被告人经审讯后被宣告无罪释放，这时也可作为控方证人。

③该被告人已认罪，从而已得到法庭裁决，则可以犯人身份充当控方证人。

④该被告人和同案其他被告人已经或正在被分开审讯。

(3) 案件的审裁者。如该案的法官和陪审团成员以及参加审理案件的太平绅士，因为他们须作出裁决，为了防止出现不公平现象，所以他们也不能出任该案的证人。

(4) 囚犯。《地方法院条例》第14条规定：如有需要，法院可依一方诉讼当事人申请，酌情颁发命令，将幽禁服刑的囚犯或拘押候审的嫌疑人解送法院，出庭作证。因此香港的囚犯和在押嫌疑人也有证人资格。

(5) 非基督教徒。在原来的英国证据法中，因为证人须以基督教方式发誓后其证词方可被采纳，所以非基督教徒无证人资格。但随着时代发展，这一规定已被修改。其他宗教信仰者可依其宗教信仰发誓，无宗教信仰者可发誓愿，因此依据香港证据法规定，非基督教徒也可出任证人。

(6) 外国人。香港法律规定，任何外国人只要符合一般证人条件，均可在香港出庭作证。若证人不通本地语言，传召证人的一方须事先通知法庭安排合适的传译员。

(二) 证人的权利和义务

证人的适格，谈的是什么样的人可以充当证人。但并不是所有有资格充当证人的人都应当出庭作证。香港证据法原则上规定了证人有义务出庭作证，但同时基于普通法的规定又给予某些证人以拒绝作证的权利，这种权利被称为证人特权 (Privilege of Witness)。具体来说，香港证据法规定了证人有这样一些权利和义务：

1. 证人的权利

(1) 一般权利。除证人特权外，一般的证人都享有一些权利。大致可分为两类：一方面是作证的权利。任何符合条件的证人经传唤均有权出庭作证。任何人威迫利诱证人不出庭作证，普通法便已规定其为犯罪。阻止已传唤的证人出庭，系蔑视法庭罪。另一方面是获得补偿的权利。香港《高等法院条例》第34条规定：按察司所受理的任何诉讼中，证人出庭作证，按察司依法下令核准费用给予所有出庭证人作为他们失事废时之用费及补偿。没有收到这笔费用，则不出庭也不会被处罚款。

(2) 证人特权。证人特权是指在某些情况下证人享有可不作证的权利而不会遭到处罚。根据香港证据法，以下情况下证人享有拒绝作证的特权：

①拒绝使自我负罪的特权。《诉讼证据条例》第10条规定：在刑事诉讼中，任何人如果被控以可以公诉或简易程序定罪的罪名，则不能被强令作任何对自身有利或不利的证供。也不能在诉讼中强令任何人回答可能使自己陷入罪责的问题。第65条还规定：如果在诉讼中回答任何问题或出示任何文件或物

品会导致该人就某一罪项或就追讨罚款事宜而陷入诉讼，则该人有权拒绝回答。这种规定是普通法中“任何人有不告发自己的权利”原则的具体体现。

②拒绝使配偶负罪的特权。《诉讼证据条例》第6条规定：丈夫或妻子不能被强令作证。第7条规定：在刑事诉讼中，丈夫或妻子都不能被强令披露配偶在婚姻关系存续期间向对方所作的言词。第8条规定：即使本条或其他法规另有规定，在任何诉讼过程中都不能强迫丈夫或妻子就是否行房事事项作证。此外，香港法律还规定：被告被控以下通常由警方处理的罪行时，配偶有资格出任控方证人，但不能被强迫作证。这些罪行包括：乱伦罪；《刑事罪行条例》中第12部分的罪行（有关性罪行或相连罪行的）；《侵害人身罪行条例》中的遗弃儿童危及其生命；虐待或疏忽照顾儿童或青少年；偷拐14岁以下儿童；将抚养权交与别人，交换有值代价；重婚；条例中涉及伤害16岁以下人士的罪行。在得到被告同意的情况下，其配偶有资格为同案的另一被告作证，但同样不得被强迫作证。

这些大量对配偶作证特权的法例，一方面是考虑到夫妻之间的感情和婚姻家庭关系的维系；另一方面也是因为配偶的证词证明价值有限，对案件证明意义不大，因而作出的规定。

③职业特权。根据香港证据法之规定，大律师或律师受理案件，与当事人之间互通的资料或文件，不得强迫当事人透露互通资料或文件之事或资料和文件的内容，同样也不得强迫律师或大律师透露。这条规定也适用于律师的职员或翻译。《诉讼证据条例》第20条规定：只要银行不是某一案件的原告或被告，则在该案件中不能强迫银行或银行的职员将有关银行记录呈交法庭或要求该职员出庭作证，以证明记录的事情、交易或账目，除非有法院发出的命令。根据普通法的惯例，虽然法律未规定医务人员、神职人员也有此特权，但绝少有强迫他们就其当事人所说的话作证的情况。这些关于职业上的特权的赋予，是为了保护当事人的个人隐私，使这些职业能顺利开展业务，满足社会要求。

以上的三种特权，都是赋予当事人的权利。当事人既可以行使这种权利，也可以放弃。但这完全由作证者本人决定，他人无权主张这种特权。如当丈夫被控，妻子被要求作证时，妻子有权选择是否透露婚后夫妻间互通的消息，但她丈夫不能以她有权不透露为由，制止她作证。

④公务特权。是指证人有权、有时是必须拒绝作出某些涉及公务秘密的证词。这种权利在有的情况下也是义务，如《立法局（权力及特权）条例》第14条中规定：被合法命令出席立法局及任何委员会作证者，除另有规定，否则不得出示有关载有海陆空军事事宜、香港安全有关之函件，亦不得向立法局

或任何委员会提取。属于这类秘密的还有陪审评议情况，破案线索的来源等。但在有的情况下，当法庭认为遵守这一规则会造成不公平时，也可能采取秘密取证的方式或其他方式获得证据。判例对此的解释是：在这种情况下使无辜者免于惩罚比保守秘密更重要。

2. 证人的义务

根据香港证据法，证人大致有如下一些义务：

(1) 到庭作证的义务。除享有特权的证人外，一般的适格证人经法庭发令状（Summons）传唤都应到庭作证。经传唤无正当理由不到庭者，就要受到处罚。《诉讼证据条例》第9条规定：在任何诉讼案件中被传作证人的任何人，都不能以没有犯罪能力或利益为由免除作证责任。《裁判司条例》第21条规定：如被传唤者拒绝或因玩忽不依时日地点报到，裁判司可再依法签发拘票，拘提该人到案。《高等法院条例》第35条规定：凡经法庭传唤强制出庭作证而拒绝到案时，可按简易程序审判、罚款或监禁。

(2) 作证前宣誓或发誓愿的义务。证人到庭作证，在作出证言之前，应先经发誓。非基督教徒可经誓愿。否则其证言不会被接纳。证人拒绝发誓的，还将受到处罚。如《裁判司条例》第21条规定：如到案的证人拒绝宣誓，裁判司可给予罚款处分。这里的例外情况是7岁以下儿童经法庭准许也可不必宣誓而作证，但同样须对证词负责。其他一些单行条例如《防止贿赂条例》、《小额钱债审裁处条例》也规定了个别情况下证人可不必发誓。

(3) 作真实证供的义务。证人在法庭上所作的证供应当是符合事实的。所有的证人，包括有可拒绝作证特权者，一旦作出证供，须对其证词负责。如发现有作伪证者，则将对其进行惩罚。如《高等法院条例》第36条规定：在民、刑事诉讼或其相关事件诉讼中，由法庭审问证人，发觉该经过发誓程序之证人有故意及矫造伪证之行为成立罪状者，依法得以藐视罪论，处以3个月徒刑或罚款。

香港证据法上规定的这些证人的权利和义务，从实体和形式两方面对证人的地位和行为加以确定，体现出较明显的英美法系国家诉讼制度的特点，其中不乏可借鉴之处。

六、披露证据的责任

(一) 专家证据的披露

在高等法院的审判中，控辩双方都可以提出专家证据对自己的主张进行论证。如果一方当事人就争议的事实提出了专家证据，对方当事人可以提出证据

对此加以反驳。如果一方当事人知道对方当事人将要提出专家证据，这可以帮助他们事先准备好在审判时反驳对方的证据和理由。因为专家证据涉及到有关的专业知识，特别是会涉及到各行各业的科学技术知识，对专家证据的反驳一般也需要“专家”知识，所以，香港刑事诉讼法要求采纳专家证据的当事人，应当在庭审开始以前告知对方当事人，并具体规定了告知披露的程序。

根据《刑事诉讼程序条例》第65DA条规定，初级侦讯后，准备提出专家证据的当事人，必须根据实际情况，尽早向对方当事人递交一份书面声明，提出他们准备使用的所有专家证据的结果或者专家证据的意见。如果对方当事人要求获得专家证据的结果和专家证据意见所依据的观察记录、实验或计算，提出专家证据的当事人必须向对方提供所要求的观察记录、实验或计算的副本，除非经法官同意，或者对方当事人放弃这一被告知披露的权利。如果使用专家证据的当事人没有履行这些程序要求，在高等法院的审判中将不能提出专家证据。

准备提出专家证据的当事人有合理的理由相信，根据《刑事诉讼程序条例》第65DA条规定向对方披露专家证据，可能将威胁到专家证人的安全，或者将会干扰司法活动的顺利进行，可以不向对方当事人提供专家证据。在这种情况下，拒绝向对方提供专家证据的当事人仍然需要通知对方当事人，将拒绝提供专家证据，并指出拒绝的理由。

（二）控方的披露责任

1. 证词与证据的披露

控方必须向被告人披露其根据《裁判司条例》第三编的规定准备在高等法院审判时将要使用的证词和证物。虽然法律并没有要求控方必须向被告人披露他不准备使用的材料，但是，任何代表律政司负责起诉的检控官，根据《律政司准则》的规定和精神，应该向被告人披露这些材料。法官在审理案件时，不仅会注意到控方是否遵守了《裁判司条例》第三编的规定向被告人披露的内容，而且也会注意到那些控方在高等法院审判中不准备使用的材料。控方未能向被告人披露其在高等法院审判时不准备使用材料的，属重大的程序违法，如果被告人就此提出上诉，上诉法院可以宣布高等法院的判决无效。但是，如果控方没有向被告人披露那些其在高等法院中不准备使用的材料的行为并没有导致司法不公，对被告人并没有带来不利，上诉法院也可以维持高等法院的原判。

对于通知被告人时被标明为“不使用的材料”，在审判时控方仍然可以使用。

2．呈交受解公诉书时的披露

当申请呈交受解公诉书时，送交被告人的材料以及在初级侦讯时提交给裁判司的材料，应与提交给高等法院法官聆讯申请的材料相同[①]。

3．公共利益豁免

当控方认为因某材料受公共利益豁免的保护而不应提交时，控方应当：

（1）通知被告人，控方正在申请排除该材料；

（2）向辩方提供这些材料的目录；

（3）给被告人提出申诉的机会。

根据材料的性质和敏感程度，如果向公众和被告人披露这些材料的存在将违背公共利益，可以不要求控方提供这些材料的目录，并允许单方面向法官提出申请进行裁定。如果控方进行单方面申请的事实可能向被告人或者其他人泄露该材料的存在，控方可以单方面申请不通知任何人。在法官同意控方因公共利益豁免可以不向被告人披露某证据材料后，如果法官认为，为了审判公正，对审判开始时所作出的决定需要审核，法官应该立即通知检控官。检控官必须接受法官的新的裁决。

4．补充证据通知

控方在高等法院审判时将要传唤的证人，如果其证词在初级侦讯时没有送交给被告人，在高等法院审判前，控方需要准备一份补充证据通知，连同补充的证人证词副本送交被告人。控方没有向被告人送达补充证据通知以及补充证人证词副本的，将会受到法官的指责，法官可以决定延期审理，命令控方向辩方提供适当的通知，并给辩方提供充分的时间来考虑补充的证人证词。

（三）被告人的披露责任

被告人在高等法院审判前的披露责任，主要是向控方披露不在犯罪现场的证据[②]。除专家证据外，在高等法院审判前，被告人对其他证据可以不向控方披露。

根据《刑事诉讼程序条例》第65D条规定，证实不在犯罪现场的证据是这样的证据，即它有助于表明因为被告人在特定的时间出现在特定的地点或特定的地区，在指称的犯罪发生时间，被告人不在或者不可能在指称的犯罪发生地。仅仅只是宣称被告人不在犯罪现场，并不是一个不在犯罪现场的证据。

被告人必须在高等法院开庭审判10天前，以书面形式提出不在犯罪现场

① 参见赵秉志主编：《香港刑事诉讼程序法》，北京大学出版社1996年10月版，第101～102页。
② 参见李宗锷主编：《香港日用法律大全》第1卷，香港商务印书馆，1995年版，第264页。

的证据通知。被告人在开庭审判前未提交不在犯罪现场证据通知的，在开庭审判时，一般不得提出不在犯罪现场的证据。要求被告人提供不在犯罪现场的证据，包括被告人自己提供的证据以及被告人传唤的其他证人所提供的证据。

根据《刑事诉讼程序条例》第65D条第（7）款规定，被告人提交不在犯罪现场的证据时，须将不在犯罪现场的通知送交律政司，或者留在律政司办公室，或者以邮寄的方式寄往律政司办公室注册的通信地址。通知中必须包括能证实被告人不在犯罪现场的证人的姓名和住址，如果这时被告人还不知道证人的姓名和住址，则须注明被告人所知道的、确实有助于找到证人的所有材料。如果被告人在通知中没有指出证人的姓名和住址，经法官确认，被告人在提出通知时以及在提出通知以后，采取了所有的合理方法和措施在寻找证人，法官可以允许被告人在开庭审判时提出不在犯罪现场的证据。如果被告人在以后发现了证人的姓名和地址，或者得到了其他可能确实有助于发现证人的材料，被告人立即通知了控方这一发现，法官也可以允许被告人在开庭审判时提出不在犯罪现场的证据。

被告人没有依据《刑事诉讼程序条例》第65D条规定的要求向控方提供不在犯罪现场的证据通知或者材料时，是否允许被告人在开庭审判时提出不在犯罪现场的证据，法官有酌情权。可以根据案件的具体情况，看是否引起了司法审判不公，决定是否允许被告人提出不在犯罪现场的证据。但是，在这种情况下，法官可以延期审理，给予控方一定的时间进行调查。

法官没有根据《裁判司条例》第85A条或者《复杂商业罪行条例》第4条规定，告知被告人须提供不在犯罪现场证据的通知要求的，被告人在高等法院开庭前未通知控方将提出不在犯罪现场证据进行辩护的，法官不能拒绝采纳被告人提出的不在犯罪现场的证据。

七．关于证据的程序

（一）证据的采纳

证据的采纳可以在提讯后召集陪审团以前决定，虽然召集陪审团以后也可决定证据的采纳问题，但这一般都是在审判过程中当关于证据是否可被采纳的问题出现时，才在召集陪审团以后决定的。在审判实践中，对于被告方证词的采纳，对控方开庭陈述有重大意义的证据的采纳，几乎毫无例外的都要在陪审团召集以前决定。

当有必要确定表明证据是可被采纳的事实时，法官可以在陪审团缺席的情

况下命令对该问题进行审理，这叫作预备讯问（Voir dire）①。在某一证据问题被采纳以前，例如控方提出的被告人的供认；或者被排除以前，例如证人享有某种形式的特权或者证人不适格或者不能强制证人作证等，对这些事实必须证明时，应当进行预备讯问。

反对采纳某一证据时可以不进行预备讯问。当由法官和陪审团同时审理案件时，对反对被采纳证据的聆讯，被告人可以坚持让陪审团在场。法官在对证据是否可以被采纳进行裁决时，可以作不附理由的裁定。

在预备讯问后采纳证据，用以证明证据是否可被采纳的事实可能与审判的事实有关。例如，当控方提出被告人的供认时，自愿作出该陈述的事实就与陪审团在考虑该陈述的证明力时有关。根据《刑事诉讼程序条例》第59条规定，被告人通过表明供认是在欺压或者是在不公正的情况下作出的，有权攻击该陈述的证明力问题。在欺压或不公正情况下作出的证据，其欺压或不公正的程度，与证据的证明力有关。当陪审团负责审理案件时，控方和被告人双方都有权再传唤欺压或不公正的证人。

在审判过程中，随着案情的逐渐明朗，先前被法官裁定为可以被采纳的证据，法官可以裁定已不能采纳。根据案件的具体情况，尤其是根据这类证据的证明作用，这类证据给陪审员所造成的偏见，法官可以将先前的陪审团解散，重新再召集一个陪审团对案件重新审理。

根据《刑事诉讼程序条例》附表六第1项规定，当法官作出重审命令后，经法官同意，原审中任何证人提供的证据的记录副本，经控辩双方达成协议，可以在再审法庭上宣读使用。原审中出庭作证的证人已死亡，或者已不适合再提供证据，或者不再适合出庭作证，或者已尽了所有可能的努力寻找证人或促使证人出庭作证但未成功，在这些情况下，可以在再审法庭上宣读证人在原审法庭上提供的证据的记录副本。

（二）根据《复杂商业罪行条例》进行审判的证据的程序

高等法院根据《复杂商业罪行条例》进行的审判，与其他形式的审判关于证据的程序基本相同。所不同的是，根据《复杂商业罪行条例》进行的审判，法官可以允许陪审团拥有下列材料的副本：

1. 控方陈述，经被告人同意的辩方回答；
2. 《复杂商业罪行条例》第18条规定可采纳的所有证人证词；
3. 《复杂商业罪行条例》第17条规定的所有可采纳的事实陈述；

① 参见赵秉志主编：《香港刑事诉讼程序法》，北京大学出版社1996年10月版，第189～190页。

4.《复杂商业罪行条例》第 17 条规定的不需进一步的证据证实，任何可被采纳的证据的文件等；

5. 律师的开审及结案陈词；

6. 证据的记录；

7. 法官的总结；

8. 法官认为合适的其他文件。

（三）现场观察

对任何与争议事实有关的地方，陪审团可以进行现场视察。在高等法院审判中，当提出陪审团的现场视察问题时，是否同意陪审团现场视察由法官决定。法官可以根据自己的动议权来决定是否允许陪审团视察有关的现场。如果不通过视察现场就能够理解证据；或者现场已经发生了变化，对证据的理解和认识已无多大意义，法官可以拒绝陪审团进行现场视察。陪审团在作现场视察时，法庭应当休庭，在视察的现场另行组成法庭。现场视察是对案件进行正式审理的一个组成部分。陪审团视察现场时，主审法官应当到场。

陪审团视察现场时，被告人一般也应当在场，除非被告人不愿在场并获得法官同意，被告可以不到场。但是，在这种情况下，以后被告人不得以陪审团视察现场时自己不在场因而审判是非法的为由，提出上诉。

陪审团在视察现场时，不能与其他人有不正当接触。在陪审团视察现场之前，法官应就此提示陪审团。在陪审团视察现场的过程中，当事人一般不得与陪审团交谈。如果陪审团有问题，需要当事人或者其他证人的解释，其程序应如同正式的法庭审理程序一样。

陪审团视察现场时，全体陪审员都必须到场。法官指派一名陪审员到现场视察，让他回来后向其他陪审员报告审查的情况，这是不允许的。

（四）证人作证

1. 一般原则

为了防止证人之间互相影响，或者串通一气，证人在作证前应当与法庭隔离。证人在作证后，法官可以命令其留在法庭。如果证人违背法官命令，例如证人在作证前留在法庭内听其他证人的作证情况，可以藐视法庭罪对证人进行处罚。虽然对这类证人提供的证据仍然可以采纳，但是，在考虑该证人提供的证据时，法官可能会降低其证明力。

控辩双方都有在不告诉对方的情况下会见对方证人的权利，但是否参加这样的会见，证人有决定权。

证人对其在法庭上所说的任何话语不负民事责任。但是，如果证人“所说的话是侮辱人的或者与案件不相关的”，则可能构成藐视法庭罪。证人不能对法庭撒谎，证人在法庭上必须如实陈述，如果证人在法庭上有意提供虚假证据，可以伪证罪或者提供虚假证词罪对证人起诉。

证人作证，应当是在没有恐惧、压力或影响的情况下，自由向法庭陈述，以保证审判的公正。干扰证人作证，将构成破坏审判罪。贿赂、威胁、允诺、不适当地施压、利诱、或者与他人达成不作证的协议的行为，都构成犯罪。

2. 易受伤害的证人作证

在公开的法庭上不能够正常地作证，或者不太适合在公开的法庭上作证的证人，被称为易受伤害的证人。根据《刑事诉讼程序条例》第3A编的规定，这类证人可以在较少对公众暴露或者准正式的环境中作证。易受伤害的证人可以通过法庭审判的现场电视线路作证，也可以事先把他们的证词录制在录像带上，裁判官也可以事先笔录其供词。易受伤害的证人包括“恐惧证人”，儿童证人和有精神障碍的证人，不同的易受伤害证人，不同的案件，其作证方式有所不同。

(1) 恐惧证人

恐惧证人是这样的一类证人，即如果证人公开出庭作证，证人或者其家庭成员的安全会遭受危险的证人。这类证人主要是指在对黑社会、有组织的犯罪或放高利贷犯罪的审判中作证的证人。《刑事诉讼程序条例》第3A编规定，恐惧证人只能通过法庭审判的现场电视线路作证，不能通过其他非正式的作证环境来作证。

根据《刑事诉讼程序条例》第79A条的定义，现场电视线路是利用闭路电视系统将法庭和法院中的另一房间联系起来的一个系统联结。闭路电视系统应当使法庭内的人员能够听见和看见另一房间里的人员，另一房间里的人员也可以听见，或者既可以听见又可以看见法庭里的人员。

根据《刑事诉讼程序条例》第79B条第（4）款规定，当希望恐惧证人通过现场电视线路作证时，证人、检察官可以向法官提出申请，法官也可以通过自己的动议，批准恐惧证人通过现场电视线路接受盘问。法官在批准恐惧证人通过现场电视线路作证时，可以对作证环境附加一些法官认为合适的其他条件。

(2) 儿童证人与有精神障碍的证人

对于不同的案件，对儿童的岁数限制有所不同。根据《刑事诉讼程序条例》第79A条规定，在性犯罪案件中，年龄在17岁以下的为儿童；在其他犯

罪案件中，年龄在 14 岁以下的为儿童。但是，在涉及到用录像记录证据时，对儿童的岁数限制又有所不同。对于性犯罪案件，年龄在 18 岁以下的人而其证据被录像记录时为 17 岁以下的为儿童。对于其他犯罪，15 岁以下的人和 14 岁以下其证据被录像记录的人为儿童。

根据《刑事诉讼程序条例》第 79A 条规定，有精神障碍的人是指患有精神病的精神障碍者，即患者有发育延迟或心智发育不全，精神病或者其他任何心智错乱或无能的人。

在刑事诉讼中，儿童、精神障碍者对某一犯罪作证，既可以选择通过录像记录证据，也可以通过现场电视线路或事先笔录供词等方式提供证据。儿童、精神障碍者在选择作证方式时，不像易受伤害的证人那样要受到限制。当然，通过现场电视线路、录像记录证据、或事先笔录供词等方式提供证据的程序，只适用于在审判中不是被告人的儿童，如果被告人是儿童并希望作证，不能通过这些方式作证。并且，通过现场电视录像、录像记录证据，或者事先笔录供词作证时，只适用于下列与儿童有关的犯罪审判：

①性犯罪。这里的性犯罪包括《刑事罪行条例》第 12 编规定的所有与性有关的犯罪，以下犯罪除外：

勾引 16 岁以下未婚女孩的犯罪；

公开展示卖淫广告招牌的犯罪；

妨碍拆除提供卖淫服务广告招牌的犯罪。

②虐待罪。这里的虐待罪包括：

遗弃或抛弃儿童，使儿童的生命受到了危险；

对儿童或少年负有责任的人对其照管的人实施虐待或弃置不顾。

③公诉罪。这里的公诉罪是指涉及到对人的暴力威胁、伤害、或者伤害威胁公诉罪，这里的公诉罪包括既可以以简易罪程序审判也可以以公诉罪程序审判的犯罪。

对于精神障碍者，这些程序只适用于那些以公诉罪审判的罪行，或者既可以以简易罪程序审判又可以以公诉罪程序审判的罪行。这些程序不适用于那些只能以简易罪审判的罪行。不同于儿童案件的是，诉讼中被告人是精神障碍者的案件，这些程序也同样适用。被告人或被告律师如果希望采用录像记录证据或事先记录供词，必须事先向法官提出请求。

在公诉人向裁判法院的裁判官送达了转解的通知，裁判法院不进行正式的初级侦讯直接将被告人转解到高等法院受审的情况下；与儿童有关的特定犯罪的受害者是儿童，或者公诉罪以及既可以以公诉罪审判也可以以简易罪审判的

犯罪的受审者是精神障碍者；在这些情况下，也可以援引该程序，允许儿童、精神障碍者采用录像记录证据或者事先记录证词。

（3）录像记录证据

根据《刑事诉讼程序条例》第79A条规定，录像记录是“通过移动图像和伴音声道，将提供的证据记录在任何媒介上”。录像记录证据就是通过录像来记录有关人员和非被告儿童或者精神障碍者会见的情况。根据《刑事诉讼程序条例》第79C条定义，这里的有关人员是指警察、社会工作者或者由政府雇佣的临床心理学家等。

根据《刑事诉讼程序条例》第79C条第（2）款规定，录像记录证据，只能记录证人提供的对争议问题具有证明意义的有关会见证据。在录像记录证据之前，应当获得法官的同意。法官在接到录像记录证据的申请后，如果符合《刑事诉讼程序条例》第79C条第（4）款规定的情况，法官必须批准。但是，在以下情况除外：

①被会见的证人表明不能接受盘问；

②未能遵循要求在制作记录时须揭露的情况的规定；

③根据司法利益，法官认为该记录不应被采纳的其他情况。

法官在对请求录像记录证据的申请作出批准时，从司法公正考虑，法官有权排除记录任何部分。根据《刑事诉讼程序条例》第79C条第（5）款规定，法官在行使排除记录中部分内容的酌情权时，法官应当考虑到，是否已合理地表明会见全部记录的作用已超过了对被告人造成的任何偏见。根据《刑事诉讼程序条例》第79C条第（7）款规定，会见录像记录一旦被采纳，录像上出现的证人所作的任何陈述，将视同证人在法庭上作出的口头证据。

在除初级侦讯程序以外的所有程序中，如果录像记录的证据被采纳，在证据中提供录像的一方当事人，必须传唤被会见的证人。尽管他们会受到另一方当事人的盘问，但是，在任何情况下，对这样的证人可以不进行在会见中已经作过的主讯问。

（4）通过现场电视线路提供的证据

根据《刑事诉讼程序条例》第79B条第（2）款和第（3）款规定，非被告儿童在与儿童有关的特定的犯罪中作证，精神障碍者在非简易罪程序的审判中作证，可以通过现场电视线路提供证据。

（5）录取证词

如果需要非被告儿童，或者精神障碍者在审判中作证，当事人可以向法官提出申请，允许裁判法院裁判司对这些证人以书面形式事先录取证词。只有在

获得法官同意下，才能对非被告儿童证人和精神障碍者证人事先录取证词。

当事人在提出事先录取儿童证人证词、精神障碍者证人的申请时，必须满足以下要求：

①如果让证人在整个审判程序中出庭作证，有充分的理由表明诉讼程序将会不可避免的耽搁；或如果让证人在整个审判程序中出庭作证，证人的身体或精神健康将会遭受伤害；

②向另一方当事人提供合理的通知；

③如果以不可避免的耽搁为由提出申请，需要表明这一耽搁非常严重，以致为了司法公正需提前录取证词。相关法院提供指出耽搁理由的证明；

④如果提出的理由是会对证人的身体或精神造成伤害，必须附有注册开业医生的宣誓证明书，证明书上要指出医生相信有这种危害的理由。裁判官有权传讯该医生出庭作证或接受盘问。

当事人申请对证人事先录取证词获得批准后，裁判法院的裁判司可以在审判开始前的任何时间内对证人录取供词。在高等法院审判时，裁判司可以通过现场电视线路提供这些事先录取的证据。录取完证词后，根据《刑事诉讼程序条例》第79E条第（6）款规定，裁判官需要准备并签发一份证明书，证明书中需要注明：

a. 颁发许可的理由；

b. 录取证词的日期和地点；

c. 录取证词时在场人员的名单；

d. 录取证词时，给予了在场的对方当事人以盘问证人的全部机会；

e. 除非儿童作出的非宣誓证据，对其他证人，在录取证词之前已主持证人发誓；

f. 录取证词后已用文字记录并向证人宣读；

g. 裁判官和能够签字的证人，在证词上的签字。

根据《刑事诉讼程序条例》第79E条第（7）款规定，通过这种方式录取的证词，不需要进一步证明就可以作为可采纳证据。但是，这种证词只能用于与证词有关的罪行的审判，在其他案件的审判中，不能被采纳为证据。根据《刑事诉讼程序条例》第79E条第（8）款规定，在证词录取完后，没有法官的许可，在以后对证词涉及的任何问题的聆讯中，不能对证人进行讯问或盘问。

第二节 刑事证明

一、证明对象与证明责任

（一）证明对象

在刑事诉讼案件中，被告人在法庭被控这一事实表明被告人被怀疑犯了某项罪行。这里要强调“怀疑”二字，因为香港的刑事诉讼法明确接受无罪推定原则。被告人在被法庭判决有罪之前，应被认为是清白的。控诉人和被告人双方的诉讼活动，最终目的是解决被告人的刑事责任问题，刑事责任的有无、大小又是和案件事实直接相关的。所以刑事诉讼的证明对象应该是案件事实。并不是所有与案件有关的事实都必须得到证实。在全部案件事实中，最关键的是两个问题：

1. 是否有被指控的罪行发生；
2. 被告人是否是实施该罪行的人。

当然，有关被告人作出该行为时的动机，所处的环境，使用手段的程度等可影响处刑的事实情节也可成为证明对象。但在实行陪审制度的香港，由于陪审团对被告人是否有罪的裁决是法官量刑处罚的前提，所以应将这两个问题视作主要的证明对象。明确这一点对于收集证据和证明过程都有重要意义。

（二）证明责任

证明责任（Burden of Proof），是英美证据法上一个重要的概念。在香港的证据理论和制度上的证明责任与中国内地法律中的证明责任在其定义、标准、转移等方面均有较大不同，下文将予以详细介绍。

1. 证明责任的概念

英美法上的证明责任概念的最大特点是它的多层次性。证明责任的多层次这一观点，最早是由美国著名证据法学家杰·伯·撒耶于19世纪末在其著作《普通法上的证据法导论》中首先提出的①。他认为：证明责任共有三层涵义。第一层涵义是，“一方当事人提出双方存在争论的事实主张后所产生的危险责任——如果依其言所为而不能证明其事实主张则将败诉”；第二层涵义是，“继续进行争论或者提供证据的义务，这种义务不仅存在于案件的开始阶段，而且

① 参见克劳斯《克劳斯论证据》，1979年伦敦第5版，第85页。

贯彻于此后的整个审判或辩论的任何阶段”；第三层涵义是，“无论使用这个术语的何种称谓，都较诸其他两层涵义具有更为丰富的意蕴，而且亦可具体指它们中的任何一个或者概指整个涵义”。这种观点提出后，经过百余年的发展，不断得到补充和修正。在今天，英国证据理论中关于证明责任分层的学说已得到普遍承认。

现代证明责任分层说认为：证明责任包括两层涵义。第一层涵义是指，当事人在案件结束之际，就一定的事实主张说服陪审员或法官的义务。这被称为说服责任（persuasion burden）。第二层涵义是指，当事人一方向法官提出充分证据，以证明己方的诉讼主张或请求，使相对方当事人负有作出答辩的义务。这一涵义被称为举证责任（production burden)。这两层涵义共同组成了证明责任这一概念。但由于立法上并无明确规定，所以在实践中，这些概念的使用又常有混乱之处，如举证责任又常被用来指全部两层涵义的总和。但无论如何这种分层概念已成为英美法中证明责任的权威定义。

证明责任这一概念的分层，是与英美法中实行的诉讼制度有直接关系的。在英国的刑事诉讼中，凡是由刑事法院以正式起诉程序召集陪审团审理的案件，除法律上明确规定的特殊情况，如上诉法院指示起诉或高等法院法官指示或同意起诉的案件，或者是验尸法院移送的案件以外，一律要经过治安法院的预审（preliminary inquiry)，或称起诉审（committalproceeding)。预审的目的不是要确定被告人是否有罪，而是审查证据确定该起诉是否符合条件，可以移送刑事法院进行正式庭审。所以在这一程序中，很明显控诉方有责任提交全部控诉证据，以说服预审法官同意将该案交由法院正式审理。如果不呈交足够证据，很可能被撤销起诉，遭致失败。而被告人在这一阶段即使并不提交有利于己方的全部证据，也不是必然就会被判处有罪，受到惩罚。

在刑事案件移送到刑事法院进行正式庭审时，情况就发生了变化。这时控诉人和被告人同时面对事实的最后裁决者：陪审团。双方都要尽全部力量举出对己有利的证据，以说服陪审团，否则将遭致败诉的结局。控诉人的失败表现为被告人被宣布无罪开释；被告人的失败表现为被宣布所控罪名成立并被处以刑罚。

正是英美刑事审判制度中不同阶段带来的当事人地位、责任的变化促使了英美法中证明责任分层学说的形成。香港证据制度中的证明责任也继承了英国证据法上的这一概念，而与大陆法中的证明责任概念相去甚远。

2. 证明责任的分担和转移

普通法中关于证明责任的一条基本原则是：谁主张，谁举证。而香港刑事

诉讼法的另一条原则是无罪推定原则：被告人在法庭判决有罪之前应被认为是无辜的。因此被告人不必证明自己无罪，而控诉方必须举出证据以证明被告人有罪。所以控诉方作为提起诉讼主张者，应承担证明责任。但这只是发生在诉讼程序刚刚开始之时。随着举证、质证程序的进行，控方在法庭上举出一系列证据，足以使陪审团产生内心确信认定被告人有罪，这时证明责任便发生了转移，移至被告人及其辩护人一方。如果在这种形势下被告人一方举不出证据驳斥控方证据，或无力提出抗辩理由，就要承担败诉的后果。一般情况下，被告人及其辩护人也会举出一系列有利于己方的证据，对陪审团产生影响，证明责任就是这样在控方和辩方之间不断转移。随着案件审理的进展和双方所举证据在证明力上的变化，案件事实在陪审团成员的头脑中逐渐成形，双方所应承担的证明责任也就最后确定了。在案件审理结束时尚不能解除己方的证明责任的一方必然败诉。这就是刑事诉讼案件中证明责任的承担和转移。

在香港的证据法中，并非所有刑事案件的最初证明责任都由控方承担。根据香港法例规定，在这样一些例外情况下，案件刚开始时证明责任即由被告人承担：

(1) 被告人有精神病患或不适于受审。如果被告人的辩护人想要以被告人患有精神病作为减轻或免除刑事责任的理由，则辩护人必须主动举证证明这一点。如果辩护人想以被告人有病理性醉酒之疾为由减免其刑事责任，同样也必须承担证明该事实的责任，提供有关符合规定的证明。

(2) 某些成文法规定的应由被告人负举证责任的事实，如行为有合法授权、有正当理由或持有执照等。如《放债人条例》第 33 条规定：在指称某人并无持有放债人牌照而引起的对该人的诉讼中，被告人对证明自己持有牌照之事负举证责任。又如《进出口条例》第 34 条规定：关于证明物品的进出口地点、许可证条件、运输工具等事项，在民、刑事诉讼中，举证责任均归于被告人或声请人。

(3) 被告人拟推翻成文法对某些事实的推定，或者拟引用条文中的但书、例外或豁免。如根据《防止贿赂条例》第 10 条、第 19 条、第 24 条的规定，一名现任或曾任政府公职之人士，如果其生活水准和所拥有的财产与其薪金收入很不相称，应认为是非法所得，被控告为贿赂或贪污罪。对于法律的这种推定，如果被告人欲以合法权力或适当理由为抗辩，则举证责任由被告人承担。

(4) 被告人主张其行为曾取得同意、出于意外事故、由于受胁迫、激于义愤或目的在于自卫等。如《杀人罪条例》第 5 条规定：凡依据与另一人之间之自杀协约，将该人杀死，或参与该人之自杀或由第三者将该人杀死，皆属误杀

而非谋杀。而任何人被控以谋杀罪名者，如证明其杀死该人或参与该人之自杀或被杀，应由辩方证明被告所为乃依据其与该人之间之自杀协约，从而推翻其谋杀罪名。又如《偷渡条例》第6条规定：有关是否获船东同意而乘坐该船只来港、离港而有偷渡嫌疑者，举证责任由被告人负担。

所以总体而言，香港证据法上有关证明责任的原则应该是这样的：

(1) 在原则上，刑事诉讼的最初证明责任应当由检控方承担。检控方须于庭审一开始提出有罪证据。

(2) 在某些法律规定的例外情况下，刑事诉讼的最初证明责任由被告人承担。

(3) 在案件审理结束之时，不能解除己方承担的证明责任的一方将承担败诉的后果。

3. 证明的标准

负有证明责任者须举证以解除自己的证明责任。但举证须达到何种程度方得解除责任由法律规定。这种程度就是证明标准。举证者之证明行为未达到该标准的，则不能视为已解除了证明责任。

在香港的刑事诉讼法中，对检控方和被告人所规定的证明标准是不同的。在民事诉讼中，双方须负的证明责任及须达到的证明标准完全相同，当一方的证据所证明的事实的盖然性超过另一方，既解除了举证责任，能获得胜诉。而刑事诉讼中，起诉人所提供的证据必须使法官和陪审团对被告人的有罪不存在任何合理的怀疑，即“超出合理怀疑之外”(beyondreasonable doubt)。被告提供的证据只须引起法官和陪审团的合理怀疑即可。这一证明标准的适用范围包括被告人是否有罪的问题和构成犯罪的每一要素。所谓合理怀疑，“不仅仅是一个可能的怀疑，而是指该案的状态，在经过对所有证据的总的比较和考虑之后，陪审团成员的心理处于这种状况，他们不能说他们感到对指控罪行的真实性得出永久的裁决已达到内心确信的程度”。[①] 对于控方和辩方的证明责任的这种不同标准，使得诉讼中的疑点利益归于被告人。也就是说，陪审团在听取了双方的证据之后，虽然不能完全确信被告人无罪，但对被告人有罪也存在着合理的怀疑，而控诉方又无法进一步证实被告人有罪，则应宣布被告人无罪。

很显然，香港证据法中关于证明标准的这种规定，是基于无罪推定的原则作出的。在不能确证一个人有罪时，应将其作为无罪的人来对待。这反映了香港证据法重视正当程序和注重保护被告人权益的精神。

---

① 《加利福尼亚刑法典》。引自卞建林译《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，中国政法大学出版社1996年版，第21页。

二、证明手段

如前所述，证明手段是指可用于证明案件事实的各种证据。从外部形态上来看，证据可分为三种，即口头证据、书面证据和实物证据。除此之外，香港刑事诉讼法中还规定了一些可用于证明案件事实的手段，这些手段有的并非证据。但同样可以在法庭上提出用以证明案情，如司法认知等。还有的虽然可以归入证据种类中的一种，但因其有特殊之处，所以单独列出予以介绍，如被告人自白。

（一）口头证据

口头证据（Oral Evidence），也称言词证据，是指在法庭上以口头形式表达的证言。在香港，一般要求证人必须出庭以口头方式作证，所以口头证据成为极其重要的一种证据。任何人只要以其感官（包括眼、耳、鼻、皮肤）感知了与所控罪行有关的事实，并符合一般证人条件，均可在法庭上叙述该事实，作为案件事实的证明。在香港法律实务上，将证人在法庭上亲自道出的证言称为证供（testimony），法庭之外所作的陈述称为口供。

根据香港有关法律的规定，在任何法庭的审讯中，任何当事人或证人可使用英文或中文，或法庭批准使用的其他语言文字。有言语或听觉缺陷者在法庭上以书面形式或手语形式所作之供述，亦视为口头证供。

除了传闻证据、意见证据等几种例外情形之外，证人可以就任何与案情有关的事实作证。哪些事实与案情有关，哪些与案情无关，法律并无确切规定。因为每宗案件情况不同，有关之情况亦有区别。最终由主审法官决定每一项事实是否与案情有关。一般来说法律只要求证人陈述这些事实，而不要求，也不允许他对这些事实作出判断是与案件无关的事实，或者是证人的估计、猜测，或是道听途说之事，均不得作为证词。这些就是传闻证据、意见证据规则的规定目的之所在。

证人在法庭上作口头证言，须按一定的程序进行。依香港刑事诉讼法的规定，证人在法庭上作证，须经双方询问。其程序简述如下：

首先，证人被传唤进入法庭，进入证人席位。在法庭人员的帮助下发誓或誓愿。然后由传唤证人的一方首先对证人发问，这种发问被称为主询问（Examination in Chief）。主询问中不允许出现诱导性问题（Leading Question）。这是指只能以“是”或“不是”来回答的暗示性问题。如“你那天早上是不是听见求救声？”这类问题。主询问结束后，由对方进行发问。这种发问称为交叉询问（Cross – Examination）。对方可在主询问所提及的事实范围内发问。交叉询

问中允许使用诱导性问题，但必须与待证事实有关联。交叉询问后，传唤证人的一方还可以进行再询问（RE - Examination）。此后法庭如果认为有必要，也可主动进行询问。经过如此多次询问证人，证言的可靠性和证明性得到了充分审查，对陪审团形成内心确信有极大影响，所以口头证据在案情证明中处于重要地位。

（二）书面证据

书面证据（Documentary Evideace），是指任何发表的事物及任何事物，以文字、字母、数字或符号、图案，或以上述一种以上的形式，书写、表达或描绘在某些物体上，可用于证明待证事实者。就此定义而言，书面证据绝不仅指书写或印刷在纸张上的事物，还包括唱片、录音磁带、录音金属线、有孔记录带、电影胶片、录像带、磁盘或其他装置可以将文字或意念通过一定的工具以机械、电子或电流方式传达、复述、表达或输送的。举例来说：手写的信、打字机打印出来的文件、印刷品应属书面证据，而照片、唱片、一段有声录音带、录有形像的录像带、上面写有字的纸箱、印有资料的包装用木板箱等有时也可作为书面证据来看待。根据香港法律的规定，书面证据大致可分为三类：文件、证明书和书面证供。下面分别介绍：

1. 证明书

根据《诉讼证据条例》的规定，由下列机关、机构或其成员签署的证明书，证明与案件有关的事项。只要没有反证，这样的证明书即可作为证据被接纳。

(1) 政府化验师签署的关于接收化验的物质或物品的性质和数量的证明。如毒品。

(2) 天文台长签署的天文台所保存的记录。如某日的天气状况。

(3) 警务处长任命的公务人员关于冲印曝光的胶卷的证明。

(4) 警务处长授权的人员关于雷达仪器的准确性的证明。这种大多用于交通事故案件的雷达测速事项之中。

(5) 工务司授权人员关于速度计的准确程度的证明。

(6) 运输署长授权人员关于衡重装置的准确程度的证明。

(7) 首席大法官授权人员关于非英语录音带抄本的译文，非英语文字的译文的准确性的证明。

(8) 警务人员关于与《道路交通条例》有关的案件中由该人员绘画的比例或图形的准确性的证明。

(9) 代表警务处长的人员关于持有某编号的驾驶执照的某人曾违反《道路

交通条例》而被定罪的记录。

（10）警务处长授权人员关于对某人指纹经核对发现其有犯罪记录的证明。

（11）人民入境事务处长关于非法移民案件中某人为非法移民的证明。

当然，这些证明书的出示只是为节省法庭审理时间和省去该机构不必要的麻烦。如属必要，则经法庭传唤，上述人员亦可出庭就该事项作证。

2．书面证供

虽然香港法律要求证人一般应当出庭以口头方式作出证词，但经法庭准许，也可毋须证人出庭，而将其在法庭之外所作的证词的笔录在法庭上作出证据提出。只有在初级侦讯中不允许使用书面证词。

案件的任何一方都可以使用书面证词，书面证词须符合以下条件：

（1）供词由作供人亲自签署，并声明所述均属事实，如有虚假，愿负法律责任。

（2）如作供者年龄未满 21 岁，须注明年龄。21 岁以上者只须注明“成年”即可。

（3）如果作供者是文盲，则记录中须注明已向作供人宣读了这份供词。

（4）如果供词并非英文书写，则必须有核对无误的英文译本。

（5）审判前须将供词副本交送案件对方，对方在收到副本 14 日内，不反对该供词作为呈堂证供。

如果作供者希望展示某项证物，只须在供词中清楚指明，则在法庭读出该份供词时，可以同时将证物呈交法庭。当然，提供书面证供的一方也可改变主意，在审理中传召证人。法官如果认为必要，也可主动要求传召证人上庭。

3．文件

除了证明书和书面证供之外的书面证据都可以称为文件。显然这里所说的文件比日常所指的文件范围要广泛得多。最佳的文件证据是文件正本。但在某些情况下，也允许以副本作为呈堂证据，这已经在“最佳证据”中详述了。

文件包括官方文件、公共文件、商业文件和私人文据等。官方文件如香港政府宪报以及英联邦国家政府的宪报；宪报上所载的通告、命令或其他文件；英联邦国家有关的法律文件、法律证明书；外国政府公布的法律、法典、文件等只须具备法律规定的形式，如经正当签署、盖上印鉴或封以火漆，即可被接纳为证据，毋须进一步的证明。公共文件是指可公开查阅的文件，如生死注册文件，只须经由正当的保管机关呈交法庭，即可被采纳为证据。其副本经原本保管者签字证明真实可靠后，也可被采纳。商业文件主要是指银行册薄、公司或商号登记之文件，这些文件经原保管人签署，其原本或副本（摄影副本除

外）也可作为证据被采纳。私人文据范围甚广，包括信函、支票、收据等。关于信函，香港证据法规定：一旦在法庭上证实发出信函者身份，则信中对发信者不利的任何叙述都可以被法庭接受为无须进一步证明的证据。

根据《诉讼证据条例》第 43 条规定，历史超过 20 年的文件，可以由保管人以证人身份呈堂，无须证明谁人书写或签署。

香港的证据法中有大量关于书面证据的可采性规则的条例，在此不能一一尽述。总体而言，书面证据一样须具备证据的真实性、关联性、合法性等特征方得被采纳，除此之外，其记载之内容可以一定形式为人所了解也是书面证据可采纳的要求之一。

（三）实物证据

实物证据（Real and Demonstrative Evidence）是指能以其存在、外部形态及其物质属性证明案件事实的证据。实物证据往往直接反映案件事实本身，如谋杀案中所使用的枪支，留下弹痕的衣物等。只须保证其为真实可靠和合法取得，其关联程度往往勿庸多言，因此其可采性也是优先考虑的。

实物证据既包括一定形态的物体，也包括痕迹，如犯罪现场所留下的指纹、脚印等。既可以是无生命之物体，也可以是有生命的物体，如伤害案件中受害人受损之躯体。但出示有生命的物体，往往易激起公愤或引致陪审团情绪激动，以致造成的效果远胜于其证明效果。所以在英国判例中也有不允许被害人出示身体上之着衣部分的先例。

对于呈堂的实物证据，如有必要，法庭要求呈示物品的证人陈述有关该证物的一切事实，如该证物从何处取得，如何取得，如何保管，经过哪些实验检验和处理。通过这种叙述，该证物的可靠性和合法性、关联性都得到了检验。为了保证证物的真实可靠，对证物的取得有着很强的形式要求。如《诉讼证据条例》第 25 条规定，交政府化验师化验的物质应经签署一定格式的证明书方可作为证据提交法庭。表格中除注明化验结果外，还须详尽填写送验的日期、送验人姓名、有关情况和收取人的有关资料，以保证不致在此过程中出现影响该证据真实性的因素。

（四）司法认知

司法认知（Judicial Notice）也称职权注意，是指某项事实虽然未在诉讼中予以陈述或证明，但法庭仍予以承认，作为认定案件事实的根据。司法认知的内容，并非由法律明文规定，往往是日常生活中广为人知的习惯、风俗、恒久不变的自然规律，或在某一专业领域内确定无疑的规律、规则。前者如自行车

为两轮人力交通工具，而汽车一般为四轮机动交通工具。这是一般日常知识。而如星期的顺序，黑夜结束之后必然是白昼，下雪只能在冬天，这是必然不变的规律，为任何正常人所知，是无须证明的。后者如香港的某一条法例是如何规定的，香港最常见的海洛因是白粉。这些知识未必是社会一般人都知道的，但均属法官在其职权范围内所应当知晓者，也无须由当事人举证证明。在香港证据理论中，前者被称为众所周知的事实（Matters That Acknowledged Generally），后都被称为职权知识（Judicial knowledge）。司法认知的规定，目的在于节省法庭审理时间，提高审判效率。因为司法认知的事实都为陪审团和法官所承认，当事人无须就该事实再进行说服。另外有些事实也很难举证说明，如每日有 24 小时，乃约定俗成之事，无法举证以说明。

应注意的是，如果有些事实并非是审判管辖范围内众所周知的事实，但在有关辅助手段的帮助下，法官和陪审团可以准确地认定，那么在当事人提供了该辅助手段后，该事实也可接受为无须进一步加以证明的证据，但此事实已不属司法认知的范围。如某一科学领域内的常用规则，外国某地的风俗习惯等。这种证据往往归入专家证词一类。

（五）推定

推定（Presumption），是指在案件中常发生某些系争事实无法直接举证证明，而根据法律规定或法律之原则，可以相关事实的提出证明该系争事实，该相关事实的存在即证明系争事实的存在。例如根据《赌博条例》之规定：警务人员持有警司发出的授权令，进入一建筑物。在建筑物内发现有赌博用具，则法律推定该建筑物为赌博场所，推定在该建筑物内被发现的任何人都被视为在内聚赌。警务人员对赌博用具的发现，即为有关事实，该建筑物为赌博场所，其人员为聚赌者则是可推定的系争事实。

推定和推论（Inference）是有区别的。推论是指并非直接证明某实际事实，而是举出其他方面的事实，从中根据人类经验和逻辑可推出某实际事实存在。例如检控方可以证明一家工厂被盗，丢失一批缝纫机，现场留有用凿子凿开门锁的工具痕迹和几枚指纹。而某甲被人看见在案发时间前在工厂附近出现，经搜查发现某甲家中藏有一只凿子，经鉴定其凿痕与门锁上的凿痕相同。某甲的指纹与现场所留指纹相同。而有证据证明某甲近日曾将一架与工厂失窃的缝纫机相同的机器售予他人。尽管其中没有任何一个事实直接证明某甲就是该案的作案人，但控方可以在法庭上通过列举这一系列事实推论出这一点。

尽管推定和推论都是从间接事实推出系争事实，但由上面的例了可以看出，推论实际上是对间接证据的运用方法，一般要求有大量、系统化的间接证

据，辅以严密的逻辑推理方能得出系争事实存在的结论。而这一结论是否可信还须经法官或陪审团判断。而推定只须有一两件法律规定的事实存在，便可当然地得出系争事实存在的结论。只要没有反证存在，法官和陪审团就必须接受这一结论。

在香港证据制度实务中，又把推定分为绝对推定（Conclusive Presumption）和可争议或可驳斥之推定（Disputable or Rebuttable Presumption）两种。

1. 绝对推定

绝对推定是指，只要推定所依据的事实已证明完全真实可靠，则推定的结论就被认为同样真实，不得争议，不可推翻。具体的例子有以下一些：

(1) 法院的判决确定后，推定其为正确；

(2) 契约或遗嘱在30年以上未经变更者，推定其为合法成立；

(3) 不动产契据内所载之事实就其对受让人与关系人而言，推定为真实；

(4) 精神健全之人自愿并故意所作的行为，推定其预知其行为之后果；

(5) 7岁以下的儿童推定为无犯罪行为能力，因而也无须负刑事责任。

绝对推定的依据事实和结论之间的联系是被法律所确定的，任何理由都不得将其隔断。

2. 可争议或可驳斥的推定

这种推定是指无相反重要证据时法院应当承认其结论为真实可靠。换言之，即使证明了推定所依据的事实是真实的，但若有反证证明其推定结论不真实，则推定结论仍不得成立。如前述有关赌博场所的例子，即使警务人员发现了赌博用具，但若其所有者能证明该用具并非用于赌博，而是作研究或收藏之用，则可推翻该建筑物是赌博场所的推定结论。

可争议的推定对确定举证责任的承担有很大的意义。如根据普通法原则，每个人都被认为是神智健全者。那么如果被告方欲以神智不健全作为不承担刑事责任之理由，则须主动举证证明。更典型的还有无罪推定原则带来的控方承担最初证明责任。

根据香港法例，可争议的推定大致有如下一些：

(1) 被告人应被推定为是无罪的，但如果控方能提出明确无疑的证据证明其有罪，则可宣告其有罪。

(2) 某人从住所失踪7年以上，下落不明。各与失踪者有利害关系者均无其音信，应推定该失踪人已死亡，其与配偶之间的婚姻关系解除。

(3) 7岁至14岁之未成年人无犯罪能力，除非能证明其能构想出犯罪意图。

(4) 婚姻关系存续期间所生子女推定为嫡生子女。主张其非亲生者，须举出反证。

(5) 占有某动产推定为该人取得所有权。占有他人动产经请求拒绝返还者推定为侵占他人动产。

(6) 占有最近被盗之物者推定为盗窃犯。

(7) 在意外中一同死亡者，如无确切证据证明其死亡时间顺序，则推定年长者死亡在先。

(8) 任何人都被定认为是神智健全的。

(9) 公务员执行其职务之行为推定为未逾越职权。

关于可争议的推定的规定还有很多，因篇幅所限，在此不再一一例举。

（六）自白和承认

在刑事诉讼中，被告人承认其所犯之罪的行为称为自白（Confession)。自白只须具备一定条件，可以被采纳为证据。

普通法中关于自白的原则是：不得凭被告人的被迫招认将其定罪。具体地说：就是被告人的承认有罪的证供应当是自愿作出的，没有受到任何利诱、威逼、胁迫或其他形式的折磨，同时还应当完全明了他所做行为的意义和后果，即不得被诱骗作出承认有罪的供词，为了保证这一点，1992 年 10 月 1 日，香港保安司颁布了《查问疑犯及录取口供的规则及指示》以指导香港司法人员尤其是警务人员合法取得被告人证供。该规则源于英国的“法官规程”，详尽规定了司法人员调查犯罪时录取被告人口供的权限、程序，应使用的警诫词，口供记录的签署方式，甚至包括应使用的文具和讯问期间的饮食的有关注意事项。这种高度形式性的规定反映了香港法律的英美法特色。

自白被采纳为证据后，并非就当然地证实了被告人有罪。同样应当与其他证据一同联系起来作为判案依据。如果缺乏其他证据可以证实犯罪，绝不能仅凭自白将被告人定罪。也就是说自白的证据效力并不高于其他证据。

承认（Formal Admission）是指诉讼案件中任何一方对与案件有关的任何事实的承认。在刑事诉讼中，承认可以由辩方作出，也可以由控方作出。承认可以在审判前作出，也可以在庭审中作出。在庭审中的承认以口头或书面方式均可被接受，在庭外的承认则必须以书面方式作出方可被接受为证据。因其程序十分正式，所以又称之为正式承认。

无论控方或辩方，有时都会承认对方所说的某些事实。这样做的理由有两个。其一，对某些确实存在的事实也不加承认，一味狡辩，易给法官和陪审团造成不诚实的印象，引起己方其他证据可信性的降低。相反如果予以承认反而

会使审裁者认为己方诚实负责，留下良好印象。其二，承认一些非决定性的事实并不影响最终判决，反而可以节省金钱和缩短审判时间。

承认不同于自白。首先，自白只能由被告人作出，而承认可以由案中任何一方作出。其次，承认的对象可以是案件中任何事实，而自白只能是对罪行的承认。

第九章　刑事诉讼证据实用案例选编

【案例一】　收集证据要依法进行

【案情】

某年8月，高乡生产队丢失玉米2000斤，报案后，乡公安派出所民警陈×来队查处案犯。因现场被人破坏，陈×遂发动群众揭发犯罪，并召开党员会议，发挥各党员的智慧，分析作案方法、时间、嫌疑人等。次日，生产队于×主动找民警交待盗窃玉米系他本人所为。下面是侦查人员与于×的一段讯问笔录：

问：你是本案盗窃犯吗？

答：是。

问：就你一人作案吗？

答：对。

问：你把你作案的经过详细讲一下。

答：那天晚上，我从仓库窗户爬进去，用口袋装上玉米，再从窗户扔出去，一共扔了五袋，再从窗户爬出去，装在事先装备好的胶轮车上推回家。

问：你一人能推动吗？

答：能。

问：你这是在欺骗侦查人员。我党的政策是："坦白从宽，抗拒从严"，你要明白你拒不交待的后果，还有外人作案吗？

答：确实是我一人。

问：你不如实交待，你站过去，面壁思过。

侦查人员陈×停止讯问，与村治保主任谈论作案过程，并对具体地盗运细节、盗窃人数等作出假设。四小时后，再次询问于×：

问：你思考好了吗？

答：考虑好了，确实是我一人所为。

问：不对，你听清我与治保主任的谈话了吗？

答：听清了。

问：只要你如实回答，我们会考虑减轻对你的处罚。

答：听明白了。

问：你再思考一下我与治保主任的谈话。

答：是。

半小时后，于×交待与本村黄×共同盗窃玉米的过程，其情节与侦查人员和治保主任的谈话一致。

因涉及黄×共同犯罪，公安机关拘留并逮捕了黄×，并移送公诉机关起诉，公诉机关考虑黄×拒不认罪，遂认真地走访了相关人员，黄的朋友证实黄×那天晚上与朋友在一起玩牌的经过，且一些群众反映于×的父亲在案发后即外出不归，有作案嫌疑，公诉人员再次提审于×，向其交待有关法律，于×如实地承认与其父共同窃取玉米的经过。后将其父抓获归案，父子交待在案件细节上一致，能够相互印证，公诉人员将黄×释放，把于家父子送上审判台。

【问题】如何理解刑事诉讼法第四十三条的规定？

【评析】

我国刑事诉讼法第四十三条指出："审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。"上述法条是关于审判人员、检察人员、侦查人员在承办刑事案件时如何去收集证据的规定。法律作出这种统一的、严格的规定，其目的是保障公安司法人员收集的证据能够真实地反映案件事实，避免出现各种冤假错案。这一规定既是公安司法人员搜集证据时应享有的权利，也是他们应履行的法定职责。

收集证据的主体是公安人员、检察人员和审判人员，其他人员，除法律有特殊规定的以外，都无权收集证据，而只能向公安司法人员提供可能会被公安司法人员采纳为证据的各种材料。如于×盗窃一案中的治保主任及有关村民仅能为侦查人员提供有关案情的材料，由侦查人员从中掌握侦查线索，进而收集相关证据。

收集证据要严格依照刑事诉讼法第四十三条的规定，反对非法收集证据，严禁以逼迫、诱导的方法收集证据，防止伪证和诬陷，最大限度地保障公民的合法权益不受侵犯。实践中某些公安司法人员对此规定的执行力度不强，如侦查人员对于×的讯问方式就是以诱导、欺骗的方法进行的。侦查人员几次与于

×提到他与治保主任的谈话内容，暗示于×按其设想的方法去交待，并且欺骗于×，以减轻处罚作为坦白条件，这种作法的直接后果是无辜人员黄×被捕，人身权利受到了侵犯，并且使案情变得扑朔迷离。由于黄×拒不认罪，于×的供述与有关证据材料不相吻合，此证据与彼证据间矛盾重重，这就促使检察人员再次进行侦查，重新收集认定案情所涉及的证据材料。侦查于×盗窃的侦查员采用暗示、诱骗的讯问方法收集犯罪嫌疑人供述这种证据，是与社会主义法制相悖而驰的，应予以取缔。

收集证据要依靠群众，走群众路线。就是说，要发动了解案情的人员向公安司法人员提供各种证据材料，以集中群众的智慧。但要注意发动群众的方法，如实践中有些地方搞证人座谈会的办法收集证据，这是应严格禁止的，依靠群众，就是要求公安司法人员深入群众调查研究，为了解案情的公民提供必要的条件，为其向公安司法人员证实案情提供充分的机会。本案中检察人员就是依照群众路线的原则，走访了相关的群众，知情人员向其提供了很多有用的证据线索。这些证据线索，有可能不会直接地证明整个案件事实，但可以为侦查工作提供思路，或者可能是一份间接证据。如黄×的朋友证明黄×不在现场，就是排除黄×作案的无罪证据。因此，公安司法人员切不可轻视相关案情的某些零散的证据，如公安人员陈×就是忽略了与案件有关的非直接证据材料（黄×证言），而是图省事，盲目地下定论，因此导致了错案发生的后果。

【案例二】　证据确实、充分是认定案情的标准

【案情】

某年6月1日，在国道111线250公里标桩附近，某村村民华×骑一辆华南牌自行车行驶时被一过路汽车撞倒，头部严重受伤，因颅骨骨折导致严重颅内溢血而死亡，肇事汽车已逃离现场。侦查人员迅速奔赴出事地点，经查证有下列证据材料：

1．死者穿一身蓝色中山装，上衣口袋装有个人身份证一张，死者颅骨骨折，面部变形。

2．死者蓝色中山装上衣左侧，有被刮擦的痕迹，所骑用的华南牌自行车座下钢管有被硬物体挂划的新印痕。

3．某汽车司机甲证实：他驾驶东风卡车与前方由南向北的一辆解放141在250里标桩附近会车时，发现距141卡车约1米左右有一人骑车行走。会车后没加注意。

4．某车队司机乙证实：他在司机甲的车后距离约十几米远处行驶，行至250里路桩附近与一辆解放141会车，待司机甲的车先过去后，他发现路的左

侧躺着一个人及一辆倒地的自行车，车子距离躺倒的人有一米左右，车轮在地上平放，仍在旋转。

5．司机乙车上的押车人员证实，所会车辆系××县农机公司的运货加长141解放卡车。车上拉有一些轮胎，还有二只汽油桶，他认识那个司机。

6．××县农机公司更夫证实：司机彭×驾驶解放141卡车拉轮胎回来后，就在值班室打电话给公司经理，要求把车开到汽车修理厂大修。

7．农机公司经理证实：那天彭×打电话要求检修汽车，他未同意。

侦查人员根据上述证据，将司机彭×拘留，并提请检察院批准逮捕。批捕科人员认为本案应深入查证，遂要求公安人员补充侦查，侦查人员又收集到下列证据：

1．经勘查彭×的141汽车，发现在汽车前牵引杠右侧有一零星的黑色漆片，且该牵引杠距地面一米四，与华×自行车座下钢管的划痕距地面高度一致。

2．141卡车左前部有一竖起的白色金属杆（悬挂旗帜或其他标志所用），金属杆头部凸起处挂有几丝化纤织线。

3．经聘请专家对漆质与华南自行车漆质作同一鉴定，二者漆质同一。又经鉴定，提取的化纤织线与华×衣服织物在成份上一致。

4．司机甲证实，与解放141卡车会车时，约8时左右。

5．更夫证实：彭×回来时，时间为九点，因为更夫9点接班，当时恰好彭×回来。

6．经勘查，标桩250里处距农机公司90华里，路上无堵车等特殊情况时，解放141卡车需一小时驶完（经侦查实验证实）。

7．更夫证实：彭×车上有一些轮胎和二只汽油桶。

嫌疑人彭×拒绝承认他是肇事者。人民检察院根据上述证据，认为现有证据足以证明彭×系肇事司机，应予逮捕；另有人认为应慎重分析，可从彭×身上打开缺口，争取其口供，以保证案件的可靠性。检察院采纳了第一种意见，以被告人彭×犯有交通肇事罪向人民法院提起公诉，人民法院依法判处彭×犯有交通肇事罪，判处有期徒刑四年。

【问题】

（一）如何理解审查判断证据的标准？

（二）结合本案，如何运用证据认定案情？

【评析】

刑事诉讼法第四十六条指出："对一切案件的判处都要重证据，重调查研

究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”这条法规是对审查和判断证据、运用证据认定案情作出的标准。

所谓审查判断证据，是指对收集到的各种证据材料进行审查和分析，以鉴别其真实与否。运用证据认定案情是证据制度中关键的一环，是为正确地依法判决提供的前提和基础。认定案情达到的标准是犯罪事实、情节清楚，证据确实充分。即只有被告供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，但证据确实充分的，也可以认定被告人有罪。如彭×交通肇事一案就是这一标准的最佳运用，尽管彭×一再否认犯罪事实，但侦查人员经过调查获取充分确实的证据后，仍然认定被告人犯有交通肇事罪，应处以刑罚。

办案要重证据，重调查研究，不轻信口供，只要证据达到充分确实的标准，就可以据以定案。下面具体地分析这一标准：

所谓确实，是指真实、可靠。即通过审查判断有关证据，确属对于案件真实情况有证明力的客观事实。结合彭×交通肇事一案，证据确实，须具备两个条件：首先，证据自身必须真实，且与犯罪事实相关联。证据必须具备真实性，而不是主观臆造的。彭×一案中的两个同一鉴定的证据，几个证人证言都是侦查人员依法取得的证据，没有采取刑讯等非法行为来提取证据，并且证据之间能够互相印证，且几份关键证据之间与彭×肇事行为都有客观的联系，这是证据属实的首要前提；其次，证据与所认定的事实必须保持一致，因为证据被判断属实后，才能运用它去证明某一事实。如司机乙证明彭×车辆旁躺倒一个人，但是否是彭×车辆所为，还须有两个鉴定来认定死者衣物与彭×汽车上的挂带物有同一联系。但是否有其他车辆作案可能需要我们证明呢？司机甲证明他与彭×会车时发现前方141车辆右侧有一个骑自行车的行人，这说明死者之存在与彭×驾驶的141卡车的位置关系，随后司机乙随甲之后会车，即发现了彭×车辆右侧后方有一个躺倒的人及自行车，这就印证了彭×撞到华×的事实。这些证据单独看，都仅能证明本案事实的一个片断，但这些证据都指向一个共同的事实，即彭×驾车撞倒了骑车人。

所谓充分，指证据在量上足以能够证明案情的全过程，因此，仅有部分证据或单纯的孤证而无佐证时，都不能称之为证据充分。彭×交通肇事一案的所有证据，对彭×作案时的情况、死者死因、作案后态度等，都能够充分地加以证明，这就达到了充分的标准。实践中有人把证据的充分理解为证据的齐全，这是对此的理解偏差。收集现场的证据时，有的证据可能因种种原因而灭失，

如彭×卡车的车轮印迹，因连续过车，就无法提取，但并非没有这份证据就无法定案，收集到其他证据，且能达到充分的程度即可。又如现场上经过的车辆络绎不绝，基本上都能看到死者躺在路边，但这样就没必要将所有过往司机的证言都收集到，只要收集一份如司机乙的证据，就可以证明华×死亡的事实。

实践中具体地运用证据认定案情时，要求公安司法人员注意以下几点：

1. 应该严格依法收集证据。依法收集的证据才能排除一些非法证据进入案件中来。如果对证人中的某一个进行刑讯逼供，就可能使其被迫捏造肇事司机，又会产生错案，这样的非法证据不能采用。

2. 证据必须查证属实，即对证据的“三性”进行审查。“三性”指：真实性、关联性、法律性。通过查证后，能够具备证据属实的特性，那么，证据自身就得到了证明。实践中要求办案人员依靠群众，认真细致地查证每一个环节，使每个证据材料都纳入查证范围。彭×交通肇事的前期侦查没有达到全面细致的要求，经补充侦查后，才将能够证明案情的证据收集充分。通过对这些证据及案情进行比较鉴别后，才能认定证据是否属实。因为虚假的证据总是与案情的指向相矛盾的，而真实的证据才共同指向同一事实。

3. 综合全案分析后，才能得出结论。就是说，经查证属实的证据要具有完整性。所有查证属实的证据能够证明交通肇事犯罪构成的整个过程，才能认定彭×犯有交通肇事罪。同时，全案证据要具有同一性，即证据之间不能互相矛盾。如果出现矛盾，必须进行深入查证，排除矛盾。只有对矛盾产生的根源及其性质进行分析，才能肯定一方或否定一方。但必须明确的是，矛盾的产生和解决须依靠查证属实的证据并综合全案分析得出结论。

4. 证明结论具备惟一性。即全案证据共同指向一个目标，并且足以排除其他可能后，证明结论才是真实可靠的。如果彭×肇事案件中，收集到的证据指向两种可能，即还有可能是其他驾驶农机公司汽车的司机肇事的情况下，就没有达到认定案情的标准。本案证人更夫证实了彭×车辆所拉货物与司机乙车上押运人员的证实一致，就排除了其他司机肇事的可能性。

综上所述，衡量证据是否达到了确实充分的标准有二：一是要符合上述的4个条件，二是最终达到质与量的总标准。彭×交通肇事一案就是运用间接证据，以确实充分的衡量标准认定案情的典型。

【案例三】 物证在刑事案件中的证明作用

【案情】

某日清晨，一牧羊人在河边发现一具尸体，立即报告公安人员，警方立即派人员进行侦查。经过一昼夜的工作，搜集到下列证据：

（一）现场遗留的两支香烟头，系“石林”牌香烟。

（二）距离现场不远处有一枚清新的皮鞋印迹，42码波浪纹底痕。

（三）经尸体检查，死者系被凶手用手掐住喉咙窒息而死，颈部有明显的表皮剥脱，可见清晰的掐痕。

（四）在不远处有一摩托车印痕，奔向公路，并沿公路向南消失。

侦查人员立即进行分析，初步认定凶犯系一30岁左右的男子，身高在1.75-1.80米间，与死者较熟。侦查人员并将两枚香烟头送鉴定室化验所含唾液，以便分析凶手血型，并在凶犯逃往的××乡方向上派人员追捕，与前方邻县公安局联系设卡堵截一骑摩托车约30岁男人。时至中午，邻县交警在路卡上截获一名骑摩托车男子，与凶犯相仿年龄，身高相仿。公安人员赶到后，对嫌疑人进行了检查，又查获下列证据：

（一）嫌疑人口袋中的半包石林牌香烟。

（二）车轮凹处的泥块二块。

（三）嫌疑人手指甲缝内有少许血迹（已被提取）。

经对血迹进行鉴定后，嫌疑人指甲上血渍血型与死者血型一致，车轮凹处泥块与死者所位于的河边泥土系同一泥土，两支香烟头上粘带的唾沫所体现出来的血型与死者及嫌疑人分别相同。经过对上述物证进行分析，认为被截获的男子系本案嫌疑犯，尽管其拒不交代犯罪经过，公安人员将其逮捕并移送公诉机关，在检察院提审时，嫌疑人交代了整个犯罪经过。并交代在死者喉部塞进一方蓝色手帕，因手帕太小，就用细棍向死者喉部戳进去。检察院经检查从死者喉管内发现一方蓝色手帕，再次印证了整个犯罪经过。

【问题】

物证的特点及作用是如何体现的？

【评析】

本案的侦破是建立在一系列物证基础上，经公安人员认真分析后完成的，是一例利用物证侦破犯罪的最佳例证。

物证是能够证明案件真实情况的物品或痕迹。它是以其外部特征或其物质属性来体现出对案件事实的证明力，因此具备了其他一些证据不能具备的优点，主要有：

1. 真实性强，不易伪造。如现场的摩托车印痕及轮胎上粘带的泥土。都是客观存在的，具有较强的真实性。

2. 相对稳定性，不易更改。物证一旦形成，轻易不会改动，如香烟头及嫌疑人指甲内的血渍，都在一定时间内保持着相对的稳定，这一点是其他证据

所不具备的。

3．证明的间接性。指物证不能直接地证明整个犯罪事实，但可针对事实中的某一方面作出证明。如香烟头、摩托车印痕都说明嫌疑人到过现场。单独地分析一个物证不能证明全案事实，但与其他证据相结合，就能说明整个案件的真实情况。

结合本案的侦破过程分析，物证具有下例重要作用：

1．物证成为公安司法人员借以破获案件的重要依据。实践中许多案件的侦破都是先从现场提取的物证入手的。如本案从现场上提取的犯罪嫌疑人的脚印，得出行为人系1．75－1．80米之间的男性。根据摩托车印痕及去向来具体地确定如何堵截嫌疑人。侦查人员正是借助于这些事实进行调查研究，查获犯罪人的。又如摩托车车胎沾带的泥土系河边上经多年淤积而成的特殊泥质的泥土，而且当地只有死者位于的河边有这类泥土，这些证据连接起来，就初步确定了犯罪嫌疑人。

2．物证能够独立地使公安司法人员推断出犯罪的性质和其他情况。它的价值在于帮助侦查人员调整侦查方向，确定侦查范围。本案凶手作案后的现场是侦查人员重点勘查的对象，从现场整体推断出被害人系被他人掐其颈部窒息而死，颈部的表皮剥脱和血迹使侦查人员在抓获嫌疑人后，重点查验其手指甲缝有无血渍。而血渍又对确定嫌疑人起了关键性作用。

3．物证也能够佐证其他证据，即验证其他证据的真实性。实践中物证对言词证据有较强的印证力。如嫌疑人在检察院审查时交代了犯罪事实，并交代了向死者口中戳扎蓝色手帕的事实。经公安人员解剖死者的喉管，确实提取一方蓝色手帕，这个物证再一次充分地印证了嫌疑人供述犯罪事实的真实性。

4．物证是能够迫使犯罪人认罪服法的有力武器。犯罪嫌疑人在实施犯罪后总是基于趋利避实的心理，千方百计地隐瞒事实，妄图逃脱法律的惩处。本案的凶犯在侦查阶段一度拒不认罪，对犯罪抱有侥幸心理，但在人民检察院工作人员向其出示了大量的物证后，凶犯只能认罪伏法，如实地向公诉人交待整个案情。

实践中物证对于侦破案件有十分重要的价值，但对物证要有一个正确的审查与判断的方法。常用的作法一般有两种：(1)对物证进行鉴定、勘验。这需要专门技术人员进行鉴定后才能具备一定程度的证明力。如嫌疑人手指甲内的血渍，是何性质，血型如何，都需鉴定后才能清晰。(2)把物证同其他证据联系起来综合分析。因为真实的物证总是与其他证据的指向一致，只有全局考虑，才能摆出物证在认定案情中的作用。

【案例四】　分析证人证言是侦查人员的基本功

【案情】

李×与陈×合伙经营文物生意期间，双方商定去县公安局文物库盗窃文物。一日晚间二人从窗子爬进文物存放仓库，盗出价值约90万人民币的文物藏匿于李×家中。后双方因分赃产生矛盾。8月10日晚，陈×去找李×讲理，李×见机与陈×喝酒，席间，李×趁陈×未注意之机，抄起身边一把板斧砍向陈×，陈×一闪，斧头砍在肩上，陈×痛叫一声后又被李×砍中头部后死去。此时恰逢邻居一8岁孩童爬到李×家窗台欲掏屋檐上麻雀，看见了倒在地上的陈×，遂跳下窗台跑回家中。李×将陈×尸体用袋子装好，用自行车推到桥上，扔到江心。后因陈×失踪，家属报案后，公安人员侦查时收集到下面证人的证言：

（一）居民孙×证实：秋季的一天晚上，他看到陈×进了李×院内，不久听到二人大声吵叫，其中一句是陈×说李×太贪心的话，具体什么内容没有听清，时间是8月10日，因为那天家中买电视机，发货票上是8月10日。

（二）陈×家属证实陈×最后离家是8月10日晚上，也没说去哪里，以后一直没有回家。

（三）居民王×证实，某天晚上，出门办事遇见李×骑车带一沉重的袋子往江桥方向骑去，王×问话时，李×说去卖西瓜。并且证实那天他准备送孩子上学，应是8月10日。

（四）孙×再次证实：那天看见陈×进了李家后，听到二人争吵几句后，又经一个小时陈×从李家屋内出来骑车走了。好像车上带着一个很大的袋子。

（五）李×邻家8岁孩童证实：看到一个人躺在李×屋内地上，李×持斧正砍那个人。在这之前也听到屋内有人喊叫。

（六）李×之父证实：李×一直在家看电视，是一部武打片，中间有一个剧中人惨叫一声，晚上没有任何外人到家中来。

（七）何×证实：8月10日那天晚上，他从工厂回来路过江桥时，看见李×往江心扔一个东西。问李×时，李×称扔垃圾。

侦查人员根据上述证据材料，认为李×有重大杀人嫌疑，遂依法传讯李×，李×矢口否认，一再声称他在家看电视，没外人来过，晚上外出往江心扔一袋垃圾。侦查人员又认真地调查了孙×，初步认定李×是本案凶手，经多次讯问并出示有关证据，李×交代了整个犯罪经过。

【问题】

结合本案如何分析证人证言的可信度？

【评析】

本案侦查人员能够初步认定李×系凶犯，主要是对几份证人证言进行分析论证、去伪存真后得出的结论，这是审查判断证人证言的成功案例。

本案侦查人员在审查判断证人证言时，重点针对下列问题进行：

1. 孙×的证人证言的可信度。针对证人证言的形成要经历不同的阶段且受不同因素影响的特点，因此，应当对不同阶段的各种因素进行研究，以判断证言的可信度，为此，公安人员主要从以下几方面入手去判断证人孙×的证言：

(1) 主观因素对孙×证言真实性的影响。首先，孙×与嫌疑人李×系隔路邻居，年龄上相差十几岁，平素两家关系较好，从孙×个人因素看，性格直爽，其证言可信度较高。其次，证人孙×与案件无任何利害关系，孙×与李×及陈×无亲属或其他共同的利害关系。在这种情况下，孙×所提供的证言，不可能出现推卸责任或有意夸大李×罪责等情况。

(2) 客观因素对孙×证言真实性的影响。这里主要从证人的感知阶段分析孙×证言的可信度。从证言形成的感知阶段看，一起犯罪案件的发生，要被证人所感知，就要取决于感官机能、感知时的精神状态和客观外界的环境等诸多因素。这里需对外感官因素严格分析，同时要结合证人感知的精神状态和外界环境。

孙×的感官机能，是指孙×感觉发现犯罪事实的各种素质和条件，如证人的视力情况，听力强弱等，一般情况下，孙×的听力比较强，听到孙×和陈×吵架的声音应该没有任何问题。但孙×的视力状态不好，尤其是在夜间对外界事物的感知程度要差一些。因此，孙×证实陈×进李×院内并吵架的情况能够确定属实，因为李×和陈×的声音都能被孙×分辨出来。而陈×再次推车从李×院内出来，并带一袋东西的证实就需要斟酌一下，因为儿童证实他看见陈×倒在地上，怎么能够再推车出来，二份证言相矛盾，肯定有一份是错误的，为此，侦查人员再次询问孙×，问及从李×院内出来的人到底是谁，能否肯定时，孙×认为，既然陈×进李×院内吵架了，那么过一会出来是顺理成章的，但具体面孔，身着衣服等因天色太黑不能看清，问到陈×出来时有人送否，孙×回答没有。侦查人员分析孙×再次的证实与事实有出入，他是推测到推车走出来的人是陈×，而不是用眼睛观察的。所以，只能确定有人从李×院内推车带一袋东西出来的事实。

诚然，对孙×证言的真实性影响的因素还有孙×的记忆力、陈述能力，但从孙自身状况看，这两点都对孙证言的影响极低，甚至于为零。

2. 关于8岁幼童证言能否可信的问题。未满14岁的儿童，如果不能辨别是非，不能正确表达的，肯定不能成为证人，其证实的情况没有可信度，这是勿庸解释的。但对一些与其感知能力程度相当的简单事物。8岁幼童因玩耍而发现陈×倒在地上，这一事实对幼童讲，应该是能够感知的，由于儿童的目光一般比较敏锐，对其经常见面的陈×，他能够马上辨认出来。尤其要分析当时窗内外的环境对幼童看清陈×是有利的。因为当时窗外黑暗，而屋内灯火通明，幼童发现陈×倒在地上的证言可信。而他听到屋内有人惨叫的声音也是可信的。

3. 李×之父的证言说明了什么？李×之父向侦查人员提供的情况也应从以下方面着手分析：

(1) 李×与其父系父子关系，这就说明李×之父的证言要受主观因素的影响，同时，案件对李×之父有着利害关系，因此对其证言要慎重对待。鉴于这一点，侦查人员与电视台取得联系，证实8月10日晚的电视剧中没有武打片，这就揭穿了李×之父的证言带有虚假性。

(2) 就李×之父证言陈诉的内容上入手分析。李×之父证实电视剧有武打片，并听到剧中人惨叫，这是与其证言的形成规律相一致的。由于李×之父在另一间屋内没露面，但他能够听到李×屋内的声音，尤其是陈×惨叫的声音。李×之父之所以这样证实，是考虑到周围人可能听到有人惨叫，只好顺水推舟地说是剧中人的声音，这是与其妄图为李×掩盖罪行的心理是一致的。因此，李×之父的证实惟一可信的地方是陈×的一声惨叫，而不是剧中人的声音，这就与儿童证实的惨叫声音相印证。

4. 本案的另一证人何×的证实也是本案的关键证言。何×与李×系同区居住，平素见面常打招呼，没有任何利害冲突关系，同时考虑何×的年龄、视觉等状况良好，其感觉事物的能力较强，所以何×的证言可信度较强，何×证实李×在江桥上往下扔东西，这就印证了孙×证实有人推车带东西从李×院内出来的事实。这两份证言相佐证，共同证明了李×转移尸体、毁灭罪证的事实。

根据以上分析，侦查人员决定对李×先行拘留。诚然，对这样一起重大杀人案件，有这些证据是不够的，还需要有相关的证据证实才能定罪判刑。但作为侦查人员，利用几份证人证言，充分地分析每一环节。为确定方向和目标，提供了一个良好的基础。

【案例五】被害人陈述的双重性审查

【案情】

某日夜晚，女工苏×下夜班回家，途经西桥时，被桥上站着的三个人拦住并施以奸淫。案发后，被害人因受刺激而导致精神恍惚，几度自杀未成，其家人代其向公安机关报案，要求对犯罪人予以惩处。侦查人员首先询问了苏×，苏×先后有三次陈述。

首次陈述：那天（指6月6日）夜晚，天阴得很黑，我下班途经西桥时，被三个人拦住。其中一个人像中×厂司机丁×，他们抢走我的东西，又对我非礼、侮辱，并施以奸淫暴行。

再次陈述：那天拦截我的三个人，除了丁×外，另两个人头部是板寸、方脸，其他细节记不清了。

第三次陈述：先是有一个人拦住我，叫我停住有事，忽然从对面又来两个人，是丁×先对我无礼的。另两个人抢我的包后，又开始侮辱我，我被丁×摔倒后，就什么都记不清了。

侦查人员立即传讯丁×，并把丁×与另外无关的几个人放在一起让苏×辨认，苏×认定是丁×无疑。侦查人员拘留丁×后，丁×大呼冤枉，经侦查人员查明丁×6日与供销科长外出拉货未归。侦查人员只好排除丁×，侦查陷入僵局。遂再次询问被害人。

苏×第四次陈述：我看那个人个头像丁×，说话声音也像丁×，头上戴一顶大绒帽。因天太黑看不清了。口中有酒气。

侦查人员分析作案人可能是附近人员，遂在各大小饭店查找6月6日在饭店喝酒，并头戴大绒帽的人员，并按苏×所述，应属个头在1. 75米左右，声音低沉的人。经查，有两个人与苏×陈述的形象相近。侦查人员再组织辨认，苏×从6个人中辨认为其中的马×，侦查人员对马×审查时，马×交待他没有抢苏×的皮包，但与另两名案犯轮奸苏×属实，侦查人员随即将另两名案犯逮捕归案。后经查明，嫌疑人没有抢劫苏×，苏×最后予以承认。

【问题】

被害人陈述有哪些特点？如何去分析被害人的陈述？

【评析】

本案涉及到对被害人陈述的审查与判断，而强奸案件中，被害人的陈述又是主要证据的来源，因此，注重对此类案件被害人的陈述进行正确判断是一项重要的任务。

苏×被抢劫、强奸一案中，被害人的陈述有下述特点：

1. 在主观方面，由于被害人被强奸后往往对犯罪分子深恶痛绝，因此在陈述时经常会出现夸大事实的情况，如苏×提出抢劫其提包的事实，后经查证

属虚构，这时与被害人被奸淫后的气愤心理及被害人顾及其名誉等因素是相关联是的。

2. 在客观方面，由于被害人与犯罪分子有过面对面的接触，因此对罪犯的细节描述应比较准确。苏×在本案中对罪犯的身高、头型，及有喝酒迹象等情况陈述得比较准确。

3. 在证据功能上，由于此类案件的被害人往往在当时没有报案，因而导致现场勘查，证人证言、物证等证据难以收集，也就使一些必要的鉴定手段不能加以使用，这就为收集证据认定案情带来了较大的难度。但相应地被害人陈述的功能就显示出来，它对侦查人员侦破案件起到关键性的作用。如苏×陈述内容与实际情况虽有出入，但其陈述是帮助公安人员认定犯罪人、缩小侦查范围的重要证据。

根据以上特点，可以分析出强奸案件的被害人陈述具有二重性，即真实性与虚假性，因此，就需要侦查人员能够在被害人陈述后，做到去伪存真，正确地审查和判断这类证言。因此，在审查被害人陈述时，要注意如下两个问题：

1. 被害人的感知能力影响被害人陈述的正确性。由于犯罪行为是针对被害人而实施的，因此被害人的感知就会及于犯罪人，如果一个状况良好的人，在外界环境没太大变化的情况下，一般能够对犯罪作出正确的感知。但是由于犯罪往往在某些特殊的环境下进行，如夜晚，且犯罪是被害人猝不及防的，因此，就对被害人的感知能力产生影响，在一定程度上影响了被害人陈述的真实性。如苏×在夜晚突然被三名歹徒拦截施暴的情况下，对犯罪人的面孔就不能看得十分清晰，而错误地指认司机丁×为犯罪人。这就需要侦查人员在审查判断时注意分析这些因素。并作认真调查，以免发生错拘错捕的现象。

2. 被害人的记忆能力是影响被害人陈述正确与否的另一因素。在侦破强奸案件中，对被害人的陈述，既要相信，又要不能轻易相信。这是考虑到强奸行为是针对妇女人身权利的一种暴行，对妇女的感官刺激比较强，有可能使所记忆的内容混淆或夸大，乃至于歪曲。如苏×被施暴后，记忆恍惚，这就给苏×造成感认障碍，影响其记忆当时的情景，在这种情势下，苏×自觉或不自觉地就会走入“自圆其说”的地步，进而影响其陈述的可靠性。因此，在审查被害人受刺激后的陈述时，就应在主要事实情节上认识清楚即可，某些细枝末节就可不必追究到与真实情节一丝不差的程度。

总之，对强奸案件的被害人陈述的审查判断，要充分地考虑诸多因素的影响，并且要与其他证据相配合、相印证后，才能够准确地认定事实，为依法判决打下良好的基础。

【案例六】 以多维视角审查嫌疑人的口供

【案情】

犯罪嫌疑人：孙××，男，系某公安派出所民警。

某日夜10时许，孙××去××招待所替其妻子值班。约11时，被害人赵×（住宿旅客）从外面吃饭回来，因开房门与孙××争吵几句后，孙××掏出“五四”手枪击中赵×腹部、背部，致使孙×当场死亡。案发后，公安机关收集到下列证据：

（一）孙××辩解：我为赵×开门时，他喝酒太多了，开口骂我，我说他几句，他就拿一木棍朝我打来，我被迫掏枪先示警，朝外面开一枪后，他仍持木棍朝我头部打来，我才开枪打中他的腹部，但他仍不放手，我才又开枪击中他的。

（二）现场勘查记载：现场位于招待所院内，死者倒于门外，身边有一个1．5尺的柳木棍，尸体面朝下，腹部贯通伤，背部创深达肝部。

（三）孙××第二次辩解：赵×因涉嫌一起赌博案件被我罚款，故对我怀恨在心，因此有伤害报复我的动机。我站在门口时，他就朝我打来，我是被迫开枪的。他双手握棍，直接向我头部打来，我因站在门口无法躲闪，只好还击。

（四）隔壁王×证实：那天晚上我还没睡时，听到隔房有人争吵几句，而后就没声音了，大约又过了10分钟，听到二次响声，是连续的，我想是有人燃放二踢脚（指爆竹）。又过几分钟，才听到第三声响声。

公安机关在讨论此案时，出现了两类意见：一些人认为孙××的行为属正当防卫，因为赵×已死，惟一定案依据只能是凭孙××的口供。另一种意见认为，此案应进一步收集有关证据，但从现有的证据看，已经证明孙××有杀害赵×的故意行为，其行为构成故意杀人罪。侦查人员决定再次收集证据，后将孙××逮捕归案，人民法院以被告人孙××犯有故意杀人罪判处其死刑。

【问题】

审查犯罪嫌疑人口供时应注意哪些问题?

【评析】

本案的被害人赵×已死亡，正如有些人讲的：“死人口无招对”，因此给本案的侦查带来一定难度，但是否只能像公安机关内部的第一种意见那样只能凭孙××口供定案呢？否。只要认真地分析被告人的口供，就能够使案件真相大白。

口供是指被告人的供述和辩解。它可能成为一种证据材料，但并非所有的

口供都能成为定案的证据，因此正确的、符合客观事实的口供才能作为定案的依据。但哪些口供是反映案情真相的证据，需要侦查人员认真地收集相关证据并作出审查与判断。实践中审查口供的方法有很多，但总结分析，有以下几点：

1. 与本案其他证据相比较核实。嫌疑人孙××口供是否成立，在于所供述内容与客观事实是否相符，因此，事实真相是核实口供是否真实的惟一标准。但事实如何体现？要依靠其他刑事证据来分析。如果孙××的供述和辩解与其他证据一致，那就说明其口供成立，可以以正当防卫论。如果其他证据没有或尚未定型，就需先对其他证据进行核实。本案孙××的口供与其他证据在下列几处相矛盾：

(1) 孙××称赵×曾被其处罚而产生报复动机，而经派出所证实此事不存在。赵×系外县人，并且首次来本地办事。

(2) 孙××称其先鸣枪示警，而后开枪二次。就是说鸣枪与击中赵×的枪声是间隔的，而后是连续的两枪，这一点与邻居王×证言相矛盾。

(3) 孙××称赵×双手举棍击向其头部，这一点与常理不符，正常情况下，双手握1.5尺的木棍去击打他人极不方便，应是单手持棍才符合逻辑规律。

(4) 孙××称赵×酒后找茬报复，而经解剖尸体，赵×胃内不含任何酒精成分。

(5) 孙××称赵×被击中腹部后，仍握棍向他击来，经尸检，赵×系腹部贯通伤，一个严重受伤的人，尤其是近50岁的赵×在这种情况下仍举棍反扑，与常理相悖。

(6) 孙××称第二次开枪时赵×正举棍去打其头部，这样子弹人创应是胸部，然而尸检证明人创是背部。

经过以上分析，公安人员认为孙××的口供具备较强的虚假性，无任何可信度。

2. 核对每次口供之间有无矛盾或变化。如果每次口供变化不大，其口供就具备一定程度的可信度，如果口供不断矛盾，其中必然真假并存，这样就要求公安人员在审查时注重分析口供内容是否合乎规律，即是否符合常理，从而进一步确认口供的真实性。本案孙××在几次供述中，不断地进行自圆其说，但毕竟是与客观事实不符的虚假陈述，因而口供漏洞百出。

3. 核实嫌疑人的个人因素，以便正确认定口供的正确性。实践证明，平素表现较好的嫌疑人，在法律和政策的感召下一般能够作出如实的供述。同

时，一个通晓法律的人，也可能有意去回避某些与己不利的事实，这些说明对嫌疑人的主体审查对审查其口供有一定的帮助作用。如本案孙××从事法律工作，在口供中竭力辩解其行为属正当防卫，所供述的情况必然向正当防卫上靠拢，但都是经不起审查和推敲的陈述。

依据我国刑事诉讼法规定看，重证据、不轻信口供，只有口供无其他证据不能认定被告人有罪，相反，其他证据充分的，即使被告人不予认罪，也可以认定被告人的罪行。这说明对口供的使用要持十分慎重的态度，上述几种审查方法中，综合全案证据进行分析审查，是一个最基本的方法，但因具体案情各不相同，核实口供也就没有固定不变的模式，都需要在充分收集证据之后，去具体认证口供的真实性。

【案例七】 同案犯口供能够作为定案的证据

【案情】

张×、陈×、许×三人经常在铁路沿线扒窃财物。某年春，三被告人因涉嫌强奸罪时，陈×主动交代出曾于春节前在沈阳至大连的旅客列车上伙同张×、许×盗窃一江西籍老板人民币10000元。事后三人平均分掉后各自挥霍。侦查员分别对张×、许×二人进行审讯后，二人也供述了盗窃10000元的事实。其中对时间、地点、各自分工、如何设圈套、撤离方案等细节都能够吻合。但因本案没有失主报案，经公安人员追查后也未能查得到受害人。因此，是否予以认定三名嫌疑人的盗窃事实，在侦查机关引起不同争议。一种意见主张：既无失主报案，现无赃款可查，不能定案；另一种意见认为：三名同案犯的口供能够互为证据，可以认定三名嫌疑人犯有盗窃罪；第三种意见认为：应继续搜集相关证据加以佐证。后经侦查机关三下江西，均未能查出失主。侦查人员为慎重起见，对三名嫌疑犯先后就盗窃一案讯问五次，每次交代的情节内容一致，后经研究，将此案移送人民检察院提起公诉，公诉机关认为不能认定盗窃罪，因为同案犯与本案处理有直接的利害关系，其供述是否真实难以置信，故同案犯口供不能互证，后经报当地政法委员会协调，决定将此案向人民法院提起公诉，人民法院认为，同案被告人不能作为证人，即他们的口供不能作定案的依据。这一点，在我国刑事诉讼法中没有作出规定，因此，三被告人可以互为证人，应认定三被告人的盗窃犯罪。故人民依法进行了判决。

【问题】

（一）同案犯的口供可否作为定案依据?

（二）实践中运用同案犯口供时应注意哪些问题?

【评析】

同案犯口供，指同一犯罪行为人就同一事实作出的供述，这是一种十分重要的证据。在一般情况下，侦查人员都能收集到一些有关案情的相应证据，但有的案件，如张×、陈×、许×盗窃一案，因时间的流逝和空间的差异而致使一些必要的证据（如失主报案，证人证言等）难以收集，这就产生一个问题，即仅有同案犯之间的供述能否定案，实践中去关于此类案件时有出现，那么如何在理论上去研究、如何在实践中实施，是理论工作者和实际工作者都急需解决的问题。下面就争议的几点作一评述：

1. 同案犯的供述只能是刑事证据的来源之一，同案犯的口供不能认定为证人，这种观点主张本案需要失主报案、赃款去向等证据加以佐证，才能定案，这种观点是经不起推敲的。

(1) 同案犯也是具有证人资格的人，他的陈述能够成为证据，既然承认同案的嫌疑人具有证人资格，他们的陈述就可以互相证明。

(2) 是否同案犯具有利害关系就可以免除互证的义务呢？刑事诉讼法没有规定有利害关系的人不能互证。事实上，实践中有利害关系的人如实地陈述的情况并不少见，因此，能够反映真实案情的证据就能够互相印证；相反，没有利害关系的人作虚假陈述的情况也比较多见，因此，虚假的证言即使没有利害关系也不能互证。

(3) 如果有失主报案、证人证言等证据印证口供，是十分准确的作法，但如果收集不到这些证据就不能定案的话，其结果只能是宽容了同案犯，放纵了犯罪行为。

2. 同案犯能够互为证人，他们的口供可以互相印证，作为定案的依据。这种观点是正确的，因为：

(1) 法律规定被告人的供述可以作为定案的证据，我国刑事诉讼规定了被告人供述和辩解是证据之一，但必须经查证属实，才能定案。同案犯作为被告人，其供述和辩解也必须经查证属实，才能作为证据使用。如张×的供述既证明了自己的犯罪行为，也是证明了陈×、许×的盗窃行为，那么，法律上就无法把张×、陈×、许×的口供排斥在证据之外。并且，法律规定任何辨别是非、能够正确表达的知情人都有资格作证人，都有作证的义务。同案犯十分清楚案件情况，理应作为证人，同样，法律规定凡是知道案情的人，都有作证的义务，因此，同案犯就不能因具有利害关系而不能互相作证。

(2) 同案犯互证，并不违反重证据不轻信口供的原则。我国刑事诉讼法规定了重证据不轻信口供的原则。只有口供没有其他证据的，不能认定为被告人有罪。这是刑事诉讼法保障无罪者不受追究的精神之所在，但是，如果除了被

告人一个口供之外，还有其他同案被告人口供可以证实其口供是真实的，那么其他同案犯的口供就是被告供述的旁证，如果在这种情况下，还不能定案，只能是不利于刑事诉讼法打击犯罪任务的实现。事实上，法律规定只有被告人口供不能定案的精神实质是指有供无证的情况，若是存在能够印证的证据，那么就可以认定犯罪。

3. 实践中使用同案犯口供作定案证据时，必须严格审查下面几点：

(1) 必须排除串供的可能。要严格审查各被告人之间是否存在着串供情况。主要查明在公安机关采取强制措施前，各嫌疑人、被告人有无攻守同盟现象，被羁押后，是否出现串供现象。

(2) 审查有无诱供逼供的情况。实践中个别侦查人员出于种种动机而先入为主地采取一些不正当的讯问方法，尤其是诱使嫌疑人向某个情节上供述的现象时有出现，这样的口供是非法证据，无任何证据价值。

(3) 审查同案被告人作虚假口供的可能性。事实证明，任何虚假的口供都是经不住严格审查的。如在张×口供中供述犯罪的具体方法、分工等具体细节上都与许×，陈×口供一致，尤其是多次讯问没有反复矛盾的情节，这就基本上排除了同案三被告人虚假口供、开脱罪责的可能性，能够互相作证。

实践中要尽最大努力地去收集被告人以外的证据。因为毕竟被告人之间的口供在无其他证据证明时，在审查判断上要有许多困难，这就需要我们从严掌握使用此类证据，盲目否定和肯定都是不切实际的作法，应引起公安司法人员的高度重视。

【案例八】　鉴定结论经过严格审查才能作为定案的依据

【案情】

嫌疑人张×宝与其兄张×贵因土地边界产生纠纷，某日，张×贵外出劳动时与张×宝相遇，双方指桑骂槐引起口角并厮打在一起，厮打过程中张×宝用左掌猛击张×贵右耳部，张×贵当时疼痛万分，失去听觉。后到医院治疗，诊断为右耳内膜外伤性穿孔，丧失听力。报案后，公安机关对张×贵的伤情聘请了法医鉴定中心的专业人员进行司法鉴定。经鉴定张×贵的伤势构成重伤。侦查人员经查证后，依法对张×宝拘留并提请人民检察院批准予以逮捕。移送人民检察院后，公诉机关认为本案事实清楚，将此案向人民法院提起公诉，法院依法开庭审理了此案，庭审中，辩护律师对张×贵的伤势程度是否构成重伤提出疑问，并出具了张×贵听力恢复正常的证人证言，同时出具了鉴定人与张×贵之妻有亲属关系的证据。人民法院的审判员认真地审查了有关证据，对法医鉴定产生疑问，遂中止庭审，通知鉴定人员也到庭作出鉴定说明。鉴定人员认

为鉴定书中已将此案鉴定情况说明，不愿出庭作证。人民法院在这种情况下，向××省法医鉴定中心提请重新鉴定，经鉴定，张×贵的伤情构成轻伤，公诉机关也主动撤回起诉。张×贵以自诉人身份向人民法院提起自诉。

【问题】

审查本案鉴定结论时应注意哪些问题?

【评析】

鉴定结论是指经公安司法人员聘请的人员，运用专门知识对案件某些专门性问题所进行的鉴别和判断。它是由具有专门知识的人作出的，并在公安司法人员指派或聘请下进行鉴别和判断的一种诉讼活动。本案两次鉴定都是由公安司法人员聘请专业人员后，对张×贵的伤情作出的科学性鉴别。使用这类证据应明确两点:

首先，鉴定是纳入诉讼轨道的一种诉讼活动。由公安司法人员指派或聘请的鉴定人要依据公安司法机关提供的材料来针对专门性问题进行鉴别和判断，因此鉴定人是诉讼参与人，在诉讼活动中处于从属地位。如本案中鉴定人要依据法院的通知出庭作出说明，并且法院判决也不完全依赖鉴定结论作出。可见，鉴定结论是否正确，需人民法院审查后决定。

其次，鉴定活动具有科学性，这是因为鉴定是一种具有专门知识的人从事的科学性质的分析与判断。本案中的鉴定人鉴定张×贵伤情时要运用医学仪器等科学设备来作出结论，因此，一般说具有较强的可靠性、科学性。

鉴定人在刑事诉讼中享有很多的诉讼权利，如讯问当事人或证人，查阅案卷以及要求补充鉴定材料等权利，但同时鉴定人也要履行相应的义务。这是权利义务相一致原则的体现。下面针对几个问题，结合张×宝伤害一案进行分析:

1. 鉴定人能否拒绝出席法庭参与庭审？根据我国刑事诉讼法的有关规定，鉴定人接到人民法院的出庭通知后，应出庭就鉴定结论向法庭作出解释，并回答当事人对其进行的提问，这是鉴定人应履行的义务之一。但就目前看，鉴定人出庭存在着一些问题，除了因交通不便等客观原因外，主要还有一些鉴定人主观上认为自己本身也是工作人员身份，不愿出庭作有关说明，同时也有的鉴定人担心打击报复等不愿出庭。如本案对张×贵伤情作鉴定的鉴定人不愿出庭，其理由是不能成立的，因为审判人员就鉴定内容要在庭审中争议鉴定结论的正确与否，如果鉴定人不愿出庭就其鉴定的重伤结论作出说明，就是与我国刑事诉讼中的言词证据原则相悖的。只有经过庭审质证后被确认为真实的证据材料才能作定案的依据，这就需要鉴定人不要以种种理由拒绝出庭，而要依法

出庭来说明鉴定中的某些问题。

2．如何审查鉴定结论？这个问题是摆在公安司法人员面前的一个难予解决的问题，一般情况下，由于公安司法人员不能完全弄懂有关鉴定所需的专业知识，因此，就有些人对鉴定结论产生依靠思想，认为鉴定结论是科学的法官，不会也不可能出现错误，因此，应大胆地使用鉴定结论认定案情。这种想法在某种程度上是有其存在理由的，因为鉴定人都是具有专业科学知识的人员，他们所作出的鉴定应该具有相当程度的可信性，但是，也应该看到，鉴定结论受鉴定人主、客观条件的制约，如鉴定人技术水平不高，鉴定方法不当或受其他私心杂念的影响，都会使鉴定结论产生错误。如本案侦查阶段的鉴定结论，就因鉴定人没有全盘考虑被害人伤情，仅以医院的一张证明就马虎草率地得出鉴定结论，导致首次鉴定结论出现错误。可见，对鉴定结论必须进行实事求是地审查与判断，确认属实后才能作为定案的依据。审判鉴定结论应从下面入手：

(1) 审查鉴定人自身是否具备鉴定人资格。只有经公安司法人员指派或聘请的专业知识人员作出的结论才能被采纳为鉴定结论。同时也要注意分析鉴定人是否与本案的当事人或案件处理结果有利害关系，这就涉及到鉴定人主观上能否在公正的角度上去鉴定的问题，本案辩护律师提出充足的证据，证明本案鉴定人与被害人之间的亲属关系，人民法院就应对此予以支持。因为亲属关系或有鉴定人被收买、拉拢等关系存在，都会使鉴定人故意作出有悖科学的鉴定。

(2) 审查鉴定材料和有关鉴定设备。充分可靠的鉴定材料是准确鉴定的前提，鉴定人只有在分析研究鉴定材料的基础上才能得出正确的结论。如果提供的材料不充分，鉴定人有权要求补送有关鉴定材料。张×贵被伤害一案的首次鉴定材料仅有医院出具的证明和案发当时被害人的陈述，至于被害人的伤情过程如何，都没有向鉴定人提供。人民法院认为张×贵受伤的材料没有全部提供给鉴定人，鉴于此，审判人员认为应通过鉴定人出庭就此作出说明，或重新鉴定，这是审判人员认真审查鉴定结论后所采取的明智作法。同时，鉴定人使用的设备是否先进，也是审查的内容之一，先进的设备必须有很强的可靠性，鉴于此，人民法院决定将张×贵的伤情送至司法部指定的鉴定机构作鉴定，司法部指定的鉴定机构一般具有较强的鉴定人员和先进的设施，因此，能够对此案作出科学的鉴定。

(3) 审查鉴定结论与其他证据是否矛盾。正确的鉴定总是反映了客观真实情况，它与其他查证属实的证据不应存在着矛盾，应共同指向一个事实。本案

证据中，律师提供了证据证明张×贵已经恢复听力，没有丧失面部器官——耳朵的听觉功能，那么，鉴定结论却以张×贵丧失右耳听力为由，鉴定为重伤，这里明显产生矛盾，究其原因，在于鉴定材料不充分而导致了错误结论。

此外，对鉴定结论的依据、鉴定人的工作态度和工作方法都应作出全方位的审查，综合全案证据后，来判断鉴定结论的正确性。

3. 如何认定重伤、轻伤？在张×宝伤害一案中，鉴定人依据何种情况去判断轻伤和重伤，是判断鉴定结论是否正确的关键。一般讲，被害人当时被伤害的伤情，是犯罪行为直接造成的后果，而医疗机构及时治疗使被害人脱险或减轻了痛苦，是行为人始料未及的，但被害人最后的伤情总是要受二个因素影响，即行为程度和治疗结果，因此，认定重伤时，要充分地考虑以上两个因素，结合二者分析是否达到重伤的标准。本案的省级鉴定机关就充分地结合了行为时的后果和治疗后的效果来作出了正确的结论。轻伤一般都是指在伤残程度上较轻的伤害，因此，多依据行为人实施行为后给被害人造成的后果来认定。这一点与重伤在认定上截然不同。重伤则是综合分析行为程度和实际后果后得出的结论。

【案例九】　司法机关依法运用庭审质证判断证据

【案情】

某年7月，全国高考在即之时，在某地出现了倒卖高考试卷的无业人员，他们以每张2000元的价格卖给欲参加高考的学生及其家长，当地教育局得知后立即报告公安机关，公安机关依线索抓获无业人员马×，但马×已将试卷卖光，矢口否认倒卖试卷的行为，侦查人员在收集到大量证据后，又查获了与马×一同泄露试卷内容秘密的某教育部门陈×，陈×拒不认罪。公安人员在充分地收集证据材料后，将案件移送人民检察院，公诉机关将此案移送人民法院提起公诉。庭审时，证人黄×在作证证明陈×泄露试卷内容给马×的行为后，不愿公开自己的姓名，公诉人在斟酌再三后没有公布其姓名。庭审时，有下面一段对话：

公诉人（以下简称“公”）：陈×，你到底在上班期间向外给马×打电话没有？

陈：没有。即使打电话，我也没泄露试卷内容。

公：你认为你没泄露试卷，那么谁泄露了呢？

陈：（不语）

公：马×，你卖给××学校试卷的事实属实吗？

马：不属实。

公：（出具一份材料）这是××学校出具的证言，正面有公章，能够证明你卖给学校四套试卷，你还有什么理由说你没卖考卷呢？

马：不语。

上述法庭辩论后，审判长在被告人最后陈述后，依法进行合议后，以二被告人犯有泄露国家秘密罪作出有罪判决。

【问题】

庭审质证时应明确哪些问题？

【评析】 这起案件的法庭审理是按照刑事诉讼程序进行的。但庭审过程中反映出3个问题需要明确：

1. 证人在庭审阶段不愿公开自己姓名的，应如何解决？司法机关应依法保障证人的人身安全，是法律赋予司法机关的责任。在侦查阶段，控告人，检举人如果不愿公开其姓名，侦查人员应为其保密。但这种情况限于侦查阶段，但在庭审阶段，如果证人不愿公布其姓名，如证人黄×，此时公诉人就不应继续延用侦查人员的作法，为其保密。这是因为，庭审时证人证言必须在法庭上经公诉人、被告人、被害人、辩护人各方质证、询问后，在查证属实的前提下才能作为定案的依据。本案黄×是惟一的能够证实陈×泄露试卷内容的证人，因此黄×的证言要经得起法庭控辩双方的对质，才能作为有罪证据使用，如果黄×不愿公正姓名，就使庭审质证因证人身份不清而无法质证，导致证据鉴别失去意义，因此黄的证言也不能作为定案依据。我国法律规定，凡是知道案件事实情况的人，都有作证的义务，因此，公诉机关在开庭前就对证人作耐心的思想工作，讲清司法机关对任何妨碍公民作证的行为，都将予以严惩。通过以上工作及必要的保护措施后，证人一般都愿意公开自己的姓名。如果证人仍不同意公开姓名，公诉人对于必须用作定案依据的证人证言，都应当庭宣读，不能隐瞒。本案公诉人隐瞒黄×的真实姓名的作法是不妥的。

2. 被告人有无举证责任？刑事诉讼中的证明责任，是指由谁承担提出证据证明案件真相的责任，公诉案件的证明责任由公安司法人员承担。由于公安司法人员代表国家行使侦查权、检察权、审判权，因此他们有能力承担起证明被告人犯罪的任务。而被告人、嫌疑人在诉讼中处于被追诉的地位，有的在诉讼中被采取强制措施，他们没有能力去承担举证责任，因为他们不具备举证的条件，也不可能举出证明他人犯罪的证据。但本案中的公诉方在质证时反问陈×：“你没有泄露考卷，那么谁泄露了呢？”这种讯问方法极不恰当，它明显地违背了公诉案件由司法机关承担举证责任的规定。作为陈×，有权利在辩论时与公诉方就事实和法律进行辩论，但公诉方不能要求被告人陈×去证实谁泄露

了试卷内容，这是公诉方在庭审中应予以注意的问题，其实质在于对刑事诉讼中证明责任的规定没有充分地理解和执行，因而导致了上述不正确的讯问方法。

3. 法人能否作证人？刑事诉讼法规定凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。这里的“人”指自然人，并非法人。本案中公诉方出示了一份××学校的证言，证明马×向××学校倒卖四份考卷的事实经过，并声明盖有学校公章。这份材料不能作为证据使用，因为法人不能作为证人。理上如下：

(1) 对具体案情的了解，都是各个具体的特定的自然人，通过其感官对犯罪行为进行感知、记忆后，才能表述出来，成为证言，如果法人中的领导人或其他人是本案的知情人，应该以公民个人身份向法庭作证。

(2) 自然人作证人出庭作证时，如果证明的内容是伪证或有意夸大事实等，法院可以依法追究其法律责任，但如果法人的证言，出现上述情况时，法律在目前情况下，还不能追究法人的伪证罪。

但法人并非不能证明所有事实，出现一些涉及自然人身份、财产状况等情况时，法人可以作出证明，法庭也可以将其作为证据使用。

第三编

民事诉讼证据的理论与实务

第一章　民事诉讼证据概述

第一节　民事诉讼证据的概念和特征

证据是诉讼的灵魂。证据制度是诉讼制度的核心。在经济审判活动中，从起诉到裁判直至执行，一切诉讼活动都围绕着证据的提供、收集、审查、判断展开：当事人向人民法院提供证据，证明其主张；人民法院收集、审查、判断运用证据查明案情，正确裁判。可以说，离开诉讼证据，就没有经济审判。

一、民事诉讼证据的概念

当经济纠纷被诉诸法院形成诉讼时，双方当事人的利益要求总是相对抗的，并且各执一词，形成“公说公有理，婆说婆有理”的局面，都要求法院作出有利于自己的裁判。面对这种局面，人民法院首先要做的就是查明事实，弄清他们之间存在什么样的权利、义务关系，纠纷发生的原因是什么，到底是谁侵犯了谁的合法权益。只有在查明事实的基础上，才能判断谁是谁非，作出正确的裁判。

然而，导致双方当事人发生经济纠纷的案件事实往往发生于诉讼形成之前，立案后在既有诉讼状态中有时也产生或出现新的案件事实。但无论哪一种情况，审判人员均处于案件事实发生的原始环境之外，不可能预先予以掌握。审判人员要想在诉讼中重新展示经济纠纷产生、发展的全过程，了解和掌握时过境迁的案件事实，就必须借助于能证明当时情况的事实根据。这些事实根据就是诉讼证据。由此可知，民事诉讼证据是指：能够证明案件事实的一切真实材料。

二、对我国诉讼立法上的证据概念的评析

我国民事诉讼法对证据未下定义。基于我国刑事诉讼法先于民事诉讼法颁

布的历史原因，我国民事诉讼法对证据定义理解与刑事诉讼法无异。根据我国现行《刑事诉讼法》第42条规定："证明案件真实情况的一切事实，都是证据。"我国《民事诉讼法》第63条规定："证据有下列几种：(一）书证；(二）物证；(三）视听资料；(四）证人证言；(五）当事人的陈述；(六）鉴定结论；(七）勘验笔录。以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。"

以上规定加起来便构成一个较为完整的民事诉讼中证据的法定涵义。可以这样认为，上述法律规定中的第一句话是从证据概念的内涵对证据下定义的；第二句话规定了证据的法定种类，可以说是从外延的角度来给证据下定义；最后一句话则是对第二句话的补充和限定性阐明。

以上的法律规定从逻辑来理解，不能不让人感到在表述的形式与内涵上存在矛盾现象。因为，既然首先肯定"证据为证明案件真实情况的一切事实"这个命题，那么，证据则与事实划等号，因此得出的结论为证据应是属实的，反映案件真实情况的。第三句话又称"以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。"这种阐释无疑是在表明有些证据是不"属实"。可见，上述法律对证据所下定义和阐释之间出现了矛盾。同是证据，又称全部"属实"，又称有些为"不属实"，这种矛盾的现象，曾一度引起学界的广泛争论。

对我国诉讼法在证据定义上的矛盾现象，有必要使我们对"证据"的概念重新加以审视和论证。从概念陈述所得出结论的角度，笔者认为，我国诉讼法关于"证据"均为能够"证明案件真实情况的一切事实"的定义，其中所使用的证据应为"证据事实"或"诉讼证据"，而有关证据的法定种类及有关阐释中所涉及的"证据"应是"证据材料"，其中"证据事实"为已经查明的属实证据，可以作为定案的根据，而"证据材料"由于未经过审判人员依法定程序的加工和提炼，不一定就是属实证据，例如伪证、虚假的证明材料等等。

有学者反对将证据划分为"证据事实"与"证据材料"，理由是：一、证据是客观存在的事实，但是由于种种原因，通过一定形式表现出来的证据则不一定是真实的，必然有真假之分，有的固然应该称为证据，但是对于假的，在未判明之前，它也是以证据的形式出现的。如果将这一部分证据称为"证据材料"是不恰当的，因为，在实际上，证据和证据材料是很难截然分开的。例如有的证人证言，其中一部分是真实的，而有一部分则是不真实的，如果把真实的部分称为证据，把不真实的部分称为证据材料，那么提供这一证言的人是否既是证人又不是证人呢？二、审判人员所掌握的证据在未进行审查判断之前都可能有真假之分，但是不能因为有一部分是假的就认为它们不应该称为证据。证据虽然与待证事实有关联性，但它毕竟是客观存在的东西，存在于审判人员

的主观意识之外，如果不经过人的认识活动，是无法判明真伪，确定其证明力的。而对待证事实有证明作用的，在人们对它进行审查判断之前，它就具有证据的本质属性，而不是在人们的审查判断之后，它才具有证据的本质属性。

对此，笔者是这样认为的：一、从认识的角度来看，“证据事实”本身就是对案件真实情况的反映，在“质”上已无所谓真与假，只是在“量”上反映案件真实情况的程序上有所不同而已。人们对“证据事实”的认识是通过“证据材料”来实现的。其中“证据材料”可体现人们在认识过程中的感性阶段，而“证据事实”则体现的是在认识过程中的理性阶段。二、由于客观事物的复杂性和人们所处条件的局限性所致，有时这一理性的认识过程可能会出现反复，即对证明对象的认识——再认识——又再认识的过程。例如，我们民事诉讼法对二审程序和再审程序的规定，从法律上肯定了人们这种理性认识在一定条件下对案件事实的真实确认度具有暂时性和相对性。三、作为人们预先设定的一种概念标准，“证据事实”在本质上应无真与假之区别，但这并不排除那些所谓已被认定为“证据事实”的部分在本质上完全都是“虚假”的可能性。对这些所谓的“证据事实”在本质上的否定，是因为它们本身就是虚假的“证据事实”。由于人们的认识过程在一定的条件下可能是一个无限的过程，因此，从法律逻辑上对所有为认定依据的那“证据事实”不过是从本质属性上的一种法律推定。其中孕育着十分深刻的诉讼机理，其中包括对案件的判决结果应受其既判力约束以及审级制度等各种诉讼机制的影响和制约。所谓“证据材料”不但在“量”上有程度上的差异，体现诉讼意义上的更重要的是一种“质”上的差别。就人们一些浅显的意识来说，那些所谓“属实”的“证据材料”一旦在事后的审理判断和认定程序中“顺利”通过，则意味着它们在未经过这些程序之前就与“证据事实”相吻合，在被认定“属实”之后，使之一跃成为“定案的根据”；与之同时，那些虚假“证据材料”在被证明为与“证据事实”不相符之后，因失去反映案件事实的“客观性”和与案件事实的“关联性”，而不能作为定案的根据。

三、民事诉讼证据的特征

（一）民事证据的客观真实性。所谓民事证据的客观真实性是指客观存在的事实。首先，作为证据的事实，必须是客观存在的，而不是任何猜测、假设和臆想。也就是这种客观存在的事实所反映和包含的内容及其同案件的联系，既不以人们的意志为转移的，你认识它，它是证据，你不认识它，它还是证据，是既不以司法人员的意志为转移的，也不以当事人的意志为转移的一种客

观事实。因为只要引起案件的纠纷发生了，它就必须有具体的时间、地点、事由与过程等等，这些都是不以人们意志为转移的客观存在。其次，民事证据的客观真实性必然有自己的存在和表现的具体形式。如：房屋所有权的证据表现的具体形式就是经有关部门审核所发的房屋所有权证、房屋土地使用权证；如对新建、翻建、扩建房屋，是房屋所在地规划部门批准的建设许可证等，如对于购买、受理、交换、继承、分家析产、分割财产，而取得房屋所有权的是取得该房产的证明文件和原房屋所有权证。这类房屋所有权的证据，其表现的具体形式均为书证。再次，民事证据的客观真实性表明它所反映和包含的内容是真实可靠的，确凿无疑的，而不是任何猜测、假设和自己想出来的东西作为证据使用。如果在民事审判中，忽视民事证据的客观事实性，就会出现错案，影响案件质量，损害当事人的合法权益。审判实践中，对民事证据的真实性的审查极为重要，它是关系案件判决的依据，如一起离婚案件，男方提供女方亲笔借据一张，借某某（指男方）人民币2万元，因某某（指女方）娘家需要，到期不还，后果自负。这张借条，从文字上反映出一种以强凌弱之势，经审理查明，是男方用匕首顶着女方背心写的。可见这一借据，不具有内容上的真实性。

（二）**民事证据的关联性**。又称为民事证据的相关性。所谓民事证据的关联性是指民事诉讼证据与案件待证事实具有法律意义上的联系。证据必须同案件有某种内在联系，并对证明案件具有实际意义的客观事实。也就是作为民事证据的事实不仅是一种客观存在的，而且它与待证事实有着内在的联系。与待证事实没有任何联系的，即使是真实的，客观的，也没有证明效力，决不能作为认定事实的根据。认识和掌握民事证据的关联性，有利于法官明确收集、调查证据和质证的方向，以利于抓住案件重点，集中时间和精力查明案件事实，以提高办案效率。如胜新造纸厂诉人民银行武汉分行房屋损害赔偿案，造纸厂称：武汉分行兴建楼房，坑基积水，引起该厂的厂房基础坍塌，要求赔偿并提供被告武汉分行兴建楼房施工现场状况和其厂房受损坏的等有关证据。科学鉴定结论厂房坍塌的原因是由于坑基积水。审查发现，坑基积水不是兴建楼房所致，而是纸厂废纸、铁丝等杂物堵塞下水道，导致造纸厂废水倒灌，涌进武汉分行楼房施工的坑基内而形成的。也就是说，虽然坑基积水造成厂房坍塌的事实是真实的，客观的，但是坑基积水与建房没有内在的必然的联系，所以本案判决驳回了造纸厂的诉讼请求。

1. 民事证据的关联性是指证据与案件事实在法律范围内的相关，民事证据具有法律性。为了调整和维护民事法律关系，法律规定了出现某种法律事实

就产生某种法律后果。审查民事案件证据的关联性最根本的一点是确认其与处理案件具有法律意义的事实关联。例如《中华人民共和国民法通则》第127条规定："饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或管理人应当承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。"发生此类案件，则动物饲养人或管理人提供的关于损害是由受害人的过错造成的证据具有关联性；而单纯证明他们为防止可能出现损害曾采取一定防范措施的证据，则不具有关联性，这种证据材料所证明的事实并不能否认自己无过错，因而是无法律意义的。国内许多学者仅强调证据的关联性为"客观联系性"，认为客观存在的事实并不都是证据，作为证据的客观事实必须同案件有客观联系。这种观点仅强调"关联性的客观联系"的意义，而未能揭示民事证据关联性的法律联系。其实，民事证据的关联性是由民事证据自身和处理案件所适用的法律规范及与这种规范相联系的待证事实联合所决定的。

2. 民事证据的关联性必须与民事诉讼中的待证事实相关联，能够为待证事实提供证明情况的依据，例如，因交通肇事引起的损害赔偿案件中，如果肇事汽车在某一特定时间里的行驶速度为待证事实，那么，该汽车在这一时间之前的行驶速度便可作为与待证事实有关联的证据。待证事实是为使案件得到正确的法律解决而应当在诉讼中予以确定的事实，待证事实的范围依处理案件要适用的法律规范以及与此相关联的案件的争执焦点来决定。案件事实是待证事实的主要部分，但待证事实的范围要比案件事实的范围广。如有关回避的事实，当事人诉讼行为能力的事实，以及证据事实。当这些事实涉及依法正确处理案件时，便属于待证事实的范围。判明待证事实依据证据，一切有助于依法确定待证事实的证据是相关联的证据。诚然，诉讼中应予判明的待证事实主要是案件事实，所以，证据的关联性主要是指证据与案件事实的关联性。但是，判明案件事实之外的待证事实与依法正确处理案件也有重要关联，在某些案件中还是至关重要的。《中华人民共和国民事诉讼法》第63条规定，证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。由此可见，与证据可信性有关的证据，涉及判明案件事实是否属实的证据，也是具有关联性的。

3. 民事证据的关联性可以从其与待证事实逻辑上的关联和事实上的关联来分析，正确把握证据的实质。

①逻辑上的关联性是指民事证据的逻辑上可以推论待证事实如何或可能如何的性质。它是民事证据与待证事实逻辑上的抽象关联。例如，当事人关于案件事实的陈述，不论其是否真实，都能推论案件事实如何；如果它的真实性依法得到确认。便可证明案件事实如何。逻辑上的关联也许不涉及当事人陈述的

真实性，仅涉及当事人陈述与案件事实之间的推论关系。逻辑上的关联性可进一步分为必然关联和或然关联。假设一民事证据事实存在就可推论待证事实一定如何，一个民事证据的逻辑上就与待证事实必然关联；假设一民事证据事实存在只能推论待证事实如何，这个证据在逻辑上就与待证事实或然相关。单一的间接证据与待证的案件主要事实是或然关联，而直接证据与待证的案件主要事实则是必然关联。例如，证人证实曾听说被告欠原告钱的证言，作为民事证据属于间接证据而只能推论被告借过原告的钱，而不能推论被告确实借过原告钱。而被告向原告出具的借款的欠条则为直接证据，它可以推论案件主要事实。弄清民事证据与待证事实逻辑上的关联性对审查判断间接证据和直接证据有着十分重大的意义。它能帮助法官弄清、搞准案件事实；能帮助法官和当事人层层剖析案件，防止分析研究问题停留在证据表面，特别是对案情复杂的案件，运用逻辑上的关联则是不可缺少的分析方法。也是提高司法人员办案水平的一个重要手段。

②事实上关联是指民事证据与事实上的待证事实有现实的联系，它包含以下两个条件：一是民事证据事实确实存在；二是民事证据事实与待证事实的确有现实的联系，这种联系足以表明或排斥待证事实的存在，逻辑上的相关未必是事实上的关联，但事实上的关联必然表现为逻辑上的关联，人们正是通过逻辑上的关联而发现事实上的关联。法官在分析民事证据时，不仅要重视事实上的关联，还要重视逻辑上的关联。研究逻辑上的关联和事实上的关联，就会推进理论研究的深度，有益于司法实践。例如，直接证据在逻辑上与案件主要事实必然关联，在这个意义上讲，直接证据并无是否关联的问题，它在逻辑上总是具有关联性的，只要能够确认其真实性，其事实上的关联性也就自然确定了。因此，对直接证据而言，只是一个确认其真实性的问题。但间接证据则不然，单一的间接证据与案件主要事实在逻辑上的或然关联，即使确认了其真实性，其事实上的关联性也只能得到或然的肯定。因此，把握从逻辑上的或然关联到确认事实上的关联的分析方法，是运用间接证据，特别是完全依靠间接证据来认定案件主要事实的情形，则显得更为重要。

4. 民事证据的关联性可从其与待证事实是肯定关联还是否定关联来分析，可准确运用证据，确认案件事实，分清是非责任。肯定关联是指民事证据与待证事实有肯定的联系，或者在逻辑上可推论待证事实存在或可能存在，或者在事实上以其自身的存在表明待证事实存在或其一部分存在。否定关联是指民事证据与待证事实有否定关系，或者在逻辑上可推论待证事实不存在或可能不存在，或者在事实上以其自身的存在排斥待证事实的存在。事实上的肯定关联和

否定关联都是确定的，要么关联，要么不关联。但在逻辑上的肯定关联和否定关联则在不确定的情形，即存在可能关联的问题，在有些情况下，人们正是从这种“可能”性出发，来推论与案件事实上的关联。例如，原告购买的预制板在建房时发生断裂，则可推论产品质量有问题，则引起产品质量的原因可能是水泥、钢筋或预制操作方法有问题。如果有证据证实水泥、钢筋无质量问题，则可推论是预制操作上的问题。因此，司法实践中，法官不仅要注意分析事实上肯定关联和否定关联，而且要注意研究逻辑上的肯定关联和否定关联。它是法官运用证据认定案件事实，分清责任是非的一种重要方法。

5. 民事证据的关联性可分为证据能力的关联和证明力上的关联。证据能力指某种材料在形式上作为证据应具备的资格，它涉及某种材料是否可以作为证据提供法庭调查。证明力是指证据实质上的证明效力和对判明案件待证事实的影响力。作为认定案件事实的根据的证据必须具有证明力。区分证据能力上关联与证明力上的关联，对于依法确定调查证据的范围有重要作用。一方面，对于证据能力上有关联的证据材料，除法律规定外，法官不得随意排除在法庭调查之外，以利于保障当事人的诉讼权利，以利于查明待证事实；另一方面，对于证据能力上不相关的材料，则应严格排除于法庭调查之外，以防止对认定事实的不良影响，以及诉讼时间和费用的浪费。在诉讼中注意证据能力上的关联，对于规范民事审判方式，保障当事人及其辩护人或者代理人正确行使诉讼权利，准确认定案件事实是必要的。

（三）民事证据的合法性（或称法律性）。是指民事证据在诉讼中必须按照法律要求和法定程序取得，即民事证据的提供、收集和审查必须符合民事诉讼程序的要求。

1. 民事证据的表现或者存在的形式必须是合法的。证据的表现或者存在的形式是指证据作为一种客观事实存在的外部特征，并且证据这种外部特征是由国家诉讼法来确定的。根据证明对象的特点，我国《民事诉讼法》对民事证据的表现或存在的形式作出了明确规定。民事证据有7种法定形式：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录。其中视听资料这种民事证据只能在民事证据和行政证据中使用，而不能作为刑事证据使用。

2. 民事证据的当事人举证、收集、审查认定证据等必须符合民事诉讼法所规定的程序。在我国《民事诉讼法》，以及最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见中，对民事证据的提供、收集、审查认定证据的程序作出了明确的规定，如收集或审查证人证言，应告知证人在诉讼上的权利和义务。有的人民法院在改进庭审方式中，对证人出庭作证时，还须

办理“具结书”。人民法院收集调查证据，应由审判人员主持，两人以上共同进行，并且先向被调查人出示证件，调查材料要由调查人、被调查人、记录人签名或者盖章；对鉴定人有回避情节的，应更换符合条件的鉴定人；不能对证人、鉴定人施加压力或者采取欺骗的手段提取证据；勘验笔录的收集必须由人民法院的审判人员亲自进行，并遵守法定程序，证据应当在法庭上出示，并经过庭审辩论、质证等等。关于证据应当在法庭上出示、并经过庭审辩论、质证的规定，是我国正式实施的《民事诉讼法》增加的新内容，这不仅增强了当事人的举证意识，促使当事人为了实现其主张，去积极收集、提供真实证据，而且对从事民事审判的审判人员提出更高的要求。改进民事审判方式的审判实践证明，民事案件审判中，依法公开开庭审理，让当事人及其诉讼参与人在一种具有庄严、肃穆、公正的特定气氛和众目睽睽、对簿公堂的特定环境中进行诉讼活动，让当事人有证举在法庭上，有理讲在法庭上，审查认定证据在法庭上，是非责任分清在法庭上让当事人赢得清清楚楚，输得明明白白。可见，这不仅是最有效的举证、质证、认定证据的法定程序，而且对保护人民法院裁判公正性，坚持严肃执法；以及对提高办案效率和提高审判队伍业务素质等方面都具有极其重要的作用。因此，民事证据的当事人举证、调查收集、审查认定都必须符合民事诉讼法规定的程序，才能作为定案的证据。否则，就缺乏证据的效力，不能作为定案的证据。由此看作为定案的证据本身就反映了证据的合法性。

3. 民事证据必须符合实体法的特殊要求。对于有些证明对象，实体法要求必须由特定的证据才能够证明。对这一法律所要求的特定形式的民事证据，有的称民事证据的许可性，也有的称证据表现的要式性。许多民事证据，法律都规定了形式要求。如国务院颁布的《城市私有房屋管理条例》规定：“购买的房屋须提交原房屋所有权、买卖合同和契证；受赠的房屋，须提交原房屋所有权、赠与书和契证。”也就是说作为不动产的房屋，其所有权转移必经房地产有关部门办理过户手续，交纳税费，取得契证。不然，就缺乏证明效力，影响到房屋所有权转移的实现。又如《中华人民共和国城市房地产管理法》对商品房预售的条件作出了规定，即已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；持有建设工程规划许可证；按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明等。在审理预售商品房合同案件中，商品房的预售方对上述法律规定的商品房预售条件是否具备，关系到商品房预售合同效力的认定。可见，对商品房的

预售方是否具备预售商品房的条件，作为预售商品房合同效力必须具有法律所要求的特定形式的证据。

民事证据的合法性是其基本特征之一，赋与民事证据具有合法性，能够使人们对主观认识和客观存在达到最高程度的统一。因为凡是民事证据都是法律规定或限制之下的证据，没有纳入民事诉讼程序中来的客观事实材料，都不能成为民事证据。

关于民事证据是否具有合法性的特征，我国诉讼法学界存在不同看法。有的同志认为证据仅有客观性和关联性这两个特征，合法性不能作为证据的特性之一。其理由有三：一是证据的许可性，顾名思义就是可用某证据来证明某事实，而“相关性”实际上就是解决哪些客观事实可以作为证明案情的证据问题；二是认为某些事实应有某种特定形式的证据，这种特定形式的证据只能是证明某种事实的最佳证据，即是证明力大小的问题，而不能视为证据的特性之一；三是提供收集、审查认定证据符合法定程序，这仅是个取得证据应遵守的程序问题，作出这种规定是以防止伪证、假证的产生，不能把取得证据应遵守的程序与证据本身的特征混为一谈。这种否认民事证据的合法性，实际上是否认民事证据所固有的属性，也就是否认民事证据区别于一般意义上的证据和区别于其他诉讼证据的特性。同时，在认识上也存在一种混乱。

具有除民事证据上述三种基本特征外，近年来，随着社会主义市场经济的建立和逐步完善，国家法制建设逐步走上正轨，民事审判方式的改革要求民事证据必须经过法庭质证才能有效，因之对民事证据中的各种证据所应具备的形式提出了新的要求，认为民事证据除具备客观性、关联性和合法性外，还应具备要式性。所谓民事证据的要式性是指民事法律行为必须具备法定形式，只有具备法定形式的证据材料才能作为民事证据。民事证据的要式性的属性以前一直被有关法学者归纳为民事证据法律性的一个方面，与民事证据的提供、收集和审查的方法必须合法构成一个属性的两个方面。随着市场经济的建立和依中国的需要，要式性逐渐从法律性中分离出来，成为人们认识民事证据的一个基本属性。

要式性是否成为民事证据的又一基本属性，目前还存在着两种根本对立的观点。

否认民事证据具有要式性的学者认为，“要式性”要求民事证据必须具备法定的表现形式，而承认民事证据具有“要式性”实质就是把民事证据的本质属性与表现形式混为一谈。

赞同要式性为民事证据基本属性的学者认为，①要式性是我国法律规定

的，是民事证据区别于其他证据的根本特征，也是民事法律行为本身性质决定的。《中华人民共和国民法通则》第56条规定："民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。"这就规范了我国公民、法人及其他社会组织从事民事活动时必须具有法定形式，用以证明民事法律行为成立或不成立的民事证据只能是具备相应法定形式的事实材料。②民事证据自身的要求也决定要式性为其基本属性。我国民诉法规定了民事证据的种类为书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录。同时还对各种证据提出了具体要求。如书证应当提交原件；物证应当提交原物；提交外文书证，必须附有中文译本；鉴定结论必须由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。即非上述部门鉴定的结论一律不能作为证据。

第二节 民事诉讼证据的作用

人民法院审理一切民事、经济案件，从案件的起诉和受理，确定当事人的主体资格，认定证据的合法性，对财产的保全和先予执行，适用妨害民事诉讼的强制措施，直至审判等整个民事诉讼活动中，都离不开证据。这是因为证据对查明和确定案件真实情况以达到分清是非，正确适用法律，及时审理民事、经济案件，保护当事人的合法权益，制裁民事违法行为等起到关键性的作用。

一、民事诉讼证据是认定案件事实的基础

我国《民事诉讼法》规定，人民法院审理民事案件，必须以事实为根据，以法律为准绳，这是人民法院审理民事案件的基本原则之一。查清事实是办案的前提，正确地适用法律是办案的标准和尺度。只有严格遵循这一原则，才能保证办案的质量，正确地处理案件。可见，事实是否清楚是关系到案件质量好坏的关键。而证据是正确地认定案件事实的客观依据，是正确地认定案件事实的基础。民事诉讼中的案件事实，又称待证事实，对人民法院来说，都是过去发生的事实，承办的审判人员往往没有亲自看到或听到过的事实，而且这一案件事实还是有利害关系的双方当事人都从有利于自己方面提供的。因而，要查明案件事实，对案件作出符合客观实际的结论，也就是作出公正的裁判，就只能依靠真实的可靠的证据来证明案件的待证事实。而证据就是那些反映案件事实的痕迹、物品、文件记载（如各种权证、契约等）和知情人的陈述等事实材

料。因为这些事实材料，能把当事人间形成法律关系的情景，或者待证事实本身所留下的痕迹都重新的表现出来，并且它是真实、客观的事实。人民法院的审判人员在办案中，运用这些客观事实即证据来认定案件事实。虽然对有的案件事实，需要运用不需要证明的事实，如众所周知的事实、法律推定的事实和预决的事实，作为认定案件事实的根据。但是，还应该注意根据案件其他证据来进行全面的审查。如法律推定的事实，也就是根据甲事实的存在，可以推断乙事实也存在。这是法律和审判实践，根据生活经验和客观现象的因果规律所作的假定。如果要推翻被推定事实，就必须举证证明。我国《民事诉讼法》第67条规定就是一种推定。即："经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证明足以推翻公证证明的除外。"同时，要查明整个案件事实，不仅需要真实可靠的证据，而且还必须具有充分的证据。因此，人民法院的审判人员办理民事案件的首要工作，就是采取各种法定程序收集证据，通过证据证明的方法，以达到正确地认定案件事实，为依法处理案件奠定基础。由此可见，认定案件事实，需要有充分的证据作为案件事实的根据，才能使案件裁判的结果建立在客观依据之上，具有无可辩驳的说服力，经得起检验。如果认定案件事实没有证据，或者证据不充分，就不存在能正确地认定案件事实，案件的质量也就无保证可言了。

二、民事诉讼证据是民事诉讼活动的核心

民事诉讼活动的过程，就是查清案件事实，正确地适用法律过程。而民事证据是当事人依法提供或由人民法院依法调查收集的，并且必须由人民法院按照法定程序，全面地、客观地审查核实属实，才具有证据的证明作用。因此，收集、审查、核实、认定证据是民事诉讼的中心任务，人民法院和诉讼参与人的诉讼活动主要也是围绕着证据展开的。我国《民事诉讼法》明确规定了询问当事人、调查证人、勘验、鉴定、以及强调当事人举证等收集调查证据的方法和起诉与受理、调解、审判等专门的诉讼程序。与此同时，我国民事诉讼法还就审查判断证据作了专门规定，如我国民诉法第120条规定人民法院审理民事案件，除法律规定的特别情况外，应当公开进行。也就是说，人民法院在开庭审理民事案件的时候，除了合议庭评议案件外的全部诉讼活动都要公开进行。又如民事诉讼法第66条规定"证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。"再如民事诉讼法第113条至第134条对公开开庭审理民事案件的法庭准备、法庭调查、法庭辩论、法庭调解和合议庭评议案件、判决等几个主要阶段中，如何收取证据，认定证据等作出了全面的规定。任何证据只有经过法庭调

查，并查证属实后才能作为判决案件的依据。由此可见没有证据，诉讼活动就失去了方向，诉讼程序就没有内容，民事诉讼活动就无法进行。不仅如此，证据还是人民法院依法实施一定诉讼行为的前提条件。民事诉讼法第 102 条规定“诉讼参与人或者其他人有伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的行为的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。也就说，诉讼参与人或者其他人在民事诉讼中，根据其情节轻重，人民法院对其依法采取上述强制措施。可见，诉讼参与人或其他人妨碍民事诉讼行为的情节轻重就是指有否充分、确实的证据来证明的，如果没有充分确实的证据来证明其妨碍民事诉讼行为的，人民法院就不能采取妨害民事诉讼的强制措施。

三、民事诉讼证据制约着诉讼的进程

证据不仅是人民法院和诉讼参加人诉讼活动的主要内容，而且它还是制约诉讼的发生、发展和终结的主要因素。民事诉讼法对每一诉讼阶段都作出了明确规定。起诉和受理，是民事诉讼的开始，是民事诉讼中第一个诉讼阶段。民事诉讼法第 108 条规定了起诉必须符合的条件。这是起诉的必备条件，人民法院要对起诉条件进行审查，以是否符合条件作出受理或不受理的结果。民诉法规定对不予受理的裁定书，当事人可以提起上诉，如果上诉中胜诉，原审法院予以受理。可见，起诉条件必须要有一定证据证明，否则当事人不具备起诉权，得到不予受理的后果。

人民法院受理案件后，诉讼程序进入审理前的准备阶段，主要向被告送达起诉状、向双方当事人交代诉讼权利和义务、通知开庭时间以及审判人员审核材料、调查收集必要证据等开庭审理前的准备工作。民诉法第 38 条规定：人民法院受理案件后当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定撤回。所谓异议成立与否，都是以一定的事实为根据的。

开庭审理是人民法院解决民事案件的重要诉讼形式，是民事诉讼中最基本，最重要的阶段，是整个审理活动的中心。通过开庭审理，收集证据、审查认定证据，查明案情，分清是非，正确适用法律，确认当事人之间的权利义务关系，进行调解或判决，以制裁民事违法行为，保护当事人的合法权益。在人民法院审判前，原告自愿处分自己的诉讼权利和实体权利，提出撤诉的，经人民法院审查符合法律规定，准许其撤诉。民诉法第 131 条作出规定。准许原告

撤诉导致诉讼程序的终结，也是建立在事实证据基础上的。诉讼中止和终结，在民事诉讼活动进行中，因发生了法定中止诉讼的原因，人民法院裁定暂时停止诉讼程序，如果法定的中止原因消除，可以恢复诉讼。这种终结诉讼裁定的法律后果是该案件当事人丧失再次起诉的权利。我国民诉法第 136 条、第 137 条作出明确规定。所谓法定的原因都是客观事实，否则就不能引起诉讼程序中止或终结的法律后果。

制作判决书或裁定书是民事诉讼一审普通程序进入最后阶段，民事判决书一定要忠实于事实真相，根据已查明的事实，依照法律，对当事人之间有关民事权利义务的争执作出公正的决断。同时为了保证人民法院裁判的正确性，民事诉讼法规定了第一审程序、第二审程序、审判监督程序，为人民法院的裁判做到证据确实，切实保护当事人的合法权益，提供了法律保障。

判决生效后，进入执行程序，这是民事诉讼程序的最后阶段，执行的内容在于实践裁判的内容。但在执行中，对已生效的判决、裁定和调解书发现确有错误的，可提出书面意见，报请院长审查处理。由此可见，证据是诉讼发生、发展和终结的主要事实根据，没有证据，诉讼活动无从开始，开始的诉讼活动也无法进行。

四、证据是当事人实现自己主张和要求的主要依据

诉讼当事人与案件有直接的利害关系，他们都有自己的主张和要求，并且希望人民法院能够采纳，以维护自己的合法权益。然而，提出了主张和要求，如果没有充足的依据，来证明他们的请求是有理有据的，是完全正确的，就既不能否定对方的要求，也不能说服人民法院接受，依法作出公正的裁判。只有当事人提出的请求，都是基于客观真实的事实，并且有可靠证据证明，是合情合理合法的，人民法院作出的裁判，就会保护其合法权益，实现其主张。

五、证据是进行社会主义法制教育的生动材料

我国民事诉讼法是一部社会主义性质的民诉法，它的任务除了保护正确、合法、及时地处理民事案件，制裁民事违法行为外，还肩负着宣传社会主义法制、教育公民增强法制观念，自觉地遵守法律的任务。人民法院完成教育任务进，一是通过案件的证据发挥着重要作用。因为，案件事实都是通过一系列证据事实材料反映出来的，必然成为对广大人民群众进行法制宣传教育的生动材料。二是通过审判活动来实现的。因为人民法院审理民事、经济案件实行公开审理，允许公民旁听，允许新闻记者采访等，使参加审判活动的人具体认识到我国的法律保护什么，支持什么，提倡什么，抵制和反对什么，使他们受到生

动教育，增强法制观念，提高遵守法律的自觉性。

第三节　民事证据制度的沿革

证据制度是统治阶级根据自己的意志制定或认可的有关证据、证明对象、证明程度、证明责任以及对证据的收集、审查、判断、运用的原则和程序的法律规范的总和。它是建立在一定经济基础之上的上层建筑，是国家司法制度的重要组成部分。证据制度包括刑事、民事、行政及非诉讼法律事务等四种证据制度。民事证据制度是证据制度的一种，具有证据制度的共性，又有自身的特点。本章介绍证据制度的一般情况，重点突出民事证据制度的内容。

一、外国主要证据制度

证据制度不仅与不同历史类型国家的阶级性质密切相关，而且还与一定社会历史阶段的人们的认识能力和文化传统密切相连。因此，在证据理论中，依审查判断证据的原则，将证据制度分为神示证据制度、法定证据制度、自由心证制度、原苏联内心确信证据制度等。

（一）神示证据制度

1. 神示证据制度概述

神示证据制度是根据神意的启示来判断是非曲直的一种制度。它产生于原始社会末期，盛行于一些古代奴隶制国家和欧洲中世纪前期封建国家。当时，人们认为神无所不知，神意无所不在，视神灵最公正无私。因此，法官审判民事案件时，对于难以查明的案件事实和不易决断的争端，便通过多种方法诉之于神，由神以各种启示来证实某些争议的真伪或判断双方的是非。

由于神本身是一种虚构的抽象物，事实上根本不存在，所以神意只能通过人所确定的方式表现出来。由于各民族地域上、风俗习惯上、历史传统上的差异，各种证明方法在实际运用中又各显特点。

2. 神示证据制度中通常采用的证明方法

(1) 宣誓，也叫证实宣誓。这是依法律规定对神宣誓，用来证实当事人或证人所提供的事实和提出的主张是否真实的方法。在当时，当事人或证人为了证明他们对案件情况的陈述是真实的，必须依照法律的具体规定，对神宣誓。对神宣誓分 3 种情况：①自愿的宣誓，由一方当事人自愿向对方提出宣誓；②必须宣誓，由法官要求当事人或证人作宣誓；③证明清白的宣誓，即用来免除

自己责任的宣誓。如果谁不敢进行宣誓，或者在宣誓过程中慌乱，或者在宣誓后显出某种受报应的现象，那么就确认他的陈述是虚假的，并将据此判定他败诉。如果没有出现上述情况，对神的宣誓就成为法官确认宣誓者对案情陈述真实的依据。

对神宣誓的方式方法，因宗教信仰不同而各异。如信奉神灵的，则在宣誓前向所信奉的神灵祈祷，而后凭圣物起誓；有的部族视武器为圣物，则向武器进行宣誓；有的部族甚至向家畜进行宣誓。

(2) 水审和火审。这是用水和火对当事人进行检验，以证明其陈述是否真实和判明是否败诉的方法。经考验证明获得胜诉的一方，有权请求对方赔偿诉讼费以及因无故遭到折磨而造成的损害。

(3) 决斗。这是在法官的监督下双方当事人按照法律规定进行生死格斗的方法。这种方法通常是在双方虽然经过宣誓，但是彼此仍然争执，不能判定是非时采用的方法。它由双方当事人、或者由双方的辅助宣誓人进行决斗。如果一方不敢决斗或格斗失败者，便判定他败诉。决斗的结果必须记录在案，以防止有人对获胜的一方进行报复。凡是对胜诉一方进行报复的，就被认为是对神意的抗拒，要处以死刑，等等。

(4) 卜筮、抽签。这是将原告和被告双方争辩的事实向神灵祷告，然后进行卜卦或抽签，法官则根据卦象或签牌的内容进行判断的方法。抽签的方法有时用以代替宣誓，有时用来解决当事人中谁应当进行宣誓的问题。在几个证人的陈述有分歧时，也有用抽签方法来解决。

(5) 十字形证明。这是一种基督教式的神示证明方法。具体的做法是令原、被告双方对面站立，各自将两臂向左右平伸，使全身呈十字形，接受上帝的考验。考验的标准是看谁的身体维持十字形站立得最久。

3. 神示证据制度产生的历史条件及其作用

神示证据制度建立在宗教迷信基础之上，它采用的各种检验和判断方法，都是唯心主义的，当然不可能查明案件的事实真象。这种制度尽管在今天看来十分荒诞，但在古代，由于文化、科学十分落后，人们崇敬神灵，宗教迷信盛行，神被认为能够公平地评判人间的是非曲直。所以当诉讼中出现难以判断曲直和辨别真伪时，自然就要请求神灵来指点。当时的统治者正是利用人们的这种心理，建立神示证据制度，为巩固本阶级的专政服务。

神示证据制度是当时整个司法制度的组成部分，在当时也起到一定作用。一方面可以显示其审判的“公正”，并借神的名义增强其审判的权威，迫使当事人慑服；另一方面，利用当事人或证人对神灵的敬畏心理状态，使他们感到

如果故意作虚伪的陈述，或者确实无理而仍然狡辩抵赖，就要触犯神怒，会受到神的惩罚，因此不敢不如实陈述。

（二）法定证据制度

1. 法定证据制度概述

法定证据制度又称形式证据制度，是法官必须按照法律预先机械规定的各种证据的证明力和判断证据的规则，来认定事实和裁判案件的一种制度。

法定证据制度理论认为，每一种具有一定特征的证据，其证明力在一切案件中都是永恒不变的，因此，可以予先用法律规定各种具有不同特点的证据的证明力。法官在审理案件过程中，不必分析和判断本案各种证据的真实程度和它的证明力大小，唯一的职责就是按照法律预先规定的各种证据可靠性的百分比，机械地计算和评价本案的各种证据，并且据此认定案件事实。

法定证据制度盛行于欧洲各封建君主专制国家，在16至18世纪最为发达。直至19世纪，欧洲有些国家的诉讼法仍存在法定证据制度的影响。

2. 法定证据制度的主要特点

（1）法律预先规定了各种证据的证明力和判断证据的规则。欧洲中世纪后期证据学者根据各国法典的有关规定，把证据分为完全证据和不完全证据，或完善证据和不完善证据两大类。完全证据就是能够确定案件事实的充分证据；不完全证据就是有一定的可信性，但不足以定案的证据。不完全的证据又有不太完全的、多一半完全和少一半完全的之分，两个或几个不完全证据可构成一个完全证据。例如，两个善意证人在宣誓后提供的证言是完全证据，一个证人证言则是不完全证据。

（2）法律对证据证明力和判断证据规则的规定，主要是根据证据的形式，不是根据证据的具体内容。法定证据制度认为，两个典型的证人的证言，应当认作是完全的和完善的证据。所谓典型的证人是指两人之间彼此无关；具有完全的信用和良好的品质；两人对于案情事实所作的陈述相互一致。一个可靠证人的证言，算作半个证据。当几个可靠证人的证言相互矛盾的时候，则按多数证人证言来判断案情。法定证据制度对书证证明力的规定，也以书证的不同形式为主要依据，例如所提出的书面文件是公文书还是私人写作的文书；是原本还是副本；是诉讼对方当事人写作的或其他与案件无关的人写作的，还是自己写作的。凡属上列各项的前者，书证才取得某种效力。

（3）封建等级特权观念比较明显。法定证据制度这个特点是由其阶级本质决定的，在有关证人证言的证明力的规定中尤为明显。当提供不同情况的证人人数彼此相等时，按下列规则评定：男子的证言优于妇女的证言；学者的证言

优于非学者的证言；显要者的证言优于普通人的证言；僧侣、牧师的证言优于世俗人的证言。

(4) 法律对证据证明力和判断证据规则的规定是审查判断证据绝对性的根据。由于法律对证据证明力有绝对性的规定，实际上完全剥夺了法官在审查判断证据过程中的主观能动性，使其不能按自己的思维逻辑和信念来认定案件事实。如果还有主观能动性的话，不过是按照法律的规定，将几个不完善的证据相加成一个完善的证据。这种用定量分析的数学方法解决属于定性分析领域的审查判断证据问题，是形而上学的思维方式的体现。

3. 法定证据制度产生的历史条件及其作用

法定证据制度及其理论是随着封建集权制国家的建立而逐步发展起来的。封建制初期，各地处于封建割据；闭关自守的状态，各地封建主政权都有自己的司法机关和诉讼制度。伴随着封建集权制国家的产生和全国统一的司法机关和诉讼制度的建立，必然要消除各地在诉讼中运用证据的混乱状态。法定证据制度就是适应这种社会历史发展的要求而产生的。它是封建君主维护其中央集权统治的工具，是封建司法制度的组成部分。

法定证据制度是历史的产物，比具有浓厚宗教迷信色彩神明裁判和司法决斗前进了一步，对于限制法官个人专断有一定的作用。它还给人一种假象，似乎法官断案不是基于法官个人的判断，而是根据法定的运用证据的规则，给封建司法机关的审判涂上一层客观公正的油彩，具有欺骗平民的作用。法定证据制度关于书证的原本、副本证明力的规则的规定，在一定程度上反映了书证的某些特征和运用书证的经验，这与神示证据制度将证据完全交由神判断相比，也是一大进步。法定证据制度虽然本身是不科学的，但是同神示证据制度相比，毕竟更多地体现了人的理性的作用，反映了人类社会的进步。

法定证据制度仍然是建立在唯心主义和形而上学的基础上的，是为封建主阶级服务的，是同野蛮的刑讯逼供相联系的。它将审理某些案中运用证据的局部经验，当作一切案件中收集、判断证据的普遍规律；把某些证据的形式上的特征，作为评价所有这类证据证明力的标准；并且用法律形式规定了各项法官必须遵守的死板的规则。这样就束缚了法官的手足，并使他们不能按自己的思维逻辑和信念来认定案件事实。它只能在诉讼中达到法律所要求的“形式真实”，而不可能真正查明案件事实真相。

（三）自由心证证据制度

1. 自由心证证据制度概述

自由心证证据制度是指证据的取舍和证据的证明力，法律不予先加以机械

地规定，而由法官、陪审官根据自己的良心、理性自由判断、形成确信的一种证据制度。它是近代和现代一些国家诉讼法所规定的判断证据原则。

18世纪末至19世纪初，欧洲各国资产阶级革命先后取得胜利，资本主义制度取代了封建制度。作为上层建筑组成部分的法律制度相应地发生了变革。在诉讼形式上，许多国家先后采用了辩论式的诉讼，纠问式的诉讼逐步被废除。在辩论式诉讼中，原告和被告都是诉讼的主体。原告提出控告，被告进行答辩，双方各自负责收集并提出证据。两者对立，法官则处于两者之上审理案件。法官不亲自作调查，只有在当事人力不能及的情况下，才就不清楚的问题进行调查。采取这种诉讼形式的论据是，将控诉职能与审判职能分开，可以防止法院专横，保证公正审判。同时，承认被告人为诉讼主体，取得诉讼当事人的地位，享有反驳控诉的辩护权利，有利于查明案件真实情况。在证据制度方面，废弃了法定证据制度，实行自由心证制度。这些重大改革，使法院披上了公正、平等、自由的外衣，成为维护资产阶级统治的精巧工具。

2. 自由心证制度的主要内容

资产阶级法学家认为，在法定证据制度下，法官不论自己内心是否确认，只能按照法律预先对证据所作的各种规定来判断和运用证据，并据以认定案情。这种对案情的认定，虽然符合法律规定的“形式真实”，但往往不符合案件的“实质真实”。只有建立自由心证制度，才能保证法官有最大可能查清案件的真实情况，公正地审判案件。

最早提出在立法中废除法定证据制度并建立自由心证制度的是法国资产阶级代表杜波尔。他在1790年12月26日向宪法会议提出革新草案。他认为，由法律预先规定何种证据可用来确认事实真相，不管法官的内心是否确信，强迫其根据法律预先作出判决，这对被告人以及对社会都是危险的，是一种荒诞的方法。他建议用自由心证制度取代法定证据制度，由双方当事人周密地搜集认识真实情况的一切材料，在法官面前加以阐明，由法官进行分析判断，作出决定。1791年1月18日法国宪法会议经过辩论之后通过了杜波尔的草案，9月29日发布训令正式宣布：法官必须以自己的自由心证作为裁判的唯一根据。法国自由心证的立法，后来为大陆法系国家的成文法所普遍采纳。日本现行《民事诉讼法》第185条规定：“法院在制作判决时，应当斟酌言词辩论的全部意旨及调查证据的结果，依自由心证判断事实上的主张是否应当认定为真实。

由此看出，自由心证制度的主要内容：一是诉讼证据的证明力及其运用，完全由法官凭自己理性的启示和良心的感悟来自由地判断；二是法官对案情的认定，必须在自己内心深处确实相信是真实的。

3. 自由心证制度产生的历史条件和作用

资本主义生产方式取代了封建主义生产方式以后，维护封建统治的法定证据制度已不适合资本主义制度的需要。新兴的资产阶级在反对封建主义斗争中所倡导的“自由”、“理性”和“良心”等等思想，直接影响到政治和法律制度的各个方面。废除法定证据制度，建立自由心证制度，成为当时资产阶级反对封建司法制度的口号。资产阶级宣扬人道主义，尊重个人人格和保护人身权利，并宣布按照这些原则来改革政治、法律制度。只有废除法定证据制度那种公然采用不人道的刑讯逼供和侮辱人格的措施，才能符合资产阶级宣扬的这些原则。资产阶级在反对封建特权和等级制度的斗争中提出“法律面前人人平等”的口号，并且宣布这是资产阶级国家机关活动的一条重要原则。而法定证据制度公开确认封建特权和等级制度，对不同身份的证人的证言具有不同证明力的一些规定，显然同法律面前人人平等的原则格格不入。资产阶级为了维护其统治，需要一种貌似公平又能有效地追究和惩罚危害其利益的证据制度。由此，资产阶级的自由心证制度取代封建时期的法定证据制度而走上了历史舞台。

自由心证制度否定了法定证据制度的形而上学的形式主义，抛弃了法定证据制度中的封建特权，确定了当事人诉讼权利平等，被告人享有辩护权等等，这是证据制度上的重大革新。但是，自由心证制度毕竟是资产阶级的法律制度，是维护资产阶级统治的工具。资产阶级国家的法官尽管自认为是在为社会全体的利益服务，凭着良心公正地进行审判，但他们所维护的是资产阶级的法制。他们中的有些人对于资产阶级中某些成员，甚至高官显贵的犯罪事件，有时也能够运用自由心证制度来揭露真象。然而，从实质上来看也仍然是为了维护资产阶级的整体利益。

自由心证制度对于各种证据的证明力和取舍，概由法官自己判断和决定，这虽然为法官查明案件的客观真实情况提供了某种可能性，但这种制度是以主观唯心义为其思想基础的，以“内心确信”这种理性状态作为判断证据的依据。这是违背客观规律，因而在本质上是不科学的。而且，由于资产阶级法官们对于事物的认识，受着他们资产阶级立场、观点以及法律意识所支配，他们自由判断证据的能力，不可避免地受着资产阶级的政治、道德观念和法律意识的制约。自由心证制度实际上是确认有审判权者即有真理的原则，它为法官利用司法活动灵活地为政治服务提供了广阔的余地。这是自由心证制度能够产生并长期存在的一个关键性因素。

综上，对于自由心证制度应该历史地、辩证地看待。不仅要指出它历史上

的进步作用，而且还要揭露它在自由、平等、正义等伪装的掩盖下，作为保护资产阶级利益的统治工具的本质。

（四）原苏联内心确信证据制度

1. 内心确信证据的理论

原苏联内心确信理论同自由心证理论的根本区别在于，以社会主义的法律意识和“社会主义良心”取代了资产阶级法律意识和良心。

原苏联法学家普遍认为，内心确信的形式，是主观因素和客观因素相互作用的结果。能够证明案情真相的一切客观事实，是审判员形成内心确信的客观因素；审判员的世界观、法律意识以及业务能力，则是他内心确信形成的主观因素。审判员在办案过程中，通过各种诉讼程序收集证据，如通过询问当事人和证人，听取当事人和证人的陈述；通过收集物证、书证、搜查、勘验、检查；通过鉴定等，借助自己的听觉、视觉等感觉器官，直接感知到这些客观存在的证据所提供的事实，然后在这些初步认识的基础上，运用判断、推理等思维活动，来认识案件发生时的情况。审判员的内心确信不是从主观想像出发所能形成的，而是各种客观存在的证据事实作用于他的感官的结果，是一个从客观到主观的过程。因此，各种证据是形成审判员内心确信的客观因素，而且是形成内心确信的根据和基础。

原苏联的证据理论十分强调形成审判员内心确信的主观方面的因素。认为审判员内心确信的建立，既不是简单地反映客观存在的各种证据，也不是机械地计算各种证据证明力的大小。审判员认定案件事实，需依靠对各种证据的分析和判断。他不仅要了解案件是怎样发生和为什么发生，还要了解案件发生所造成的影响和危害，并依照法律作出评价。审判员进行这一系列的活动，必然要从自己的世界观出发，并且按照自己所信奉的各种政治、法律以及道德原则来评判是非曲直。

原苏联的证据学者们认为，作为形成内心确信的客观因素的各种证据，是不依赖于审判员的意识而客观存在的。但是，这些客观存在的证据，是借助于审判员的主观领会才可能被认识。因此，不能把客观因素和主观因素对立起来。他们还认为，审判员的内心确信不是一下子就可以形成的，必须在经历一定过程之后才能形成。审判员在审理案件过程中，先是对初步收集到的各个证据进行判断。这样就推动审判员不断地进行分析和判断，逐步形成他的内心确信。

但以安·扬·维辛斯基为代表的一些人认为，“社会主义法律意识在一定的条件下成为对事件和法律的正确看法的惟一手段，也成为正确认识在某一具体

条件下应当怎样裁判案件的唯一手段。”“什么是公正和正义的裁判，这种理解本身归根到底是由审判员的法律意识来决定的。”从社会主义法律意识决定论的观点出发，他进一步提出，“要求法院把绝对真实从它的判决里体现出来，这显然是审判活动条件上不可能完成的任务。”所以，他的这种不以客观事实作为认定案情和裁判案件的根据，而把审判员主观上的法律意识作为认识事件的唯一手段和决定裁判是否公正的标准的观点，显然是违背辩证唯物主义认识论的原理的，在司法实践中也起了很大的破坏作用。原苏联30年代肃反扩大化的错误，是以这种观点作为证据理论根据的。

2. 内心确信证据制度产生的历史条件

原苏联十月革命胜利后，于1917年至1918年所颁布的“法院法令”中，确立了“内心确信原则”。进入恢复国民经济的和平建设时期，1923年制定了《苏俄民事诉讼法典》，其中详细地规定了各种证据以及运用这些证据的基本原则。它规定，证据由法院根据自由的内心确信进行判断。在原苏联其他各加盟共和国的民事诉讼立法中，也都作了相似的规定。

原苏联的无产阶级革命政权建立之后，如何对待资产阶级自由心证证据制度的问题上，在一些法学家之间发生了激烈的争论。有的法学家认为，包括“内心确信”原则在内的整个自由心证制度都必须彻底否定。有的法学家则认为，原苏联的证据制度可以利用自由心证制度的形式，并赋予它以新的阶级内容。原苏联立法之规定“内心确信”原则，实质上是批判地利用资产阶级自由心证制度的结果。

3. 原苏联内心确信证据制度的历史作用

列宁领导的十月革命，建立了世界上第一个无产阶级专政的国家。原苏联的内心确信的证据制度作为无产阶级的司法制度的组成部分，在建立和维护社会主义的经济基础以及巩固无产阶级专政的政权等方面，都曾发挥过不可磨灭的重要的历史作用。

原苏联的内心确信证据制度，是在深刻地批判和揭露自由心证制度的阶级实质和非科学性的基础上建立的。同时，许多原苏联法学家以辩证唯物主义为指导，论述了原苏联审判员内心确信形成的主客观因素，阐明了世界观、法律意识以及业务知识在审判员正确形成内心确信过程中的作用等。这些都是证据制度发展史上的革新和进步。作为人类文化遗产，其中所包含的合理因素和宝贵经验可供借鉴。

但是也应该看到，原苏联的内心确信制度和理论也是在不同观点的争议中向前发展的。而且其中包含浓厚的改良主义色彩和二元论的严重倾向。这种制

度始终是在“主观确信真实”和“确立客观真实”这两个原则性的不同标准中犹豫徘徊，从而导致判断证据上的二重标准，实质上在证据制度上它始终没有解决客观标准和主客观统一的根本问题。同时，这一特点也为有些人所利用，这些人在争议和执行过程中提出并坚持一些根本错误的观点（如法律意识是认识和判定案情的唯一根据的观点，法院判决只能以最大盖然性接近于真实的观点等），由此造成了严重后果，这些是应该作为严重教训引以为诫的。

二、中国历代证据制度

中国是世界上具有悠久历史的一个文明古国，有着4千多年未曾中断过的有文字可考的历史。中国法制的历史，源远流长，经过几千年漫长的发展过程，形成了具有中华民族和历史特点的中华法系。但由于奴隶主贵族和封建地主阶级为维护其统治，非常重视用刑断狱之道，而对于法理学很少研究，特别是随着专制主义的强化，法理学几乎无人问津。由此，对中国历代法律重要组成部分的证据制度理论和原则，未能进行科学的概括和命名。至于民事法律关系，在奴隶社会，由于土地和奴隶采取王有亦即国有形式，是不发达的。封建社会则采取“诸法合体”，“民刑不分”，历代封建主法律的主要锋芒都是“治民”，对于民事纠纷，也采用科刑的手段解决，反映了封建司法的严酷。因此，中国历代的民事证据制度也具有刑事证据制度刑讯逼供的基本特点。本节介绍中国各个历史发展阶段的证据制度。

（一）奴隶社会的证据制度

早在公元前21世纪，中国历史上就出现了第一个家天下的夏王朝，表明原始公社已经解体，奴隶制国家开始建立，同时也揭开了奴隶制法制史的篇章。

我国奴隶制社会时期的国家和法律，是奴隶主阶级用以镇压被剥削的奴隶，维护其经济利益和政治特权的工具。那时虽有成文法，但不向全社会公布。根据我国古代文献的记载，可以多少看到一些轮廓。

从《周礼》上可看出：在周代进行民事诉讼时，要使当事人先对神宣誓，其方法是令当事人备置牲物，当着本地群众进行。宣誓完毕，要供给司盟祈神的酒脯。司法机关“听讼”、“决狱”，都要求原告和被告双方到庭陈述，并以他们的陈述作为判决的主要依据。《尚书》中说，当时审判案件，要在原告和被告到齐后，由司法官用察听五辞的方法，注意受审人讲的话是否有理，讲话时的神色是否从容，气息是否平和，精神是否恍惚，眼睛是否有神，并据此推断其陈述是否真实和案件情况如何。这说明那时审理民事案件是很重视听取当

事人陈述和察颜观色获取口供的。除了“以五声听狱讼，求民情”以外，还要求用其他证据进行证明。据《周礼》记载：凡是民众之间发生了争讼，是非难辨，应以他们住地了解情况的邻居来作证；凡是争执土地疆界的，应以官署保存的地图来证明；凡是因财货争讼的，应以契约合同与证券为证据来证明；凡是因受委托向债务人讨取债务发生的争讼，应听取居住在附近的知情人的证言，以此予以证明。司法官吏处理案件已不是单凭神的意志辨曲直，也不单纯依靠原、被告的陈述来定案，还要求取得对某类案件事实有重要证明作用的文书或证言，这是古代司法的一个重要进步。

根据上述，我国古代奴隶制各个王朝的证据制度，主要是根据审判实践经验形成的，比较重视与案情有关的客观材料，要求法官据证推断。它虽有神示证据制度的因素，但从总体上说，不能称之为神示证据制度。同欧亚奴隶制国家相比，是具有自己特点、较为进步的证据制度。

（二）封建社会的证据制度

公元前475年，我国历史由春秋进入战国时代，封建制逐渐取代了奴隶制。从战国时期我国历史上第一部比较系统的成文法——《法经》，直到最后一部封建法律——《大清律》，对证据制度的规定，具有十分清晰的沿革关系和内在联系。

1975年在湖北省云梦县发掘出土的《睡虎地秦墓竹简》，记载了秦朝对司法官吏审理案件的要求和各类案件的程式。从其中一些案例可以看到，当时要进行现场勘察和检验，收集物证，讯问有关人员，勘查、检验的官吏还须按照司法文书形式写出勘查、检验记录。表明当时已重视物证和知情人的证言，不乏其有益的见解。为了防止错判，维护封建统治者的利益，汉代律令明确规定对诬告者应追究刑事责任。

唐代的《永徽律》及对其进行逐条解释的《律疏》，是我国保存下来的最古老的一部完备的封建法律，并为唐朝以后各个封建王朝的法律所仿照。关于证人作证的问题，规定有法定亲属关系，部曲、奴婢对于主人，不得起诉。八十以上、十岁以下和有严重残疾的人不许作证人。同时还明确规定了证人伪证的责任，即凡是证人没有讲真实情况，以致根据证言定案，造成罪有出入的，按所出入之罪减二等处罚。

宋代的宋慈曾长期担任司法官吏，他在整理前人经验和自己办案实践的基础上，撰写了《洗冤集录》一书，虽是法医专著，但其中关于调查取证审查证据方面的观点，颇有见地。他说：“狱事莫重于大辟，大辟莫重于初情，初情莫重检验”“每念狱情之失，多起于发端之著，定验之误，皆源于历试之涉”，

特别强调进行实地检验对于正确处理案件的意义。在实施检验时，“凡行凶器杖，索之稍缓，则奸囚之家，藏匿移易，妆成疑狱”，因此，“初受差委，先当急急收索”。如果遇有大的疑难案件，必须更加广布耳目探访情况加以印证，才有可能避免错误。司法官吏对案件进行审理或复核，“须是多方体访，务令参会归一。切不可凭一二人口说，便以为信，及备三两纸供状，谓可塞责。”由于《洗冤集录》曾被皇帝下旨颁行全国，成为司法吏必备之书，这些观点当然会对司法产生重大影响。

元朝法律对证据制度有一些新的规定。《大元通制》对于检验尸体，规定不仅对有司故意迁延、不亲临等应承担的责任作了规定，而且还对检验的记录格式提出了统一要求，规定应包括以下内容：尸体各部位的情况，致命的原因，检验时在场的犯人、见证人、及邻人、尸亲等的姓名，检尸官吏等对致命根因“保结是实”，检验的年月日，最后由检尸官吏画押。

明代法律规定，在分别审问原告、被告和证人之后，如证人的证词与原告陈述相同，与被告讲的不同，“则唤原被告、一干证人一同对问，观看颜色，察听情词。其词语抗严，颜色不动者，事理必真；若转换支吾，则理必亏。略见真伪，然后用笞决勘；如又不服，则用杖决勘，仔细磨问，求其真情”。对质不失为一种解决矛盾、分辨真伪的方法，但在对质中仅靠察颜观色来辨别真伪，就完全是主观主义的作法，是不可靠的。最后还是要通过拷打逼供，“求其真情”，其结果如何，可想而知。

清承明律。清代颁布了有关检验的《验尸图格》，“人命呈报到官，地方正印官随带刑书、仵作，立即亲往相验。仵作据伤喝报部位之分寸，行凶之器物，伤痕之长短浅深，一一填入尸图。若尸亲控告伤痕互异，许再行复检，不得违例三检。”“检验不以实者有刑。”

综上所述，我国封建法律继承了奴隶主王朝“以五声听狱讼，求民情”的原则，并要求必须依据情理审查供词的内容，然后还应同其他证据相比较，进行检验，可以说是以五声听狱讼的发展，这比之过去是一个进步。但要以“五听”决断案件事实，就仍然是坚持主观唯心论的审判方法。这种“以五声听狱讼”的主观唯心论的审判方法，一直为封建时代的官吏、法学者所推崇。

我国封建王朝时期的法律，对于各种证据的效力和是否可采用为认定事实的根据，由司法官吏主观专断。这虽然使他们不受形式主义规定的拘束，但因无明确的证明标准，无科学的认识论作指导，就为其徇私偏袒和主观臆断大开方便之门。

我国两千多年的封建社会中始终奉行专制主义。专制主义的基本特点就是

个人独裁。皇帝拥有至高无上的权力，国家的一切大事，均由皇帝一人专制。在这种政治制度下，没有民主，没有平等，没有人民群众的人身权利。而要维护这种政治制度就只有靠森严的等级制度，靠残暴的、野蛮的高压手段乃至恐怖手段。因此，刑讯逼供和主观专断，几乎贯穿了我国历代证据制度的全部历史，最充分地体现了历代证据制度的本质。这种制度集中体现了封建司法的特点，是封建时代不可避免的历史产物。但这一证据制度，作为古代中华法系的一个重要组成部分，作为先人文化、经验的结果，其中有许多人类智慧的瑰宝，被长期掩埋在荒草废石之中。挖掘这些瑰宝，为今所用，是完善我国社会主义的证据制度的需要。

（三）中华民国时期的证据制度

19世纪中叶以后，随着社会性质转变为半殖民地半封建社会，西方资产阶级法系的输入，中华法系逐渐解体。清末，北洋政府及国民党政府百余年的法制史，是半殖民地半封建的法制史。其间，孙中山领导的辛亥革命，废除了封建帝制，创立了共和国。南京临时政府于1912年3月2日颁布的《大总统令内务、司法两部通饬所属禁止刑讯文》明确宣告："不论行政司法官署，及何种案件，一概不准刑讯。鞫狱当视证据之充实与否，不当偏重口供"，并命令各官厅将"从前不法刑具，悉令焚毁"。这个文件反映了资产阶级的法律观和人道主义精神，在我国证据制度的发展史上具有进步意义。然而，由于南京临时政府很快夭折，这一进步的法令并未得到贯彻执行。由于辛亥革命未能改变当时中国的半殖民地半封建状态，代之而起的北洋军阀和国民党政权，是代表地主买办资产阶级的专制，中国人民仍然处于被剥削和受压迫的地位。国民党政府1928年制订公布并于1932后颁行的《民事诉讼法》，抄袭了资本主义国家实行的自由心证原则，明确规定："证据之证明力，由法院自由判断之。""法院为判决时，应斟酌辩论意旨及调查证据之结果，依自由心证，判断事实之真伪。"曾任国民党最高法院院长的夏勤，将"自由心证"解释为："各种证据，孰可信孰不可信，其可信者至如何程度，一任法院自由判断之。"这种对证据"一任法院自由判断之"的规定，实际上是授予司法机关以妄断之权。这一时期，虽然辛亥革命时期南京临时政府的立法活动揭开了近代中国立法史上新的一页，但它只不过是昙花一现，随着辛亥革命的失败，一度反映民族资产阶级意志和利益的法律及其证据制度也就消失了。

三、中华人民共和国证据制度

（一）中华人民共和国证据制度概述

中华人民共和国的证据制度是人民司法制度的重要组成部分。中华人民共和国的证据制度，是在新民主主义革命时期，在中国共产党领导的革命根据地内，在摧毁国民党反动政权旧法制的基础上产生的。随着革命形势的发展，经历了由不成熟、不完整到比较成熟、比较完整的发展过程，尤其是新中国的建立与巩固，不断地发展与完善。它是无产阶级和广大人民群众根据自己的意志创立的，是人民政权正确处理民事纠纷，维护革命秩序，保护人民利益的工具。

1. 新民主义革命时期

1927年第一次国内革命战争失败后，中国人民在中国共产党的领导下，坚持武装斗争，在全国十几个省份相继建立了革命根据地和工农民主政权。工农民主政权在废除了压迫人民的旧司法制度的同时，建立了依靠人民和为人民服务的司法制度。1931年在江西瑞金成立了中华苏维埃共和国中央工农民主政府，并颁布了一些有关证据方面的规范性文件，如1931年12月发布的中国苏维埃共和国中央执行委员会训令（第六号），1932年6月颁行的《中华苏维埃共和国司法程序》，1933年5月中华苏维埃共和国司法人民委员部对裁判机关工作的指示等。在这些法规文件中，有关证据的规范虽然不系统、不完整，但是，人民政权证据制度的基本原则已经初步确立，它是社会主义证据制度的前身和渊源。尤其是中华苏维埃共和国中央执行委员会第六号训令，是人民政权关于证据制度的最早的成文规定，对于在司法工作中开展调查研究，坚持实事求是的科学态度，具有重要的指导作用。

2. 抗日战争时期

这一时期证据制度与第二次国内革命战争时期相比，已比较系统与完整。主要表现在：1. 强调调查研究，实事求是。中共中央1943年作出的《关于审查干部的决定》，把“调查研究，分清是非轻重”作为审干方针的重要内容。《决定》还指出：“调查研究，就是调查与研究每一个人的历史，找出其矛盾，发现其问题”。《苏中区处理诉讼案件暂行办法》中没有“证据”专章，只规定“审判人员及陪审人员对于案情及证据，应直接、间接、公开或秘密进行周密之调查研究”。1944年在抗日民主根据地普遍推行的“马锡五审判方式”，其核心即是深入群众，调查研究，从实际出发，实事求是，查明案件真相。2. 重证据不轻信口供。1941年的《陕甘宁边区保障人权财权条例》规定：“审判

采证据主义，不重口供”。这一时期的立法还进一步规定禁止采用其他非法手段取证。3. 规定当事人等有提供证据的责任。《苏中区处理诉讼案件暂行办法》规定：“原被告主张有利于己之事实，就其事实，有举证之责任。”“对于民事系争标的之勘验，原被告及关系人应提出有关之书证。”4. 办案人员要忠于事实。《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司法制度》中规定，审判人员制作笔录，“内容一定要真实，不准虚伪、捏造和夸大或缩小其事”。判决书的“内容要符合事实，不要虚伪夸张”。《暂行办法》也规定，审理案件必须“以真实发现为判决之论据。”5. 规定了各种证据的收集与审查程序。《司法制度》规定，审问原被告的方式为：先由原被告自由讲述，再追询实情，然后由双方或多方辩论。《暂行办法》规定，证人“有到场作证，忠实陈述之义务”，作伪证者，按伪证罪处理。关于勘验，它规定审判人员因调查证据得对诉讼系争标的实施勘验。关于鉴定，它规定“实施鉴定，应作鉴定书，由鉴定人以口头及书面报告。”。

3. 解放战争时期

这一时期证据制度又有新的发展。首先突出强调调查研究，实事求是。如《晋察冀边区行政委员会关于人民法院工作的指示》规定：人民法院的起诉判决，必须实事求是，明辨是非，任何草率鲁莽及感情用事和主观主义都是错误的。《江西省府法院关于司法工作几个问题的指示》，强调各级司法人员“必须联系与依靠群众以调查研究为基础，实事求是地解决问题”。此外，收集证据的程序也较前完善，比如有的解放区立法规定，搜查扣押物证应有见证人在场并需有扣押物品收据等。

4. 中华人民共和国成立后

新中国的证据制度同整个社会主义法制建设一样，不断地发展与完善。1950年7月14日政务院通过的《人民法庭组织通则》规定，为保障革命秩序与土地改革政策法令的实施而成立的县（市）人民法庭及其分庭，在“受理案件后，应认真地进行调查证据，研究案情，严禁刑讯。”1951年12月25日，最高人民法院、司法部和内务部根据《中华人民共和国婚姻法》施行以后发生的几种错误，曾发布联合指示指出：把妇女正当的离婚要求予以驳回，这种官僚主义作风“必须彻底加以纠正”。1951年9月颁布了《中华人民共和国人民法院暂行组织条例》，关于该条例的说明曾指出，人民法院“在进行审判时，不单凭诉状供词与辩论，而且对案情要着重作实地的调查研究，了解案情全部真相和充分证据后，才依法判决，特别是对于复杂重大的案情”。

1956年10月最高人民法院在全面整理了民事案件审理程序的行之有效的

经验的基础上，写出了各级人民法院民事案件审判程序总结，把在法庭上审查证据的经验规范化、制度化。它指出，在法庭调查阶段，必须把案情彻底查清，取得确凿的证据；对于案内已有的证据和当事人在法庭上提出的新证据，都应当在调查中加以审查鉴别；鉴定结论需当庭宣读，并让双方当事人辩解；物证需要当庭审查，并让被告人辨认；证人应到庭陈述，未到庭的证人所作的陈述或提出的书面证言，应当庭宣读；等等。这个《总结》对于健全证据制度，统一审判程序，促进审判人员克服主观主义的思想作风，树立严格依法办事和实事求是的科学态度，曾经起了良好的作用。

到了50年代后期，由于“左”的错误思潮的干扰，尤其在十年动乱中，林彪、“四人帮”反革命集团利用他们窃取的权力，疯狂破坏社会主义法制，司法工作中已经确立的严格依法办事，实事求是，调查研究的原则也受到严重冲击。

粉碎“四人帮”以后，社会主义法制建设进入了繁荣发展的新阶段。根据党的十一届三中全会关于要做到“有法可依”的要求，国家加强了立法工作。在总结人民司法工作正反两方面经验的基础上，修改或制定了《中华人民共和国人民法院组织》、《中华人民共和国民事诉讼法》等一大批法律、法规或规章及大量司法解释。这些法律规范，特别是民事诉讼法典，通过所设“证据”专章及其他规范，对于民事诉讼中什么可以作为证据，对案件事实的证明应达到什么程序，哪些机关和人员有责任收集、提供证据，司法机关等收集和审查判断证据应遵循哪些原则、程序等作了明确规定。这标志着我国的民事证据制度已得到初步健全完善。

（二）中华人民共和国证据制度的特点

中华人民共和国的证据制度是以马克思列宁主义、毛泽东思想和邓小平理论为指针，适应社会主义法制建设的需要，根据我国实际情况创立的，真正体现人民意志和保障人民民主权利和其他各项权利的法律制度。它与一切剥削阶级国家证据制度相比，具有以下特点：

1. 证据必须是能够证明案件真实情况的事实，一切证据只有查证属实才能作为定案的根据。这一规定的核心，是要求从实际出发，以事实为依据，以查证属实的证据作为定案的根据。这与剥削阶级国家证据制度，以“神示”，或以主观预定的规则、刑讯所取得的口供，或以所谓的主观“确信”，即以形形色色的主观意识为根据，在出发点和立足点上有着本质的不同。

2. 必须坚持辩论唯物论的认识论，坚持依靠群众，调查研究，重证据不轻信口供、严禁刑讯逼供。反对剥削阶级国家所坚持的形形色色的唯心论和形

而上学的指导思想，反对它们所实行的崇拜宗教迷信、“笞杖”“拷问”，迷信所谓“理性”“良心”。这是在证据制度的指导思想和方法途径上的根本不同。

3. 必须查明案件的客观真实，忠实于事实真相。我国制度要求必须保障查明案件的客观真实，这种真实必须与客观实际完全符合，而且能够经得起实践的检验。这和剥削阶级国家的证据制度，或者要求“神示真实”，或者要求“形式真实”“法律真实”，或者要求“内心确信真实”，满足于某种程度上的“盖然性”，在根本目的和落脚点上有着本质的不同。

4. 坚持司法机关客观全面收集证据，当事人依法提供证据。我国证据制度一方面赋予司法机关依法客观、全面收集证据的职责，同时赋予当事人及其辩护人、代理人、包括律师等，有依法收集、提供证据的权利，同时还规定当事人在法定情况下的举证责任。这样就正确解决了司法机关全面、客观收集证据与当事人依法收集、提供证据的权利与责任的关系问题，调动和加强了司法机关与当事人两方面的积极性和责任心，防止可能出现的消极性或负担过重所能带来的各种偏颇。这与英美法系国家规定法官是“消极的仲裁者”，将证明责任完全压在当事人身上，有着根本不同。

5. 必须严格遵守社会主义法制。我国证据制度作为我国社会主义法律制度的重要组成部分，即是社会主义法制的要求，又是社会主义法律的保障。要求一切参与诉讼的有关机关和人员，在收集、提供证据、运用证据进行证明的过程中，都必须忠实于法律，严格遵守社会主义法制，不允许以任何借口，非法收集证据，违背法律、破坏法制。而在剥削阶级国家，无论在封建专制和法西斯统治下，其证据制度不可能有法制可言，即使是在那些所谓的“法制国家”，由于其剥削阶级法制的本质所决定，这种“法制”不仅具有不彻底和虚伪的一面，而且坚持这种法制与坚持事实真相常常是不一致的，与维护劳动人民的利益在本质上是矛盾的。

我国的证据制度从本质上来说，是人类历史上最先进最科学的证据制度。但是由于历史原因，这一证据制度还尚待进一步健全完善，以致形成一套独具中国社会主义特色的完整的证据规则，并进行科学的概括与命名。立足本国实际，批判地吸取人类所创立的各种证据制度的合理因素，中国社会主义的证据制度的优越性才能得到充分的体现。

（三）中华人民共和国证据制度的意义和作用

我国的证据制度在整个司法制度中占有极为重要的地位。人民司法机关办理民事、经济案件，大量的工作是收集、调取证据，审查证据，查清案件事实，为正确解决民事、经济纠纷提供客观依据。为此，我国民事诉讼法对于证

据问题，不仅有专章规定，而且在许多诉讼制度和具体程序的规定中，也有不少涉及证据的条文。所有这些有关证据的规定，构成我国的民事证据制度。它是我国证据制度的重要组成部分。

我国的证据制度科学地总结了人民司法机关运用证据的实践经验，符合认识规律，既将行之有效的经验肯定下来，又认真地从错误中吸取了教训，坚持将一切主观主义、形式主义的作法加以清除。它的各项规定为司法人员在办理民事、经济案件时正确地运用证据，提供了比较完备的科学准则。这对于查明案件事实，正确适用法律，解决民事、经济纠纷，切实保护国家利益，保护集体利益，保护公民和法人的合法权益，具有十分重要的保证作用。

我国的证据制度对于民事案件当事人在诉讼过程中是否承担证明责任，有责任提供证据的当事人没有履行举证责任时将产生什么结果，当事人是否有权参与审查法庭用作定案根据的证据和陈述意见，了解案情的人应当如何提供证言，持有证据的单位和个人应当如何对待司法机关调取证据的要求等等，都作出了具体规定。这就可以使诉讼参与人明确责任，正确地行使权利和履行义务，以协助司法机关及时地收集证据，正确地审查证据。

我国的证据制度是社会主义上层建筑的组成部分，对于社会主义经济的巩固和发展，具有极强的促进作用。它有效地保护查明案件事实，妥善地解决各种民事、经济纠纷，使公民、法人的合法权益得到法律的保护，使民事违法行为受到应有的制裁，从而使全国人民可以在安定团结的局面下进行现代化建设，发展社会主义的市场经济。

第二章　民事诉讼证据能力与价值

第一节　证 据 能 力

一、证据能力的概念及意义

（一）证据能力的概念

证据能力是指事实材料成为诉讼中的证据所必须具备的条件，也就是说法律对事实材料成为诉讼中的证据在资格上的限制和要求，是事实材料成为诉讼中的证据的标志，也有的人将证据能力称为证据资格。在西方国家，证据能力被称之为证据的容许性或可采性。

在世界各国的民事诉讼法中并不具体规定哪些证据有证据能力，证据能力的概念，主要出现在民事诉讼法学和证据法学中。如日本著名民事诉讼法学家兼子一、竹下守夫著的《民事诉讼法》中对违法搜集证据的证据能力、证言、文书的证据能力和证据力进行具体阐述。在我国民事诉讼法及民事诉讼法学研究中较少涉及证据能力。但并不是不存在证据能力问题，如采取违法、欺诈手段获取的证据，人民法院生效判决文书所确认的事实在诉讼中的运用等方面，在有关诉讼法条文及司法解释中已有明确规定，只不过没有使用证据能力这一概念罢了。为了理论研究深入、完整、系统化，将证据能力这一概念引入证据理论研究领域，对于完善我国的民事诉讼立法和指导司法实践是十分必要的。

由于诉讼传统、结构方面发展的差异，世界各国关于证据能力的处理方法和侧重点不尽相同。英美法系强调当事人主义，法官对法律负责，当事人对事实负责，举证责任全部由当事人承担。为了防止当事人提出的证据不真实或与案件无关，保证诉讼活动的进行，法官通过控制庭审调查和辩论的进程，阻止或引导当事人举证，通过强调证据与争执点的有关性和证据的可采纳性，对证

据能力进行确定，指导陪审团认定、判断案件事实。大陆法系国家兼采当事人主义和职权主义，除当事人有权提供证据外，法官有权调查、搜集证据，法官对举证负担、证据的合格性与结果有判断权，法官如认为当事人提出的事实与争执点无关，无说服力，不属于法律规定所能采纳的证据，都可以依职权加以拒绝。法官亦有权依职权命令当事人对所主张的事实提出证据，讯问证人，指定鉴定人，就地勘验，命令当事人出庭作补充证据，或出示商业账本。法律并不事前确定各种证据的证据能力，而是通过法官的职权行为去掌握获得，以便法官对所主张的事实的真实性有充分的心证，凡是法官按情理不能再有怀疑，则心证是充分的。法律对证据能力较少加以限制。但是，为了防止法官滥用职权，法律也有一些限制性规定。通过强调程序的合法性，作为保证程序合法的一种手段，法律往往以无证据能力作为违反法定程序的法律后果，从程序禁止和证据禁止的角度来处理证据能力问题。

我国民事诉讼的证据制度具有中国特色，既不同于完全当事人主义的英美法系国家，也不同于职权主义的大陆法系国家，以当事人承担举证质证为主，兼采职权主义，在证据能力方面通过专章明确规定证据种类，各类证据调查认定程序、要求，各种证据的形式要件等方面间接地研究各种证据的能力。

（二）证据能力与法定证据制度

法定证据制度产生于欧洲 16—18 世纪的君主专制时代，法定证据制度把证据分为完全证据和不完全证据两大类。完全证据就是能够确定案件事实的充分证据；不完全证据就是有一定的可信性，但不足以定案的证据。不完全证据又有多半完全、少半完全之分。两个或几个不完全证据可构成一个完全证据。两个善意证人在宣誓后提供的证言是完全证据，一个证人证言则是不完全证据。两个人证人证言不一致时，男子优于女子，显贵人优于普通人，僧侣优于世俗人。法定证据制度认为，一切证据的证明力大小，以及对它们的取舍和运用，都由法律预先明文加以规定，结合在审理案件过程中不得自由评断和取舍。法官在办案中运用证据查证案件情况，只需符合法律形式规定的各项规则，并不要求符合案件客观真实情况，因此，法定证据制度又称形式证据制度。法定证据制度认为，每一种具有一定特征的证据，其证明力在一切案件中都是永恒不变的，法官在审理案件过程中，不必分析和判断本案各种证据的真实程序和它的证明力大小，他们唯一的职责就是按照法律预先规定的各种证据可靠性的百分比，机械地计算和评价本案的各种证据，并且据以认定案件事实。

而我们这里研究的证据能力和法定证据制度虽然也是研究证据的资格，证

据本身的能力，但并不是事先就确定证据的证明力，其哲学基础是建立在马克思主义的辩证唯物主义的基础上，强调实事求是，追求客观真实，而不是像法定证据制度是建立在唯心主义和形而上学的基础上。我们研究证据能力有利于当事人举证，有利于审判人员从实际案情出发，实事求是地审查判断证据，查明案件事实真象，而不会像法定证据制度那样，束缚法官的手足，窒息他们的良心，毁灭他们的意识。因此我们研究证据能力与法定证据制度有本质的区别，不能混为一谈。

（三）证据能力的意义

证据能力问题直接关系到有关事实材料能否作为证据在诉讼中使用，从而直接影响当事人举证、审判人员调查、审查、判断证据的范围和认定案件事实，因而具有十分重要的诉讼意义。

1. 以法律形式明文规定证据能力，有利于诉讼活动的正常进行。诉讼活动的提起与进行，诉讼目的实现都是基于一定的客观事实，都需要依据一定的证据，而各种事实材料是鱼龙混珠、相互掺杂，甚至相互矛盾和冲突，在这种情况下，通过法律形式明文规定各种证据能力，可以促使当事人从维护自身利益出发，尽量提供收集有较强证据能力的证据，来支持己方的观点，反驳对方观点，节省法官审查判断各种证据的时间，加快庭审进程，提高审判效率，减轻当事人诉累，保证诉讼活动正常顺利进行。如果各种证据的能力不强，证据相互纠缠，法官很难判断案件事实，在较长时间内无法作出判决，诉讼活动就难以进行下去。

2. 法律关于证据能力的规定，有利于保障当事人的诉讼权利和实体权利。当事人的实体权利的实现是通过诉讼权利的行使来保障的，而举证是当事人行使诉讼权利的重要措施和手段，民事诉讼证据的广泛性，决定了举证范围的广度和难度，因各种主观客观因素的制约和影响，当事人法律意识的强弱都对当事人承担举证责任提出了考验。而通过法律规定证据能力，将收集证据的程序是否合法作为判断某一事实材料是否具有证据能力的重要标准，这样有利于引导当事人举证，当事人举证有目标、有方法，从而有利于当事人通过行使诉讼权利，最终有利于维护当事人的诉讼权利和实体权利。

3. 法律关于证据能力的规定，有利于人民法院查明案件事实，从而正确处理案件。当事人提供的证据、证人提供的证言可能是相互矛盾和冲突的，通过规定证据能力，可以有效地防止不真实、不合法的事实材料进入诉讼程序，从而使人民法院较快、较准确地审查判断各种证据，较顺利准确客观查明案件事实，分清是非，正确适用法律，最后作出公正的判决。

二、证据能力的种类

对证据能力进行分类的目的，主要是为了从不同侧面和角度深入对证据能力的研究，深化对证据能力的认识，从而更好地指导司法实践。

证据能力可以从不同的角度进行分类，其分类方法主要有两种：

第一，从证据能力有无、证据能力大小可分为有证据能力、相对证据能力与无证据能力三种。

1. 有证据能力。是指事实材料符合法律的明确规定，证据的形式合法，可以直接进入诉讼程序的证据，如符合要求的鉴定结论、原物、出庭作证人的证人证言等。有证据能力是大量和普遍存在的，只要证据的形式符合法律要求即可。还有一种有证据能力的证据是具有绝对证据能力的证据，也就是最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称“若干问题意见”）第 75 条规定的 5 种情况，因为这些证据无需当事人举证，直接进入诉讼程序，并作为定案的依据，因而有绝对证据能力。(1) 一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的民事法律关系中，双方当事人是权利义务相统一的整体，广泛采取当事人意思自治，当事人合法的处分行为法律不干涉，因此，一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，如被另一方当事人明确表示承认时，倘若没有串通、损害第三方的情况，就具有绝对证据能力；(2) 众所周知的事实是指一定区域内大多数人都知道的事实，为双方当事人及法官所共知，无须证明，而自然规律及定理是人类通过千百年的实践和探索得到的，早已被实践反复证明的客观真理，因而有证据能力。(3) 根据法律规定或已知事实，能推定出的另一事实。这是法律对一些特殊的无法查证属实的事实运用法律手段人为地去确定和推定出的事实。如我国著作权法第 11 条第 4 款规定：“如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者非法人单位为作者。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第 2 款中规定：“相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈分不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈分相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。”其他的法律也有这样的规定，这些规定使得法院可以在缺乏证据的情况下直接对案件有关事实进行认定，免去了当事人举证活动和法院对证据的审查判断，从而使证明过程大为简化。(4) 已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实，也有人称为预决的事实。预决的事实之所以不必证明，一方面

因为该事实在别的诉讼中已为人民法院查明，另一方面是为了防止法院在裁判中对同一事实作出互相矛盾的认定。(5) 已为有效公证文书所证明的事实。公证行为亦属国家的司法行为，公证机关对事实的确认，是依照法定程序，经过严密的审查后作出的，一般都具有真实性。依据我国民事诉讼法第 67 条的规定，当事人提出公证文书证明所主张事实后，人民法院就不必再对该文书进行审查，也不必要求该当事人提供其他证据，只要对方当事人未提出足以推翻公证证明的相反证据，人民法院就可以直接将它作为认定事实的根据。

2. 相对证据能力。所谓相对证据能力是指一种事实材料尚不完全具备民事诉讼证据的资格和要求，必须要履行一定的程序或采取其他的补求措施才能作为证据来使用。如未经核对的复印件、未经查证、质证的证人证言等。这些具有相对证据能力的事实材料需经过履行一定程序补救和完善才行，如言词证据未经本人核对并签名或者盖章，要依法予以补正，补正后有证据能力，否则就成为无证据能力的事实材料。如复制的证据材料，根据最高人民法院《若干问题的意见》第 78 条的规定："证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证；对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据。"

3. 无证据能力。所谓无证据能力是指因采取法律所禁止的方法收集证据或某一证据的来源本身缺乏相应的资格和条件，从而法律明文禁止其在诉讼中使用，在实行自由心证的国家里，虽然原则上不管任何证据方法原则上都承认证据能力。但对违法收集的证据，同样否认其证据能力。如日本东京高级法院昭和 57 年（1982 年）7 月 15 日判例中指出："搜集证据采用严重违反社会公德的手段，这本身就是违法，因此不得不否定其证据能力。"在我国同样禁止违法方法取得的证据无证据能力。如最高人民法院《关于未经对方当事人同意私自录制其诉讼取得的资料不能作为证据使用的批复》中明确规定："证据的取得必须合法，只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。"

第二，以法律是否明文规定为标准，将证据能力分为法律上的证明能力和理论上的证据能力。

法律上的证据能力是法律明文规定的，具有法律效力，在进行民事诉讼过程中当事人及人民法院必须严格遵守，如我们前面所列举的几种情况。理论上的证据能力是证据法学界在研究证据时理论上学术上对证据能力的认定。因为法律不能将所有的证据能力列举无遗，因此，必须通过理论研究从立法的精神

中对证据能力进行分析和高度概括，得出原则性的东西去指导司法实践，以弥补立法的局限与不足。例如，未成年人证言的证据能力，立法上没有规定，通过理论上对未成年人心理、智力、发挥阶段的分析，就对未成年的证言的证据能力进行划分和阐述。因此从理论上对证据能力进行研究有极其重要的作用。

三、各种证据的证据能力

判断证据能力的标准与判断证据价值的标准不同。判断证据效力是材料与案件的关联性和材料的真实性，而判断证据能力的标准则是合法性。有的证据材料虽然与待证的案件事实有关联，但为了防止认定事实错误，即使有证明力，由于取得手段不合法，也否定其证据能力，这是法律的“公正性”的要求所决定的。没有合法性的保护，就可能出现粗暴违反诉讼形式和程序情况，最终损害证据的证明力。因此，判断证据能力的标准只能是法律，合法性是证据能力的唯一标准。

（一）言词证据的证据能力

言词证据，也有人称为人证，是以人的语言表现出来的证据。包括证人证言、当事人陈述、鉴定结论 3 种证据形式。言词证据是人们用语言形式表达出来的，因此人的因素对证据能力有很大的影响。在分析言词证据的证据能力时应从以下两个方面进行：

1. 作出言词证据的主体是否符合法律规定。我国《民事诉讼法》第 70 条规定：“不能正确表达意志的人，不能作证。”因此无民事行为能力的未成年人、精神病人就没有作证的资格，他们所作的证言无证据能力。法律对鉴定人还提出更高的要求，鉴定人必须具有解决案件中某些专门性问题和专业知识的能力，一般应是法定鉴定机构（物价鉴定所、法医学会、精神病鉴定委员会）的正式成员，并有资格证书，并不是任何人都可以成为鉴定人。

2. 言词证据的取得人是否合法。根据我国民事诉讼法第 45 条有关回避的规定，如果调查证据的审判人员、书记员、鉴定人是与本案有利害关系的，他应当回避，应当回避而不回避的审判人员、书记员、鉴定人所获取提供的证人证言、鉴定结论因为取得人不合法而丧失证据能力。

3. 取得言词证据的程序是否合法。我国民诉法若干问题的意见第 70 条规定：“人民法院收集调查证据，应由两人以上共同进行。调查材料由调查人、被调查人、记录人签名或盖章。”因此 1 人调查所收集的言词证据没有证据能力。进行调查应 2 人以上共同进行。调查材料上由调查人、被调查人、记录人签名或盖章作用在于记明笔录时陈述记载的正确，并表明调查人、记录人的身

份，是法律规定必须履行的手续，如果笔录遗漏了签名，一方面无从认定该笔录记载的内容为何人所为，另一方面也无从审查被调查人主体身份的合格性。因此，没有签名或盖章的言词证据没有证据能力。当然这种笔录所记载的陈述、证言，只是相对无证据能力，经弥补签名盖章后，仍可以作为证据使用。而对于鉴定又有不同的规定，我国民事诉讼法第72条第1款规定："人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定"；该条第3款规定："鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。"因此鉴定结论首先是要由人民法院提出并由法定鉴定部门鉴定，或由人民法院指定鉴定部门鉴定。如果某一当事人未经人民法院指派、聘请，私人找人对专门性问题进行鉴定，而该鉴定人既非法定鉴定部门的，也非属于人民法院指定的鉴定部门的，那么这样的鉴定结论就没有证据能力，不得采纳为证据。对于无鉴定人签名或者盖章，无鉴定人所在单位加盖印章的鉴定结论同样没有证据能力。

4. 言词证据是否经过法庭上的出示、质证、辩论。根据我国民事诉讼法第66条，《若干问题的意见》第72条的规定，证据应在法庭上出示，并经过庭审辩论、质证。未经过此程序的言词证据即使是人民法院获取的也没有证据能力，不能作为证据使用。这是因为，只有通过庭审活动，通过双方当事人的质证、辩论，这些程序才有可能使证据的真实性、关联性体现出来。没有经过此程序的言词证据没有证据能力。

（二）实物证据的证据能力

实物证据是指以一定的实物形式表现出来的证据，是以实物自身属性、特征、内容或存在状况证明案件事实的客观存在。实物证据与言词证据相比，具有客观性、特定性、间接性，是案件事实在人的意识之外的物质上的一种反映。这种反映决无任何主观因素的干扰。实物证据包括物证、书证、勘验笔录、视听资料等。实物证据主要通过其自身外部特征、内部属性、内容以及存在状况而起证明作用，因此实物证据的证明能力首先与实物本身有关，但人为因素，对实物证据能力也有相当的影响。影响实物证据能力有两个方面：

1. 是否是原物。我国民事诉讼法第68条规定："书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。"原物直接来自案件事实，没有人为加工复制痕迹，因此其证据能力要强。复制品、照片、副本、节录本因为有人为作用，可能造成与原物、原件不一致，或人为破坏、变造的情况，在这种情况下提供原物、原件更有重

要意义，只有在提交原件、原物确有困难的情况下，亦可提供复制品、照片、副本、节录本。我国《民事诉讼法若干问题的意见》第78条还规定："证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不能作为认定事实的根据。"在这种情况下复制件就没有证据能力，不能作证据使用。

2. 收集实物证据的来源和程序是否合法。根据我国民事诉讼法及司法解释所体现的精神，收集证物的程序不合法，证据就没有证据能力。如我们前面提到最高人民法院《关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》，就是这样规定的。因此所有采取违法手段获取的实物证据都没有证据能力。

另外由于以文字、符号、图画等所表达的思想内容来证明案件事实，它有人为因素所用，因此在判断书证时，还必须对书证的出具主体资格进行限制。无民事行为能力的人或限制民事行为的能力超出其智力程序所作出的书证，因为其不能完全表达书面意思，故其所作文书就不应有证据能力。如精神病人所制作的遗嘱。同样的，书证必须是当事人意思真实的意思表示，受欺诈、胁迫或无意识情况下（如练字）所形成的书证不能反映其真实意思，也没有证据能力。关于勘验笔录既有勘验主体问题也有勘验笔录制作程序问题，这都影响勘验笔录的证据能力。

第二节　证据价值

一、证据价值概述

（一）证据价值的概念

证据价值也称证据的证明力。它是指证据对于案件事实的证明意义和作用。证据价值是证据的生命，证据有无作用及其作用的大小决定该证据在诉讼中的地位。

（二）判断证据价值的标准

证据是否具有价值，关键在于证明是否与案件事实相符及相符的程序。即证据 具有真实性和关联性。我国民事诉讼法第63条第2款规定："证据必须查证属实才能作为认定事实的根据。"这就是对证据价值认定的标准，其中就包含有证据的真实性标准和关联性标准。

真实性标准是指证据是真实的证据材料，伪造的证据没有价值。证据材料是否真实有其客观标准，即证据材料是否具有客观性。如果证明材料是客观存在的事实，该证据材料就是真实的，反之，就是虚假的。

关联性标准是指证据材料与案件事实是否有关联。证据材料与案件有关联，那么该证据材料对案情就有证明作用，即有证据价值。这是因为根据辩证唯物主义，世界是普遍联系的统一性。通过联系事物之间相互发生作用。证据的关联性正是这种普遍联系规律支配下的一种联系。它与其他联系的区别，从外在形式上看，在于作为证据的事实与案件中的人、事、物发生联系。但是，事物之间的根本区别并不取决于外在的形式，而取决于事物内在的本质的特殊的规定性。透过这种联系，证据就能够直接或间接、全部或部分地证明案件的真实情况。

真实性标准和相关联标准是判断证据价值的标准。二者同时并存，缺一不可。当然，两者不能等量齐观。相关联标准是中心、实质，真实性标准是基础、前提。

（三）证据价值的特点

证据价值是客观存在的，它不依人们的主观意志而转移。但是证据本身并不能主动地说明其价值。某一证据的价值有无及大小，有赖于法官的判断。在判断过程中必然掺杂有法官个人或群体主观色彩的作用，因而也是客观内容与主观形式的对立统一。

同样，证据价值不是固定不变的，某一证据在不同的案件中，因具体情况不同，其价值的有无和大小也不尽相同。如遗嘱在继承案件中有关键性作用，但在其他民事案件中就没有作用或作为辅助作用来使用。

（四）证据价值与证据能力的关系

证据价值与证据能力是在证据法学中经常出现的概念，是对证据本身的特性进行分析和研究的结果。它们既有联系也有区别。两者的联系在于证据价值和证据能力都是基于法律关于诉讼证据的规定；证据能力是证据价值的前提，没有证据能力，证据不合法，就丧失了作为诉讼证据的资格，从而也就谈不上有无证据价值的问题。证据价值是证据作为定案根据的基础，若无证据价值，具有证据能力的证据也就没有现实的诉讼意义。但是，证据价值和证据能力毕竟是两个不同的概念，其区别主要表现在：(1) 证据能力是法律关于某一事实材料是否具有证据资格的规定，具有证据资料的事实材料，就可以进入诉讼程序供司法机关作进一步的调查和判断；而证据价值则是法律关于具有证据能力

的证据对于案件事实有何证据意义的规定。可见，具有证据能力只是使事实材料成为定案根据的可能性，只有具有证据价值这种可能性才能 转化为现实性。(2) 从立法看，证据能力的有无，主要是根据是否违反法律所规定的诉讼程序加以判断，它所反映的是诉讼程序与诉讼证据之间的关系；而有关证据价值的规定则往往是证明规则起作用，与诉讼程序没有直接的关系。(3) 证据能力主要根据证据是否合法来判断，而证据价值是通过证据材料的真实性标准与关联性标准来判断。在这点上两者也不相同。

二、证据价值的种类

证据价值从不同角度和侧面可以进行不同的划分：

第一，根据证据价值的有无、强弱可分为有绝对证据价值，相对证据价值和无证据价值三种。

1. 绝对证据价值。经法律确定，不需当事人举证或当事人提供后即可证明案件事实。如我国民事诉讼法《若干问题的意见》第 75 条所确定的不需当事人举证的事实就可以认为有绝对证据价值。

2. 相对证据价值。需要通过其他证据互相映应，证据之间互相形成错链才能共同认定案件事实。绝大多数证据只有相对证据价值。如我国民事诉讼法第 71 条就明确规定："人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。"就是对当事人陈述证明价值的规定，说明当事人陈述在这种情况下只有相对证据价值。

3. 无证据价值。证据材料经查证是伪造的，或与案件事实之间缺乏本质的必然的内在联系，就没有证据价值，因为它无法用来证明案件事实，所以说它是无证据价值。

第二，根据证据价值的构成不同，可将证据价值分为形式上证据价值和实质上证据价值。

形式上证据价值是指证据来源是否真实，是否客观存在，是用真实性标准对证据价值的要求。如书证确实是以制作人的思想被制作的，叫书证成立真实，所体现的就是证据形式上的证据价值。实质上的证据价值，是根据证据价值关联性的标准，证据的内容对待证事实能够起证明作用，就说明该证据具有实质上的证据价值。这种划分方法在日本民事诉讼法学研究比较普遍。

三、几种证据的证据价值

(一) 原始证据与传来证据的证据价值

民事证据按照其不同来源可以分为原始证据与传来证据。凡是来自原始出

处，即直接来源于案件事实的证据叫做原始证据，也称为“第一手证据”，如书证的原本，物证的原物，参与立遗嘱的见证人就遗嘱问题提供的证言。凡不是直接来源于案件事实的证据，叫做传来证据，也就是通常所说的经过传抄、转述、复制的第二手以下的证据。

在英美法系国家中，原始证据与传来证据有很大区别，因为英美法系国家采取“传闻证据规则”，证人所陈述的非亲身经历的事实，以及证人未出庭时向法庭提出的文件中的主张，不得采为证明所言事实之真相的证据。认为传闻证据具有误传的极大危险，不可靠。但在立法中传闻证据也有一些例外地可以作为证据。

大陆法系各国在诉讼中采取职权主义，对于传来证据并没有什么限制。他们认为：“法官可以认定被提供的任何证据。证据来自直接发的观察还是第二手材料这个问题，只是在评估证据的价值时所应考虑的问题。”

在我国民事诉讼法学中认为原始证据价值一般优于传来证据的价值。因为由于技术设备、人的领会、转述能力等因素的影响，可能使经过转述、传抄、复制的内容发生差错。实践还证明，同是传来证据，转述、传抄、复制的次数越多，出现差错的可能性越大。因此，在案件审理过程中应尽量采用原始证据来分析、审查、判断案件事实。在原始证据与传来证据之间发生矛盾时，以原始证据为准。如我国民事诉讼法第68条规定：“书证应当提交原件。物证应当提交原物”。这也是从立法上对原始证据与传来证据的证据价值进行的划分。

在肯定原始证据的证据价值时，并不完全否认传来证据的证据价值，在不可能获得原始证据时，经查证属实的传来证据，同样可以作为认定案件事实的根据。但在采用传来证据时，要尽可能采取接近原始证据的传来证据，并要求当事人提供传来证据的出处或线索，增强传来证据的证据价值。

（二）直接证据与间接证据的证据价值

根据证据与案件主要事实的关系，或者根据证据证明案件主要事实是否直接或是否必须同其他证据相结合为标准，将证据划分为直接证据与间接证据，直接证据是直接证明案件主要事实的证据，而间接证据则需要与其他证据相结合才能证明案件主要事实的证据。

直接证据在诉讼中是很重要的，有了直接证据，案件主要事实比较清楚，虽然还需查证属实，但对象明确，有利于迅速查明案件事实。但在证据价值方面两者之间并没有本质的区别，两者没有优劣之分。不能说直接证据的价值就大于间接证据，这是因为直接证据也可能是虚设的。直接证据不能自己证明自己是真实的，直接证据也必须依赖其他证据查证属实，才能作为定案的根据。

另外，不同的直接证据能证明的情况的范围是不相同的，有的多些，有的少些，而且，有的案件收集不到或者很难收集到直接证据。在这种情况下，间接证据还可以作为鉴别与核实直接证据和其他间接证据真伪的有效手段，在特定的情况下，可以完全依靠间接证据判明案件真相，认定案件事实。

实践表明，单凭直接证据或间接证据定案是少见的，绝大多数案件都是直接证据与间接证据并存，互相补充，相互印证，共同证明案件的真实情况。因此要同等地注意收集直接证据和间接证据，并运用定案规则，以提高收集与审查判断证据的价值，确保办案质量。

（三）书证的证据价值

书证是其记载的内容或表述的思想能证明案件事实的文书或物件，其证据价值有以下几个特点：

1. 书证的证据价值大于言证证据。在重要的经济活动中都要求订立书面的合同和契约，其一个重要的方面是当发生纠纷和争议时，书证比人证有更强的证据价值。如我国《借款合同案例》中强调书证，排斥口头约定。我国继承法第 17 条第 5 款规定："遗嘱在危急情况下，可以立口头遗嘱，口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立口头遗嘱无效"。

2. 书证制作时间不同对书证证据价值有影响。同一或相同的书证，一般随着时间的延续，后面的书证的证据价值大于起初的证据价值。如经济合同订立后，双方当事人根据情况发展对合同内容进行补充、修改，补充、修改部分的证据价值就大于原合同。在我国继承法第 20 条第 2 款也有这样的规定："立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。"这样通过法律形式否定前面遗嘱的证据价值。

3. 书证的制作主体不同对书证证据价值的影响。公文性书证证据价值大于私人书证的证据价值。由于是国家机关、企事业单位、人民团体按法定程序行使职权制作的，和纠纷双方当事人没有直接利害关系，其公正性、客观真实性就比私人书证强，因而其证据价值也强些。特别是公证文书，国家公证机关在办理公证时，已经对当事人申请公证的事实和文书是否真实、合法进行过审查，并在确认真实、合法后才予以公证证明的，其证据具有绝对证据价值。我国《民事诉讼法》第 67 条规定："经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外"。因此，在没有除外的情形下，公证文书的证据价值大于其他的书证。如我国继承法第 20 条第 3 款就是这样规定的："自书、代书、录音、口头

遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。”

第三章　证明及运用证据的原则

第一节　证明的概念和意义

一、证明的概念和意义

证明，是指用可靠的材料来表明或断定人或事物的真实性。证明活动，存在于人们的日常生活、社会政治活动以及科学研究等各种活动之中。比如，通过对社会主义社会商品的研究，证明剩余价值的存在；通过对人类社会发展过程的研究，证明共产主义制度，必然在全世界取得胜利；通过科学观测活动，证明地球绕太阳运转，等等。证明，也是诉讼活动的重要组成部分，诉讼中的证明有自己的特点。它是指司法机关或当事人依法运用证据阐明或确定案件事实的诉讼活动。诉讼中的证明，不论证明的主体、证明的对象、证明的任务，以及运用证据的规则等，一般都由反映统治阶级意志的法律加以规定。具体在民事诉讼活动中，原告提出诉讼请求所根据的事实与理由，被告对原告诉讼请求的答辩和反驳，以及提起反诉所根据的事实和理由；第三人提出诉讼请求所依据的事实和理由，以及人民法院认为需要加以证明的其他事实，都需要运用证据加以证明。人民法院和诉讼参与人运用证据证实和查明案件事实的活动，就是民事诉讼中的证明。民事诉讼证明是逻辑证明的原理在民事诉讼活动中的具体运用。凡是逻辑证明应该遵循的规则，在民事诉讼的证明中同样也应遵循，逻辑证明对民事诉讼证明具有重要的意义，但也不能简单的与逻辑证明划等号。形式逻辑所研究的是思维形式的结构及其规律，是一般的抽象理论原理原则。而民事诉讼中的证明研究的是各种民事案件中的事实，是依法收集、固定、保全并经过查证落实的各种民事证据，是一种具体的民事法律行为。因此，民事诉讼证明与逻辑证明之间因论证的对象、论证的方式、证据的类别不

同，而各有其特点，各有其侧重。更重要的是，民事诉讼中的证明主体除了受思维规则的制约外，还必须受法律规则的调整和制约，这是它们的本质区别。

民事诉讼中的证明与刑事诉讼中的证明、行政诉讼中的证明相比较，它具有特定的内容，特定的要求、对象和主体，主要有以下区别：

（一）**证明的主体不同**。刑事诉讼中的证明主体，是司法机关的司法人员和负有证明责任的当事人即：公安机关、国家安机关、人民检察院、人民法院和司法行政部门的劳改机关及其参加办理刑事案件的工作人员以及自诉人。只有他们才能依照法律的规定，在自己的职权范围内进行证明活动，并不是任何人都可以进行诉讼证明活动。在民事诉讼中，有一条重原则，即“谁主张，谁举证”，即各方当事人对各自提出的诉讼主张，均应承担证明责任。同时，人民法院也应按照法定程序，全面地、客观地调查、收集证据，这两方面是统一的，只有这两方面的统一、结合，才有利于全面、彻底地查明案件事实真相，作出正确裁判。在行政诉讼中，证明责任主要由被告行政机关承担，即被告对作出的具体行政行为负有证明责任，应当提供作出具体行政行为的证据和所依据的规范性文件，如果行政机关在行政诉讼中不举证或者举不出证据，就要承担败诉的结果。

（二）**证明的对象不同**。刑事诉讼中的证明对象是解决刑事被告人的刑事责任有意义的事实，是特定的，其范围主要由刑法规范规定。它主要包括两部分内容：一是有关犯罪的事实，其中主要是有关犯罪构成要件的事实，它是刑事诉讼基本的证明对象。另一部分是有关犯罪分子个人的情况和犯罪后的表现，它们对正确适用刑罚具有重要意义。而民事诉讼、行政诉讼的证明对象分别是解决民事有法律意义的事实和对确定具体行政行为是否合法有意义的事实，这些事实的范围，一般由民法和行政法规加以确定。民事诉讼中的证明对象与刑事诉讼中的证明对象比较，由于民事、经济纠纷案件法律关系广泛，案件情况复杂，其证明对象亦具有范围广泛、情况复杂的特点，且各个案件证明对象的范围也各不相同。人民法院在审理案件时，要确定一个具体民事案件的证明对象有哪些，应当根据案件的不同情况，来确定证明的范围和对象。

（三）**证明的行为不同**。刑事诉讼中的证明活动，是受法律严格制约的。法律除了规定它的主体、要求、对象和证明责任外，还规定了它要以一定的法定形式、在一定的程序下进行。民事诉讼法和行政诉讼法对此均无具体的规定。所以，较之民事诉讼证明和行政诉讼证明，刑事诉讼中的证明要受到更多的限制。但这并不是说在民事诉讼中，证明行为不受任何的限制和制约。我国民事诉讼法第 56 条第 2 款规定：“人民法院应当按照法定程序，全面地、客观

地收集和调查证据。”即收集、调查证据是人民法院的诉讼行为，必须依法进行，更不得采取威逼、引诱等不正当的方法取证。

证明在民事诉讼中有着极其重要的意义。人民法院是国家的审判机关，以事实为根据，正确、及时地解决民事、经济纠纷案件，是人民法院的职责和任务，而各个阶段诉讼任务的完成，都有待于证明任务的完成。可以说，证明活动贯穿于整个民事诉讼活动的始终并在诉讼活动的结果中得以现实化。我国民诉法明确规定，证明必须查证属实，才能作为认定事实的根据。因此，证明在民事诉讼中处于极其重要的地位，它是全部诉讼中的核心和基础环节。其意义是非常广泛和深刻的，归纳起来主要表现在以下几个方面：1. 证明是适用法律的基础，要查明案件事实，正确适用法律，只有通过证明活动才能实现。所以，在民事诉讼中适用法律的过程，也就是证明的过程，没有证明活动，就没有诉讼，也就谈不上正确适用法律。2. 证明是查清案件真实情况的唯一方法。案件事实是已经发生的事实，有的甚至年代久远，且有些案件事实被人为的假象所掩盖或歪曲。那么揭示案件事实的唯一方法就是通过法定的诉讼程序，收集与案件有关的各种证据，对所收集的证据进行审查判断，得出正确的结论。离开证明活动，案件事实就无法查明，诉讼活动就不能顺利进行。3. 证据的作用只有在证明活动中才能真正表现出来。人民法院和当事人发现、收集、固定、保全、审查和判断证据，目的是查明案件的真实情况，运用证据证明案件事实。证据是证明的手段，是为证明活动服务的，如果离开了正确、有效的证明活动，任何证据将毫无意义，起不到应有的作用。因此案件事实得不到证明，就不能正确适用法律；案件事实搞错了，就会损害当事人合法权益，甚至造成不可挽回的损失；案件事实不清，证据不足，不能结案，就会拖延诉讼时间。

二、证明的基本原则

诉讼法律事务和法律事实证明，必须遵循相应的基本原则。这些基本原则是人民司法工作正反经验的总结并以立法的形式加以固定。认真贯彻这些基本原则，是准确、及时地查明事实真相，顺利完成证明任务的根本保障。在我国，证明应遵循如下基本原则：

（一）重证据、重调查研究，不轻信当事人陈述。我国民法通则规定：人民法院对当事人的陈述，应结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实，证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。这项原则的基本精神是，司法人员要

查清案情，正确处理案件，必须把主要精力放在深入调查研究，收集确实、充分的证据上，而不能轻信当事人陈述，把着眼点放在套取研究当事人口供上。这是因为当事人由于在诉讼中与案件的处理结果有直接的利害关系，其陈述也存在较大的虚伪的可能性，需要靠确凿的证据加以查证。无论当事人陈述是否属实，它都不能自我证明。对任何法律事实的处理，都必须重证据重调查研究，这是党的一贯政策也是我国司法机关运用证据，处理案件的一条重要经验。只有深入调查，对能获得大量证据，只有对收集的各种证据进行分析研究，去粗取精，去伪存真，并进行由此及彼、由表及里的思索，才能掌握证据与证据之间、证据与案件事实之间的客观联系，从而查明案件真实情况，正确应用法律。

（二）禁止以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。严禁以这些非法的方法收集证据，一是因为方法违法且破坏了法制。二是因为违反国家执法人员或法律专业人员的职业道德，破坏人民群众对国家法律的信赖，损害司法机关的威望。三是以这些非法方法收集证据，很容易导致所收集的有关证据的虚伪。因此，无论言词证据，还是实物证据，只要收集程序违法，就要予以纠正，否则，均不得作为定案根据。同时也要划清政策法制教育与非法取证的界限问题。在我国，社会主义法制要求司法人员，不仅可以而且应当在收集证据时，对有关人员进行政策法制教育，目的是促使提供证据人如实客观地提供有关证据。因此，划清政策法制教育和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据的界限，对于正确执行政策法制教育，严格依法收集证据具有重要意义。

（三）一切证据只有经过查证属实，才能作为定案根据。我国民事诉讼法明确规定，证据必须查证属实，才能作为定案的根据。这就是说，证明案件真实情况，只能以经调查核实完全符合实际的真凭实据，作为对案件认定的根据；任何未经审查，来源不清，真伪不明的证据，均不得据以认定案件事实。如果证据没有查证属实，其后果是，或是使案件真假证据之间的矛盾难以排除，而无法对案件事实作出正确结论，甚至贻误战机，使案件久拖不决而无法结案；或因司法人员轻信了不真实的证据，对案件事实作出错误的结论，造成冤假错案。因此，坚持一切证据必须经过查证属实才能作为定案的根据，这是查明案件真实情况的根本保障。

（四）忠实于事实真相。忠实于事实真相是证明的一条重要原则，也是诉讼法的基本原则，是查明案件真实情况并正确适用法律的重要保障司法人员和其他一切法律工作者，处理案件必须认真查明案件事实真相，并根据案件事实

真相对案件提出自己的处理意见司法人员要善于发现事实真相，要敢于坚持事实真相，不隐瞒、歪曲，捏造事实，而且为了坚持事实真相要有无私无畏、不畏权贵、刚直不屈的精神。司法人员还要敢于修正错误，一旦发现自己案情的认识有错误，不患得患失，勇于自我纠正。要敢于自觉抵制封建特权思想对司法工作的非法干预，与形形色色的不正之风作斗争，对于一切故意歪曲事实真相的执法人员坚持予以严肃处理。只有真正做到这一点，才能保障忠实于事实真相的原则的真正贯彻执行。

第二节　证明要求

一、证明要求的概念

证明要求，又称证明任务或证明标准。是指证明主体认定案情、评定证据所要达到的标准或程序。诉讼中的证明任务，不同的阶级、不同的证据制度有不同的要求。例如，在古代的神示证据制度中，以宣誓、神判、决斗等落后、愚昧的方法作为主要证据，根本不要求确定案件的客观真实。在法定证据制度中，证明任务是确定法律上的真实、形式上的真实。在自由心证制度中，证明只要求达到“主观的确定性”、“高度的盖然性”。

我国人民司法机关在进行诉讼时历来遵循“以事实为根据，以法律为准绳”的原则。民事诉讼法第64条、第65条、第69条等的规定，就是对民事诉讼证明要求达到的标准的具体规定。即要求达到证据的确实、充分和案件的客观真实。也就是说，要确定某种民事行为是否发生，是否存在，是否正确或必须承担法律所规定的某项义务或责任等。

证据确实是指证据真实、可靠。证据充分一般是指民事诉讼特定的证明对象都有相应的证据予以证明，而并非要求各种证据齐全，也并非要求案件所有情节都要有足够的证据来证明。要求证据确定、充分，是要求证据质与量的统一。证据确实、充分，具体地讲，应该是：1. 据以定案的每一个证据均经过查证，确属客观存在的事实；2. 据以定案的证据与案件事实之间确实存在着客观联系；3. 证据之间、证据与案件事实之间曾经出现的矛盾均已得到合理排除；4. 作为定罪量刑根据的案件事实的各个环节，都有相应的证据证明，依据证据作出的证明的结论足以排除其他可能性，以上4点必须同时具备，才可能说证据确实、充分。

查明案件是否客观真实，从本质上讲，是认识活动的发展过程。一方面，证明任务存在于诉讼的各个阶段，人民法院、诉讼当事人或代理人认识案情都必须由感性认识发展到理性认识，经历实践、认识、再实践、再认识的过程，使认识由此及彼、由表及里，由浅入深。一般说，诉讼的证明过程为：收集证据，审查证据，进一步收集能证实或推翻原有证据的新证据，对全案证据进行综合分析，作出判断，从而查明案件的客观真实。另一方面，人民法院、当事人所进行的证明活动，又起着互相推动、互相补充、不断深化的作用，以保证法院判决中所认定的事实能与实际已发生的事实完全相符。一般讲，诉讼中的证明到判决阶段即告完成。但《民事诉讼法》还规定了上诉程序和审判监督程序，用以纠正未生效判决和已生效判决中的错误。这就为查明案件的客观真实进一步提供了诉讼程序上的保证。

二、市场经济条件下民事诉讼证明要求的转变

市场经济倡导效益而要求冲破束缚生产力发展的樊篱，体现在民事、经济纠纷的诉讼中就是即要提高诉讼效益又要贯彻“民事自治”这一诉讼原则，其内在要求便是要确立一个合理具体、便于操作的证明要求。而在我国，证明要求的总标准是客观事实，其中对定案的证据的要求是确实、充分。这个证明要求无疑是符合刑诉法作为公法的价值取向，有利于揭示犯罪和惩罚犯罪，完成刑诉法的任务。但是民事诉讼毕竟不是刑事诉讼，它和刑事诉讼从诉讼原则到证据制度等存在着许多差别，把这样高标准的证明要求适用于民事诉讼，是很不适宜的。这是因为：这既不能很好地保障当事人在民事诉讼中的主导地位，不符合“民事自治”的诉讼原则；也必然导致当事人的法律关系长期处于不明确、不稳定状态而造成的人力、财力大量浪费。民事法庭认定的案件事实并非都是绝对客观真实的，市场经济条件下对民事诉讼的证明要求必须进行转变，应当确立其最低的证明标准为高度的盖然性。

所谓“盖然性”，是指一种可能而非必然的性质，高度盖然性即是从事物发展的高度概率中推定案情、评实证据，它以确认的事实联系其他合理性考虑为前提，是我们在对证据和案件事实的认识达不到逻辑必然性条件下不得不使用的手段。高度盖然性证明要求的具体内容包括两方面：一是从当事人的角度上讲，一方当事人对其所主张的事实提供的证据明显优于另一方当事人时，法院就得在判决中认定这一事实。具体的做法是：将抽象的证明要求转化为证据与证据之间的具体较量，来分析哪一方当事人的举证更接近客观事实，符合事物的概率。二是从法院方面来说，法官运用高度的盖然性对案件进行判决，必

须依其丰富的理论知识、审判经验，加上科学的态度去认定案情、评定证据，要求得出的经验符合事物发展的概率。但高度盖然性原则并不否定对客观真实的追求，因此它与事实为根据原则并不相悖，是以客观事实为根据原则的途径与手段。高度盖然性原则的运用也不是没有任何制约，任何一个法律制度的建立都必须有相应的制约机制。防止法官滥用此原则的制约可以从以下几个方面着手：1. 民事、经济审判运用盖然性案必须由合议庭作出，对审判员独任审判的民事案件一般的应适用高度盖然性，情况特殊的要提交审判委员会讨论决定；2. 应允许不利一方的当事人申辩，接到申辩后，法院应有正当的理由回复；3. 法官应在判决中写明案情以及运用高度盖然性作判决的理由；4. 重大、疑难案件适用高度盖然性的应报审判委员会讨论决定。

第三节　证明对象

一、证明和证明对象

民事诉讼证明是指诉讼参加人及其他诉讼参与人，依照法定程序，提供、收集证据，运用证据证明民事案件事实的诉讼活动。民事诉讼证明是民事诉讼活动中的一项非常重要的活动，依法证明活动是保障和提高民事案件审判质量的关键。

（一）证明主体

民事诉讼证明主体是诉讼参加人以及证人、鉴定人。当事人及其代理人提供证据，证人作证、鉴定人进行鉴定，都是证明活动的组成部分。所以，诉讼参加人、证人和鉴定人都是证明主体。证明主体在诉讼中所处的地位不同，作用也不同。民事诉讼参加人进行民事诉讼证明活动，如提供证据、如实陈述案件事实，目的是为证明自己的诉讼主张成立，更好地维护自己的合法权益，在证明活动中有着重要作用，他们提供的证据必须经过人民法院依法审查核实后，才具有证明力，作为认定案件事实的依据。证人和鉴定人的证明活动，如出庭作证、陈述证言、鉴定人进行鉴定、出庭接受询问、回答询问意见等，都是为了协助人民法院查清案件事实，在证明活动中起辅助作用。证明主体的证明行为都必须依法进行。

（二）证明对象

在民事诉讼过程中，原告提出诉讼请求所根据的事实与理由，被告对原告

诉讼请求的答辩和反驳，以及提起反诉所根据的事实和理由；第三人提出诉讼请求所依据的事实和理由，以及人民法院认为需要加以证明的其他事实，都需要运用证据加以证明。这些需要运用证据加以证明的案件事实就是证明对象。

二、证明对象的范围

在审判实践中，由于民事、经济纠纷案件的复杂性，每个具体案件有自身的案情和特点。所以，各个案件证明对象的范围也各不相同。人民法院在审理案件时，应当根据案件的不同情况，来确定证明对象的范围。一般来讲，民事诉讼证明对象主要包括以下几个方面。

（一）当事人主张的法律事实

当事人主张的法律事实是当事人主张的为民法、经济法、海商法、婚姻法、继承法等实体法所规定的法律事实。这是民事诉讼证明对象的主要部分。当事人进行诉讼，是由于实体法规定的权利受到侵害或与他人发行争议，要求解决争议的缘故。需要证明的当事人主张的法律事实包括三层含义：

1. 对当事人主张的法律事实是否存在加以证明。法律事实是一种客观存在的事实，就一个具体案件来说，当事人主张的法律事实，可能是客观存在的，也可能是不存在的，因此需要加以证明。例如，王某死后，其子甲继承其遗产全部，乙则向法院起诉，要求继承王某的遗产，其理由是，原告乙是被继承人王某的养子，被继承人生前收养了原告乙，且与乙共同生活了 7 年，对他进行了抚养，因此与被告甲享有同等继承权；被告甲否认被继承人生前收养原告乙为养子的事实。审理这个案件时，原告乙与被继承人是否存在养父子关系，至关重要，必须查明收养关系是否成立这一法律事实。

2. 对于当事人主张的法律事实是何时和怎样发生、变更和消灭加以证明。在肯定作为证明对象的当事人主张的法律事实存在的情况下，还必须对当事人主张的这种法律事实何时和怎样发生，在发生之后，有无变更和消灭的情况加以证明。例如，甲公司诉乙公司拖欠货款 10 万元，在约定的 3 个月偿付货款期限届满后，被告乙公司只偿付货款 5 万元，要求被告乙立即给付余款 5 万元。被告乙公司答辩承认拖欠货款 10 万元的事实，但认为期限届满后，已全部付清货款。本案中，原、被告双方对拖欠 10 万元货款的法律关系都不否认，但被告答辩认为已全部付清付款，即法律关系已经消灭，正确处理该案，则必须查明法律关系已经消灭这一法律事实是否存在。

3. 如果当事人之间争议的法律关系是基于民事行为设立的，还要查明该民事行为是否合法。例如，在买卖合同纠纷案件中，当事人之间争议的民事法

律关系就是基于民事行为发生的，那么，引起当事人之间民事法律关系发生、变更、消灭的民事行为是否合法，也就成为本案的证明对象。只有买卖行为的合法性得到证实，才能认定当事人之间的买卖合同是否有效，正确处理当事人之间的纠纷。

（二）当事人主张的程序法律事实

当事人主张的程序法律事实是指对解决诉讼程序问题具有法律意义的事实，它们虽然不直接涉及实体问题，但在具体的诉讼中，如不加以证明，就会影响诉讼活动的顺利进行，从而影响案件的正确、及时、合法解决，因而也属于证明对象。需要证明的程序性质的法律事实通常有以下几种：

1. 有关当事人条件的事实。包括当事人是否符合法定条件，是否需要追加等，该类事实需要在开庭审理前予以确认。

2. 有关主管和管辖的事实。指案件是否属人民法院主管，是否属受诉人民法院管辖。如果当事人提出异议，就必须加以证明。

3. 有关审判组织形成的事实。例如案件是否由合议庭审理，发回重审或再审的案件，是否另行组成了合议庭。

4. 有关回避的事实。根据民事诉讼法的规定，需要回避的情形，法院在决定合议庭有关人员是否回避之前，对此应当加以证明。

5. 有关审判形式的事实。如案件是否应当公开开庭审理或合并审理。

6. 关于应否采取强制措施的事实。例如，适用拘传措施时，必须证明，被告是否属必须到庭，并且是否已经法院两次传票传唤，无正当理由拒不到庭。

7. 有关诉讼期间的事实。例如，根据《民事诉讼法》的规定，因客观原因耽误期间的，可申请人民法院延长诉讼期限。人民法院在作出是否准许延期的裁定之前，应当对申请人的理由进行审查。

8. 其他违反法定程序的事实。

（三）证据事实

证据事实是指可能作为定案依据的事实。证据作为定案根据，本身必须真实可靠。在民事诉讼中，经常会遇到一些证据事实需要借助另外的证据来加以证明的情况。例如，有的案件当事人陈述与承认的事实相互矛盾；有的案件当事人陈述与证人证言、书证相互矛盾；有的案件证据之间所证明的情况相互矛盾，难以据此定案。对此，都需要用其他证据来加以证实，排除矛盾，使案件的事实认定建立在可靠的基础之上。

对证据事实是否作为证明对象，有不同意见。有人认为，证据是证明手段，对证据事实的审查核实，归根到底是为了证明案件事实，不能将证明手段和证明对象混为一谈。我们认为，认定案件事实，首先就涉及到对作为定案依据的证据事实进行审查核实。《民事诉讼法》第63条第2款规定："证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。""查证属实"的过程本身就是证明过程，而"查证属实"针对的对象也就是证据事实。事实上，在审判实践中，把证据事实作为证明对象，是公认的，特别是无法找到直接证据，需要运用间接证据定案时，就更应把证据事实作为证明对象之一。

（四）纠纷事实

纠纷事实是指当事人之间民事权益争议的事实。这种事实是案件事实的重要组成部分，人民法院应当查明。例如，当事人之间纠纷发生的原因、纠纷的发生、发展、变化情况等等，都是很重要的案件事实。只有把这些事实全部查清楚，才能判明案件真相，分清当事人双方责任大小。因此，纠纷事实也是证明对象。

（五）与案件有关的其他事实

所谓其他事实，范围很广，当事人提出的与案件有关的事实，或者审判人员认为对解决案件有意义的事实，都可能成为证明对象。例如，在涉外诉讼中，当事人援引某一外国法律来解决纠纷时，应当将该项外国法律作为证明对象；案件涉及到某一方面经验、定理，审判人员不了解，既可以由提供这一事实的当事人提供证据加以证明，也可由审判人员主动调查收集证据加以证明。又如民事诉讼中涉及到有关民族习惯或者地方性法规，审判人员不一定全部了解，这些也可能成为民事诉讼中的证明对象。

三、无需证明的事实

在审判实践中，有些事实虽然是当事人提出的，但由于这些事实已明确为审判人员所了解或掌握，因而可免除当事人的举证责任，这些事实已不再是证明对象。虽然民事诉讼法无明确规定，但根据《意见》第25条的规定，以下几种情况无需举证证明：

（一）一方当事人对另一方当事人提出的事实或诉讼请求，明确表示承认的

当事人一方认可对方当事人所主张的事实，这种被认可的事实无需证明。如原告提出被告迟缓交货给其造成了损失，要求赔偿，被告承认这是事实，并同意赔偿损失，对此，原告无需提供证据加以证明。

（二）众所周知的事实和自然规律及定理

众所周知的事实，是指在一定范围内，被大多数人认为是客观真实的事。例如，我国 1976 年在唐山发生的地震，这一客观事实，为众所周知的事实，在办案中，案件涉及到这一事实，可以不作为证明对象。又如在遗产继承纠纷案件中，该案涉及到被继承人死亡这一事实，被继承人死亡的事实，可认为是众所周知的事实，不必作为证明对象加以证明。自然规律（如秋天之后便是冬天）及科学定理，无需证明。

（三）根据法律规定或已知事实，能推定出的另一事实

推定事实，即根据既存的某一事实。前一事实称为前提事实，后一事实称为推定事实。一旦前提事实成立，人民法院可以直接根据前提事实认定推定事实，无需对推定事实加以证明。

应当注意，对于推定的事实，只有在未有反证的前提下，才能推其为真实，可以免除证明责任。如果一方当事人提出反证予以否认，该事实则需作为证明对象加以查证。例如，离婚案件中，涉及子女的抚育问题，子女享有被抚育的权利，父母应尽抚育义务，可由子女是其父母婚姻关系存续期间所生而直接推定出子女是其父母亲生子，而无需对子女是否属亲生子进行查证。当然，如果父亲不抚育子女，认为孩子不是他亲生的，对此，则需要作为证明对象进行查证。

（四）已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实

这种事实又称为预决事实。构成预决事实必须具备两个条件：第一，必须是人民法院发生法律效力的裁判已经确认的事实；第二，该事实与本案有关。

预决事实之所以不需要证明，一方面是因为该事实在其他案件的诉讼中已为人民法院查明，客观上无需再次证明；另一方面，是因为生效裁判具有法律拘束力，这种拘束力当然包括对案件事实认定上的不可更改性。例如，某一项财产的数个权利人就该项财产的所有权发生争议，经人民法院审理，判决确认该项财产为所有权利人共有。后来，财产共有人又因买卖同一项共同财产发生争议。在后一诉讼中，关于数个权利人共同享有该项财产的事实，只需提出前一诉讼的判决书副本即可成立，无需对此重新予以证明。

（五）已为有效公证书证明的事实

国家公证机关通过行使国家公证权，对有关法律行为、法律事实或文书依法经过立案、调查、办证的程序，以公证书的形式对它们的真实性、合法性予以确认，即是公证。公证在性质上仍属国家的司法行为。《民事诉讼法》第 67

条规定："经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据推翻合证证明的除外。"据此规定，由公证机关按照法定程序以公证书证明的有关法律行为、法律事实和文书的效力，在没有相反证据足以推翻的情况下，不需要主张一方当事人举证证明，可以直接作为人民法院认定案件事实的根据。

第四节　证明责任

民事诉讼中的证明责任，又称为举证责任，是指由谁承担提出证据证明案件事实的责任。它包括两个方面的内容，一是证明主体问题，二是证明责任的法律后果，也就是证明主体未尽证明责任或完不成证明责任所承担的不利于自己的法律后果。

证据解决证明手段的问题，证明要求解决证明必须要达到的程度的问题，证明对象解决证明什么的问题，证明责任则解决由谁进行证明的问题，也就是证明主体的问题。这些问题都必须在诉讼证明中加以解决。而民事举证责任制度是民事诉讼制度中一项十分重要的内容，在审判实践中，能否对这一制度进行正确地理解和熟练地掌握，在一定程度上影响着民事案件的审判质量和效益。

证明责任由谁承担，在我国刑事诉讼与民事诉讼中是不相同的。在刑事诉讼中，证明责任存在公诉案件和自诉案件的区别。公诉案件的证明责任始终由司法人员承担，司法人员是证明责任的主体。刑事诉讼法第 32 条、第 96 条、第 108 条、第 102 条等规定，都包含了这个内容。司法人员在刑事诉讼中代表国家行使审判权、检察权、侦查权，当然必须承担证明案件事实、无罪、罪轻、罪重的责任，而被告人不负证明责任，也就是说，被告人不承担提供证据证明自己有罪或无罪的责任，法律坚决摒弃被告不能证明自己无罪就是有罪的原则。在刑事自诉案件中，自诉人负有证明责任是基于法律义务，不尽证明责任或完不成证明责任要承担相应的法律后果。因此，在刑事诉讼中证明责任实行的是职权主义原则。

在民事诉讼中，证明责任如何承担，目前各国的做法不尽相同。世界大多数国家，尤其是英美法系国家，实行的是当事人主义原则，即基于所谓不干涉主义辩论原则，强调举证责任是当事人必须履行的义务，法院在举证问题上完全处于消极的地位；大陆法系国家则依职权主义原则，即按职权采取主动收集

调查证据为主的审判方式。在我国法学界，主要有四种观点：一是“结合说”，认为法律在要求人承担举证责任的同时，也要求法律收集和调查证据；二是“职责说”，认为当事人负有举证责任，但调查收集证据也是法院的职责，要防止当事人举证代替法院对证据的收集、调查；三是“补充说”，认为当事人是举证责任的主体，证据原则上由当事人提供，法院对证据只是进行必要的补充性收集、调查工作；四是“审查说”，认为法院不应负举证责任，应将主要精力放在对证据的审查、核实，依法确认当事人提供的证据的法律效力问题上。

我国 1982 年《民事诉讼法》（试行）证据一节主要类似大陆法律立法原则，采用“结合说”和“职责说”的观点，强调调查收集证据是法院的职责。1991 年《民事诉讼法》则结合了英美法系和大陆法系民事诉讼证据立法原则，主要采用“补充说”和“审查说”的学术观点，强调当事人对其主张有提供证据的责任，同时也规定人民法院负有全面客观地收集和调查证据的责任。我国民诉法明确规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。还规定当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自己收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集；人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

民诉法颁布之后，当事人举证和法院依职权查证的关系有了新的变化，但对这种变化在审判实践中应如何理解和运用，开始认识不一。有的仍坚持民诉法试行的规定，习惯于法院包揽一切的做法，不能适应民诉法新的规定和要求。有的对新民诉法第 64 条的规定作片面的理解，在审判实践中处理当事人举证与法院依职权查证的关系时，从一个极端走向了另一个极端。不论何种案件，不论当事人处于什么状况，不论什么样的证据材料，全部让当事人去调查收集，法院则完全不行使调查取证的职权。以上两种偏向都阻碍了民事审判责任正常效用的发挥。

鉴于以上问题，为了进一步明确民事诉讼证据的举证责任的概念、意义、重要性、必要性，深刻领会其立法精神，保证民事举证责任制度的有序进行，我们将在本书进行专门阐述。

第五节　运用证据的原则

一、运用证据原则概述

（一）运用证据原则的概念

运用证据原则，是指司法机关依法定程序收集证据，审查判断证据的过程中起着指导作用的准则。它是对运用证据根本性问题所作的规定，集中体现了证据制度的本质和特征。我国运用证据的原则体现了这个法律的社会主义性质。它为司法机关正确运用证据，指明了方向，并提出了总的要求。

运用证据原则是以辩证唯物主义理论为基础的。辩证唯物主义认识论是人们认识世界、改造世界的理论武器，它正确揭示了人类认识的实质、来源及发展的辩证规律，是科学的世界观和方法论。因此，辩证唯物主义思想自始至终贯穿于运用证据的证明过程之中，揭示了运用证据的客观规律，并起着十分重要的指导作用。其具体表现为：

第一，运用证据要证明的案件事实是客观存在的，是不以人的意志为转移的。因为证据是在争议的法律关系发生、变更、终止过程中形成的。它的形成就已成为一种客观事实，是客观真实的记载，或者是客观真实的反映。这是辩证法关于存在第一性、意识第二性、主观意识对客观存在正确反映原理的具体体现。因此，在证据理论上，那种“主观的真实，无论如何不能是客观的真实”、“主观信其为真实”以及对证据的确认靠“内心确信”等主张，是主观思想对客观事实的否认，它们不能真正达到辩证法上主观意志和客观实际相一致的目的。

第二，证据不仅是客观存在的事实，而且它与案件事实之间存在着客观联系。这种联系首先表现为证据与案件事实之间的某种联系能证明案件事实的存在。因为客观存在的事实很多，但并不是所有的事实都能作为证据。只有那些与案件事实之间有联系的包括有因果联系、直接与间接联系、偶然与必然联系等等，才能证明案件的真实情况，也才能作为证据使用；其次，证据之间必须存在互相印证的关系，即证据与证据之间能相互印证并能形成一种锁链关系。总之，这种客观联系是辩证法关于普遍联系的科学，是客观事物内在联系的统一体，是相互依存、相互制约、不可分割的。因此，在运用证据的过程中，必须全面收集同案件事实有客观联系的材料。否则，这些材料就不能作为定案的

证据。

第三、运用证据证明案件事实必须遵循辩证规律。唯物辩证法作为一种方法论，要求人们能正确分析矛盾，解决矛盾。因为矛盾在现实生活中无处不在、无时不在，具有普遍性。运用证据证明案件事实的过程，也是一种认识矛盾、解决矛盾的过程，它反映在证明的一切方面和证据种类之中。例如司法人员主观认识和客观案件事实之间的矛盾；证人有作证的义务又有思想顾虑之间的矛盾；物证、书证、证人证言、当事人的陈述等证据之间的相互矛盾等等。因此，司法人员在运用证据时，既要看到矛盾的普遍性，也不能忽视矛盾的特殊性；在审查、判断证据的过程中，应遵循辩证法关于人们对事物的认识由低级到高级、由感性认识到理性认识、从现象到本质的辩证规律，对若干感性材料、表面现象进行由此及彼、由表及里的分析、研究，排除矛盾，去伪存真，以得出符合案件本质性的结论。

（二）运用证据原则的分类及其意义

1. 运用证据原则的分类

运用证据原则是证据理论体系的“神经中枢”，是正确运用证据的重要保障，是完善司法、立法活动的重要依据。因此，正确划分运用证据原则具有十分重要的作用。

运用证据应包括哪些原则，在理论界一直没有统一标准。目前，大多数法学理论中，将运用证据原则仅仅确立为实事求是的原则，我们认为是有失偏颇的。从法理学理论来看，任何原则都有基本原则和具体原则之分。其中基本原则体现着法的本质和根本价值，是整个法律活动的指导思想和出发点，决定着法的统一性和稳定性，而具体原则是基本原则的具体化，是构成某一法律领域或某类法律活动的指导思想和直接出发点。因此，运用证据原则也有基本原则和具体原则之分。

根据法学理论和证据制度的法律规定，我们可以将运用证据原则划分为两大类：

第一类是基本原则。即以法律为根据，以证据制度立法精神为指导，确立实事求是的运用证据原则；

第二类是具体原则。即以证据制度的法律规定为标准，确立三项具体原则。即举证责任分担原则；证据公开原则；审核证据原则。

2. 运用证据原则的意义

确立运用证据原则，不论是对证据制度理论的研究，还是对司法活动中具体运用证据，都具有十分重要的意义。

首先，它便于司法人员掌握证据制度的有关规定和精神实质。无论何种原则，都是法律思想本质的反映，是所属法律制度的具体体现。因此，它是司法机关运用证据的理论依据。

其次，它能有效地指导司法人员正确查明案件事实。运用证据原则是证据制度的重要组成部分，它具有广泛的指导作用。因此它能更好地指导司法人员有效的把握证据。

第三，它能及时解决司法实践中出现的新情况、新问题。社会是不断发展的，事物也是不断变化的。因此现行法律不可能把实践中存在的一切问题都予以规定。在这种情况下，司法人员就可以根据原则的基本精神和审判实践相结合，处理具体案件中存在的具体问题。

第四，它能进一步加强对我国民事诉讼证据理论的研究。只有在实践中把握这些原则，才能更好地运用证据，总结和完善具有中国特色的证据理论。

二、运用证据的基本原则

（一）实事求是是运用证据的基本原则

实事求是是辩证唯物主义的思想路线，是马列主义毛泽东思想的精髓，是指导人们认识客观世界、解决各种矛盾唯一正确的观点和方法。同时，它还是证据制度中所固有的、带有全局性、根本性意义的原则，它全面反映了运用证据的性质、特点和基本精神，在运用证据原则中起着指导和核心作用。因此，实事求是是运用证据的基本原则。

实事求是源于《汉书·河间献王传》，唐代训诂学颜师古注释为“务得事实，每求真是也”，其意思是根据实证，求索真相，务得出正确结论。后来毛泽东同志在《改造我们的学习》一文中又进一步阐述了实事求是的涵义。即“实事”是客观存在着的一切事实，“是”是客观事物的内部联系，“求”就是我们去研究。这样，在我国新民主主义革命时期，一些革命根据地将实事求是作为一项原则在法律文件中给予确认。如《晋察冀边区行政委员会关于人民法庭工作的指示》中强调“人民法庭的起诉、审讯和判决，必须实事求是、明辨是非。”再如《东北行政委员会关于建议司法工作的几项具体指示》中也强调解决“民事纠纷应本着实事求是之精神”。新中国成立后，我国无论是在立法还是司法活动中，都进一步强调了这项原则在办案中的指导作用，明确了这项原则所占的重要地位。由此可见，实事求是原则是根据我国多年的司法实践经验所确立的一项基本原则。

（二）确立实事求是运用证据基本原则的必要性

实事求是是马列主义分析和认识问题的出发点，是指导人们认识客观世界的唯一科学理论，是在总结古今中外证据制度基础上确立的具有中国特色的运用证据原则。因为不同历史阶段、不同国家所遵循的运用证据的基本原则是不同的。例如奴隶制度的法律规定凭借的是所谓神的启示来判断诉讼是非曲直，这就是所谓的神示证据。封建专制国家提出了以法律为标准的预先规定各种证据的证明力和判断证据的规则以及根据证据的形式而确立的法定证据原则。在资产阶级取得政权后，为了适应其阶级利益的需要，提出对证据的认定由法官根据自己的良心、理性自由判断的自由心证原则。这些运用证据原则，尽管内容不相同，但充分反映了剥削阶级的世界观，体现了唯心论和形而上学的观点，并且具有强烈的时代特征和阶级个性，它们不能正确反映我国的社会性质和法律的本质特征。它们与我国确立的实事求是的运用证据原则相比，具有本质的区别。从我国的法律规定来看，证据是证明案件真实情况的事实，任何证据必须经过查证属实，才能作为认定事实的根据。法律上关于证据的这些规定，都充分体现了实事求是的原则精神，是这一指导原则在诉讼证据上的具体运用。因此，实事求是是我国证据制度的核心，它集中体现了我国证据制度的科学性和先进性，是指导司法人员正确运用证据的根本原则。

在证据制度中确立实事求是的基本原则，对于保证查明案件的真实情况，正确处理案件，是十分必要的。司法人员要正确的审查判断证据，使认定的案件事实具有客观的真实性，就必须本着实事求是的科学态度，从不同案件的实际出发，认真审查、核实证据，以得出必然性的结论。否则，从主观愿望出发，不依靠证据，不判断证据的真伪，只凭想当然下结论，就不可避免地要在认定事实上发生错误。因此，坚持实事求是原则，就是坚持从各个案件的实际情况出发，解决实际存在的问题，以查明案件的事实真相。

总之，马克思主义辩证唯物主义认识论是证据理论的基础，实事求是原则是证据制度的指导思想，是收集、审查、判断证据，认定案件客观事实的指针。一切唯心主义、形而上学的先入为主、主观臆断、偏听偏信都是同实事求是思想相对立的。我国的证据制度已把实事求是的精神注入法律规范之中，作为司法人员运用证据必须遵守的准则，充分体现了这一科学思想在证据制度上的具体运用。同时，司法实践也进一步证明，只有深刻地理解我国证据制度的精神实质，依照实事求是的原则办事，才能防止和克服唯心论和形而上学观点的影响，才能正确理解和执行证据的有关法律规定，及时解决运用证据中出现的新情况、新问题，才能正确认定案件的事实。

（三）实事求是基本原则在立法上的体现

实事求是作为运用证据的基本原则，不仅从法律原则上界定了在证据制度中不仅要坚持“以事实为根据，以法律为准绳”的精神，而且也在一定程序上体现了运用证据必须从实际出发，尊重客观事实的原则性与现实性相结合的方针，它为证据制度的进一步健全和完善奠定了切实可行的基础。因此，实事求是基本原则在立法上的体现主要表现为以下两个方面：

1. 以事实为根据，以法律为准绳。人民法院审理民事案件，必须以事实为根据，以法律为准绳。这是根据我国民事诉讼的特点，总结多年的审判经验而确立的原则精神，是为了全面完成民事诉讼中人民法院查明事实，分清是非，正确运用法律，及时审理民事案件的任务而设立的一项重要原则，也是实事求是基本原则在立法上的具体体现。

以事实为根据，就是司法机关审理民事案件时，只能以客观事实为根据，而不能仅凭主观臆断作为依据。以事实为根据，是办案的客观要求，也是实事求是原则在司法实践中的具体运用。因为人民法院对案件事实的认定，只能依靠客观存在的事实，而证据是证明案件事实的客观依据。因此，在运用证据的过程中，从强调当事人负举证责任到人民法院当庭审核证据，以确认证据的真伪，查明事实的真像，都必须坚持实事求是的基本原则。

以法律为准绳，就是司法机关审理案件，必须依照法律规定办事。具体来说就是要切实做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。以法律为准绳，是在查明案件事实的基础上，按照法律的规定，分清当事人的是非责任，确认当事人之间的民事权利、义务关系、制裁民事违法行为。如我国的民事诉讼法规定，人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查、核实证据。这就是从实事求是的角度强调了人民法院必须依法办事。即既要按民事实体法办事，又要按程序法的规定办事，以便于人民法院正确查明案件事实，自觉维护法律的权威性。

总之，以事实为根据，以法律为准绳，是我国证据制度中必须遵循的一项重要司法原则，是运用证据中各项具体原则的具体体现，是实事求是原则的精髓所在。

2. 原则性与现实性相结合。我国的证据制度是在不断总结中外证据理论及审判实践经验的基础上发展起来的。就我国的民事证据理论来看，随着我国民事诉讼法部分内容的修改，我国的民事证据制度逐步完善。如有关证据的提供、判断及证据的保全等方面都作了比较明确的规定，这无疑对人民法院严格依法办事起到了积极作用。但是从另一个方面来看，法律也不是一层不变的，

它也要适应形势的发展而不断进行立、改、废。因此，依法办事并不是一条不可改变的审判原则。从我国的现状来看，我国正处于向市场经济体制过渡时期，这个时期的特点是社会变化的速率加大，而有关的立法往往不能同步或滞后，导致无法可依的局面。因此，这就要求必须坚持实事求是，从实际出发。人民法院既要坚持在有法必依的原则下依法判决，又要在无法可依的情况下尊重客观现实，在政策指导司法的原则下参照有关规定、解释进行裁判。只有坚持原则性与现实性相结合的方针，才能进一步健全我国的证据制度，完善我国的民事法律体系。这也是实事求是的原则在立法、司法活动中最基本的要求。

三、运用证据的具体原则

运用证据的具体原则是实事求是基本原则的具体化，是收集审查判断证据各个阶段必须遵循的基本准则。它直接反映了运用证据法律规定的本质内容，也充分体现了实事求是的立法精神。

（一）举证责任分担原则

1. 基本概念

举证责任的分担是指提出诉讼的主张的一方，有责任提供证据加以证明其主张的真实性、合法性。它具有两个基本含义，一是谁主张就由谁提供证据加以证明，即具有行为意义上的举证责任；二是如举证不能，则应承担相应的法律后果，即结果意义上的举证责任的负担。举证责任负担原则早在罗马法中已经确立，其基本精神是谁主张，谁举证。但随着社会发展，不同历史时期和不同诉讼体制中，所采取举证负担方式也有所不同。如在古代弹劾式的诉讼中，原告人有举证责任，被告人更负有举证责任。再如在英美法系的国家中，当事人在民事诉讼中负有举证责任，法院则依据当事人的举证和听取其辩论后进行裁判；而在大陆法系的国家里，强调当事人应负举证责任，法院认为证据不足时，可要求当事人补充证据。由此可见，举证责任分担原则所要解决的是提供用以证明案件事实的证据责任应由谁承担的问题。

2. 举证责任分担的性质

关于举证责任分担的性质，法学理论界存有争议，主要有下列几种观点；一是权利说，认为举证责任是当事人的权利；二是义务说，认为举证责任是当事人的法律义务；三是责任说，认为举证是当事人的一种责任；四是法律说，认为举证是法律预先设定的一种法律后果。

我们认为，根据我国法律的规定，举证责任分担的性质既是一种权利，也是一种责任。如我国民事诉讼法第五十条规定，当事人具有收集提供证据的权

利。即当事人有权收集证据并向人民法院提供，以证明自己主张事实的真实性，以维护自身的合法权益。同时法律还规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。即当事人是民事诉讼中举证责任的主体。体现了“谁主张，谁举证”的精神，要求当事人对自己提出的任何主张，都要提供证据加以证明，否则承担举证不能的法律后果。因此，上述法律规定从实质上确立了我国举证责任分担的性质。

3. 举证责任分担原则在立法上的体现

我国证据制度中关于举证责任分担的规定，具有自己的特点。同时，我国刑事诉讼、行政诉讼、民事诉讼等三大诉讼在举证责任的分担方面亦有不同的规定。其中民事诉讼在举证责任的分担方面与过去的法律规定相比，有了较大的变更，其立法精神具体表现为以下几个方面：

(1) 强调当事人的举证责任。从过去的法律规定来看，在提供收集证据方面，虽然规定了当事人的举证责任，但同时也规定了人民法院也具有全面、客观地收集、调查证据的责任，这种强调人民法院全面调取证据的职责，而忽视了当事人的举证责任，导致了人民法院在审理案件时久拖不决、办案效率不高的状况。其原因是一方面因当时的法律规定不明确，不具体，在运用过程中存在着对法律理解和执行的偏差，造成了应当由当事人负举证责任的却不履行举证的责任，而法院的审判人员却包揽调查取证的义务，四处奔忙，调取证据以证明当事人的主张，形成了一种“当事人动动嘴，法官跑断腿”的局面；另一个方面由于当事人不能及时举证，法院也不能调取有效的证据，致使案件事实无法准确认定，法院也不能随意裁判，案件往往会久拖不决，从而造成不良的社会影响。为此，现行法律在总结我国司法实践的基础上，从我国的实际状况出发，从立法上明确了当事人是举证责任分担的主体，充分体现了“谁主张，谁举证”的精神，有效地调整了我国审判工作的重心。

(2) 体现了当事人举证与人民法院调取证据相结合的收集证据方式。这种方式是诉讼中不同主体提供、收集证据方式的有机结合。这主要表现为以下几个方面：一是人民法院调取证据是在当事人及诉讼代理人因客观原因不能自行收集证据或人民法院在认为需要的情况下调取证据，它是人民法院行使审判权的需要。而当事人举证则是为了使自己的合法权益受到法律保护的需要；二是人民法院是国家的审判机关，不具有分担举证责任的权利和义务。而当事人则是民事权利义务关系的主体，对自己的主张负有举证的责任；三是人民法院对各种证据要依法进行全面、客观地审查、核实。而当事人只须对自己的举证负责。因此在运用证据的过程中，强调当事人举证与人民法院调取证据相结合，

是人民法院审理案件时采取收集证据的重要方式，具有充分调动当事人举证和人民法院办理案件的积极性。一方面，它有利于当事人充分行使诉讼权利和诉讼义务以维护自身的合法权益；另一方面有利于人民法院集中力量有效地行使审判权。

（二）证据公开原则

1. 基本概念

证据公开是运用证据进行审查的一个重要途径，是公开审理原则的具体化，是司法活动民主性的具体反映。

证据公开是指除涉及国家机密、商业秘密和个人隐私等应当保密的证据外，人民法院对所运用的证据在公开审理案件时，应当庭出示，经双方当事人质证、辩论后，由人民法院予以确认。也就是说证据对外公开是原则，不对外公开是种例外。

根据我国民事诉讼法的有关规定，证据公开主要表现在三个方面：

一是对当事人公开。我国民事诉讼法规定，当事人可以查阅本案有关材料，并可以复制本案有关材料和法律文书。同时还规定，证据要通过当庭出示后予以确认，其中包括保密的证据，仍需要当庭出示的，应在不公开开庭审理时进行。由此可见，在诉讼阶段，证据对当事人是全面的公开。即包括当事人查阅案卷材料，对当庭出示的证据进行全面的质证、辩论等。

二是对旁听群众公开。一般情况下，人民法院审理案件实行公开审判原则。即公开开庭时间、地点，并允许群众旁听，这样旁听群众对公开审理的案件所当庭出示的证据就有了全面的了解。

三是对社会公开。人民法院除公开审理案件外，还允许新闻记者采访、报导开庭审理情况，对社会上报道新闻并宣布判决结果。这样对据以认定案件事实的证据在社会上是一次全面地、公开地检验。

证据公开是人民法院审判工作在运用证据过程中必须遵循的重要原则之一。贯彻这一原则，可以把人民法院的审判活动，直接置于人民群众的监督之下，有助于增强审判人员的责任感，改进审判工作作风，严格依法办事，从而保证办案的质量。

2. 证据公开原则在立法上的体现

(1) 证据公开出示。证据当庭出示，是以公开的方式接受人民群众监督，实事求是判明案件事实的有效手段，是运用证据的重要方法。从过去的司法实践来看，人民法院审查证据主要是依靠自己调取的证据材料，采用询问式的方式进行庭审调查，这样的庭审方式具有比较明显的缺陷。具体表现为以下几个

方面：一是证据来源单一。从过去的法律规定和审判实践来看，据以定案的证据基本上是由人民法院四处奔走，全面调取的。因此，当庭出示的证据往往就是法院调取的证据，所公开出示的证据来源比较单一；二是所出示的证据内容比较确定。因为是人民法院调取的证据。因此，在一定程度上，其证据具有较强的证明力，其内容也易被法官自己确认；三是在事实认定上具有内心确信的主观性。基于上述原因，在认定事实上表现为对证据认定的内心确信。这是与我国实事求是的原则相违背的，也是与我国立法意图不相符的。为此，我国现行法律从实际出发，确立了证据当庭出示的庭审方式，所出示的证据主要是由当事人自己提供的，在必要情况下，人民法院才出示自己调取的证据。由此可见，当庭出示证据不仅有利于当事人和广大群众监督司法机关能否正确履行其工作职责，而且还能进一步促使当事人正确、及时、合法地行使诉讼权利，以保障自己的合法权益。

(2) 证据必须依法公开质证。证据必须当庭公开质证，是证据公开原则的立法表现形式之一，也是我国现行法律增加的一个新的内容，它充分体现了法律的公开性和民主性。

民事诉讼的公开质证，是人民法院在庭审中，对所出示的证据材料进行确认的诉讼活动。我国民事诉讼法第六十六条规定："证据应在法庭上出示，并由当事人互相质证"。这项规定进一步强调了公开出示证据与公开质证的程序关系。即不论是当事人提供的证据，还是人民法院收集调查的证据，要想成为定案的根据，都必须依法定程序在法庭上出示，并由当事人互相公开质证。如果证据只在法庭上出示，未经当事人公开质证或者证据未经当庭出示和质证，人民法院都不能将该证据作为定案的根据。由此可见，公开质证是双方当事人依法定程序对有关证据互相质询，以此确定证据同案件事实的联系，确定证据证明力的必经过程，也是确认现有证据能否作为定案根据的过程。公开出示证据不同于公开质证。当庭出示证据是解决证据来源的问题，而质证解决的是证据的真伪及其证明力的问题。公开质证也不同于公开辩论。公开辩论则是基于对当庭所出示的证据和质证所确认的证据，依法明辨是非、分清责任的活动。因此公开质证是庭审活动中不可缺少的法定程序，是审查、判断、运用证据的一项重要方法，是对证据真伪性的一次公开检验。它不仅能进一步提高当事人的法制观念，而且能不断提高审判人员的自身素质，增加人民法官的使命感和责任心。

（三）审核证据原则

1. 基本概念

审核证据是司法人员在诉讼中通过法庭审理的方式，对案件的全部证据进行查证和核实的活动。这种活动是审判人员依法定程序，运用辩证唯物主义的科学方法和法律规定，对案件中的证据的证明力加以确认的过程。它是证明案件事实过程中关键性的步骤。因此，审核证据原则，对司法机关正确运用证据，及时地审理案件具有重要的意义。

我国民事诉讼法第64条规定，人民法院应当依照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。这说明审查核实证据是一项复杂的工程，是运用证据的关键所在，是认定证据真实性和证明力、确定案件事实的决定性阶段。因此司法人员在审核证据时，必须注意以下几个方面：

一是依法定程序审核证据。根据有关法律规定，对据以定案的证据，不仅应当依法在法庭上当庭出示，而且还要由双方当事人相互质证、辩论。否则未经庭审出示、质证的，不能作为证据使用；

二是应当全面地审核证据。司法人员对需要审核的各种证据材料，都必须纳入整个证据体系之中，进行全面地分析、判断。一方面确定各种证据材料同案件事实之间的联系以及在案件中所起的作用和要证明的问题；另一方面要确定各种证据之间是否有矛盾，有矛盾的就要查清后予以排除。因此，全面审核证据是正确认定案件事实的重要方法。

三是应当客观地审核证据。证据是客观存在的事实，只有客观地对证据的来源、各种证据的具体内容和特点及其形式，进行具体分析，查明证据记载或反映的事实是否客观、真实的，才能客观地判断证据。

总之，审核证据必须以实事求是原则作指导，坚持以事实为根据，以法律为准绳的宗旨，从案件的实际情况出发，全面地、客观地审查核实证据。只有这样，才能不受任何主观推测、先入为主思想的影响，从实质上把握案件的性质，并得出符合客观实际的正确结论。

2. 审核证据原则在立法上的体现

(1) 一切证据必须查证属实。从我国现有的法律来看，无论是刑事诉讼、行政诉讼、还是民事诉讼都明确规定了一切证据必须查证属实，才能作为定案的根据。由此可见，只有查证属实的证据，才能据此定案。否则不能作为证据使用。

证据必须查证属实，是因为一切证据都存在真实和不真实两种可能性。证据材料不真实的原因又是多种多样的。因此，在运用证据的过程中，对法律规定的各类证据都必须审查核实。

首先审查证据的来源。对收集的各类证据必须要弄清来源于何处，是原件

还是复制品、是原始证据还是传来证据等等。我国民事诉讼法第67条至第74条对各类证据都提出了比较明确的规定，为我们依法审核证据提供了标准。

其次，审查证据的内容，证据是诉讼的基础，是定案的根据。因此证据的内容是否符合案件事实是审查的关键。司法机关在证据的运用过程对下列许多不符合客观事实的虚假证据，必须予以排除。如当事人基于某种动机和目的而提供伪证；证人可能因生理、认识的原因对事物产生错觉或者受当事人的指使、贿赂而作虚假的陈述；视听资料作为现代科技发展而出现的一种独立、新型的证据形式，虽然具有较强的真实性和准确性，但它又极易被伪造、剪接而改变其真实的内容。如此等等。因此，对证据内容的审查必须持慎重态度，对收集到的每一个证据材料都必须进行核实。只有将所有证据材料查证属实，才能对证据的真伪作出正确的判断。

第三，审查证据的合法性。证据是否符合法律规定，在实践中具有较为普遍和现实的意义。审查证据是否合法既要从取得该证据的主体资格、手段和程序等方面进行审查，也要从运用证据是否符合法律规定进行审查。如对一些涉及到较强专业性、技术性的问题，不是当事人可以证明的，也不是人民法院可以做出的，必须是由法定专业鉴定部门或者由人民法院指定的鉴定部门按一定技术规范作出鉴定结论。再如证据必须依法定程序当庭出示并经过双方当事人相互质证后，才能作为证据使用。因此，审查证据的合法性是十分必要的。

总之，一切证据必须查证属实，才能作为定案的根据，这是对司法机关依法行使职权的客观要求。只有坚持实事求是的原则来审核证据，才会审查出这类证据的实质内容，才会把隐藏在证据中的假象予以排除，从而揭示证据事实与案件事实的内在必然的联系，对案件作出正确的裁判。

(2) 忠实于案件事实真相。审核证据的目的就是使证据符合于案件的事实真相，这也是“以事实为根据，以法律为准绳”精神的集中反映。忠实于案件的事实真相从客观上要求司法机关必须实事求是，尊重证据的客观性，如实反映案件的真实情况。即证据事实本身即不能夸大，也不能缩小；既不能隐瞒，也不能捏造，更不能采取实用主义态度，根据“需要”任意取舍证据材料，歪曲事实真相。

司法人员要做到忠实于事实真相，必须对共产主义事业有坚强的信念，有不惜以身殉职的革命精神，有大公无私、不徇私情的高尚品质。具体来说，应当做到以下几个方面：

①忠实于事实真相，不能为达到个人的政治需要或者某种经济目的而歪曲事实，枉法裁判；

②忠实于事实真相，不能屈服外界压力，更不能畏惧权势和打击报复。如果明知事实有出入，而不敢坚持查清事实，依法裁判，这不仅直接损害了群众的利益，而且也是与人民赋予的职权是不相容的；

③忠实于事实真相，要肃清宗派主义流毒影响，要坚持在法律面前人人平等的原则，使广大人民群众的合法权益，能依法得到保护；

④忠实于事实真相，是依法办事精神的具体体现。司法人员只有实事求是运用证据，才能使案件的处理具有客观依据，才能为正确适用法律奠定坚实的基础。

总之，忠实于案件的事实真相，是立法的客观要求，是司法人员的基本职责，也是司法人员秉公执法、正确处理案件的前提。因此，坚持用马列主义思想武装头脑，从根本上铲除社会腐败现象，树立司法人员的职业道德观和为人民服务的责任心，才能进一步建立社会主义民主，完善社会主义法制。

第六节　证明标准

一、两大法系证明标准比较与评析

两大法系各国在立法和学理上都采用二元制为标准。所谓二元制的证明标准，是指有关证据法对民事案件和刑事案件的证明标准适用差别对待的做法。由于大陆法与英美法在证据法上的差异，有必要分别加以探讨。

（一）大陆法系

在评价两大法系民事、刑事二大诉讼中的证明标准时，英国大百科全书（第15版）认为："在普通法国家，民事案件仅要求占优势的盖然性，刑事案件要求盖然性超过合理怀疑。在大陆法国家中，则要求排除合理怀疑的盖然性。"另有学者认为："大陆法系的欧洲各国法律，就证据的标准来说，在民事和刑事案件中没有区别。两者都需要高度的盖然性，就是说，在日常生活经验中，这种盖然性要达到排除一切怀疑，接近必然发生的程度。"但是，这种观点并不构成对民事与刑事证明标准上的其他一些实质性差别。据法国《拉鲁斯大百科全书（第16卷）所述："刑事原告的责任远较民事原告为重。当证据显然不足时，应该立即释放被告，因为证据'有疑点是有利于被告的'"。另外，大陆法系的德国在诸如交通事故、产品责任、医疗纠纷、环境污染等诉讼中，对这些民事案件在证明标准的要求程度上显然要低于刑事诉讼。为此，德国最

高法院采用“表见证明”的作法，用以减轻民事原告在举证上的难度。据台湾学者陈荣宗先生所见：“所谓表见证明乃法院利用一般生活经验法则，就一再重复出现之典型现象，由一定客观存在事实，以推断某一待证事实之证据提出过程。”为进一步说明这种表见证明在法律上的意义，荣宗先生列举了如下事例加以论证，如一卡车司机将卡车开上人行道而使行人伤残，对此卡车上人行道这一客观事实，就一般生活经验而论，除其他特殊原因外，通常可推断卡车司机有故意过失之事实。

就民事程序上的有关事实，大陆法系的德、日两国采取差别对待的作法，即在证明标准上有证明与稀明（或称疏明）之分；并且根据证明对象的性质，将有关待证事实分别适用证明和稀明。一般来讲，能够适用稀明的待证事实，应限于那些与实体权利义务关系无关的程序上急需解决的事实。一些日本著名学者认为：“要作出裁判，法官必须对认定为判决基础的事项取得确信，这是一个原则。而达到这种确信状态时，就叫做该事项已被证明。这种诉讼上的证明所必要的确信的程度不同于丝毫无疑义的自然科学的证明，而是只要通常人们在日常生活上不怀疑并且达到作为其行为基础的程度就行。当事人为了得到证明而提出证据的努力叫做举证或立证。不过，在终局性确定实体权利关系的判决之前，暂且作出的保安处分或在诉讼程序中所提出的其它申请是否许可的决定，法律上往往只要稀明就可以。因为对这些都要求达到证明的程度不仅从时机上毫无意义，而且还会由于派生出来的问题而延误案件的审理。稀明是指当事人对自己所主张的事实虽然没有达到证明的程度，但提出足以使法官推测大体上确实程度的证据就可以。”

（二）英美法系

英美法系国家对民事案件与刑事案件的证明标准采取差别对待的同时，在民事案件中，又根据案件的性质所致而又有普遍民事案件与特殊民事案件之划分，并分别设置了不同的证明标准，乃至在证明标准问题上呈现出多元化现象。

英美法在传统上被认为采取“两项交替标准，”即民事案件采取按“或然性权衡”（proof on a balance of probabilities）的证明和刑事案件采用的“按情理无可置疑”的证明（Proof beyond reasonable doubt）。这两种标准内部分别有不同的证明程度，丹宁勋爵曾认为：“在刑事案件中，法官经常告诉陪审团说，原告有责任提出‘无可置疑’的证据。在民事案件中，它将是在‘可能性的天平上’。……最近的一些案件所引起的关于证据标准的不同意见很可能变成一个文字问题，而不是其他什么问题。当然，根据我们的法律，刑事案件要比民事

案件要求一种更高的证据标准。”同时，丹宁在1951年就一个案件作出判决时指出：“英国法上刑事案件需要比民事案件更高的证明标准。但必须注意民事和刑事案件都没有绝对的标准。民事法庭审理欺诈案件所要求的或然性程度当然会高过于过失案件。”这种分类标准只是在现代才具有法律意义，因为按照早期的英国判例，即使在民事案件中提出的犯罪行为也应达到按情理无可置疑的程度，但现代英国判例法只要求达到或然性占优势的程度。早先，英国婚姻案件中的一方主张对方有通奸行为时，亦适用刑事证据标准，但近年来也改用或然性权衡程度。可见，现代意义上的民事与刑事案件分别采取差别的证明标准，体现了立法技术和司法技术的进步，代表了历史发展的未来趋势。

对那些具有特殊性质的民事案件，诸如口头信任、口头遗嘱，以错误或欺诈为理由请求更正文件等，英美法系则确立了比普遍民事案件更高的证明标准，即具有该类事实主张的当事人必须以其明确的以及使人信服的证据（clear and convincing evidence）予以证明。

英美法系在民事证据中使用的“或然性权衡”的证明标准，又称“盖然性占优势证明”。对此，美国模范证据法典起草委员会主席摩根（Morgan）教授认为：“凡于特定事实之存在有说服负担之当事人，必须以证据之优势确立其存在。法官通常解释说所谓证据之优势与证人之多寡或证据的数量无关，证据之优势乃在使人信服的力量。有时并建议陪审团，其心如秤，以双方当事人之证据置于其左右之秤盘，并从而权衡何者有较大之重量。”针对英美法国家在民事证据中所确定的“盖然性占优势”证明标准，台湾学者李学灯先生认为：“在民事案件，通常所用证据之优势一语，系指证据力量，较为强大，更为可信者而言，足以使审理事实之人对于争执之事实认定其存在更胜于其不存在，因此，所谓证据之优势，亦即为盖然性之优势。所谓优势，依若干法院之意见，须使审理事实之人真正置信于事实之真实，亦即需要有高度的盖然性。此依证据可信之价值而定，与举证之数量无关。审理事实之人可置信于惟一之证人，而对于相反数十名之证人不予置信；惟如有相等之凭信性，则数量亦可为决定优势之因素。”

在英美法国家，对刑事案件证明标准的最低限度是对被告被指控的犯罪事实必须证明到排除一切合理怀疑的程度（beyond reasonable doubt）。在美国，这一证明标准是作为宪法第5条和第14条修正案关于正当程序规定的要求。所谓“合理怀疑”，是一个十分难以界定的概念。美国各州法院对此作出各种解释，众说纷纭，莫衷一是。有关作为被广泛引用的定义来自于加利福尼亚州刑法典的表达：“它不仅仅是一个可能的怀疑，而是指该案的状态，在经过对所

有证据的总的比较和考虑之后，陪审员的心里处于这种状况，他们不能说他们感到对指控罪行的真实性得出永久的裁决已达到内心确信的程度。”对是否为合理怀疑问题上，台湾学者李学灯先生认为：“所谓无合理怀疑，谓系适用良知和道义上的确信，足以排除一切合理之怀疑。如自其反面言之，有谓在一切证据经过全部比较与考虑，审理事实之人，本于道义或良知，对于诉追之事实不能信以为真。所谓合理，亦即其怀疑须有理由，而非纯出于想像或幻想之怀疑。”所谓合理之怀疑，必须是以下各种怀疑：非任性妄想的怀疑（fancftul doubt）；非过于敏感悬想的怀疑（ingenious doubt）；非仅凭臆测（conjecture）的怀疑；非吹毛求疵、强词夺理的怀疑（captious doubt）；非证言无微（unwarranted by the testimony）而只系出于辩护人或法庭的机智之怀疑；非对于被告或与其有关系之人，因本于同情心的激动（prompted sympathy）所生之怀疑；如果属于非徒以哀矜为情故为被告解脱（toescape conviction）所生之怀疑；以上各种的怀疑，自非通常有理性的人，所以合理、公正诚实的怀疑。”可见，李学灯先生采取排列的方式，虽不能究尽一切其他的有失公允的怀疑，但至少从另外的角度来看，对合理怀疑限定了必要的条件。

国外有学者认为，“所谓合理的怀疑，指的是陪审员在对控告的事实缺乏道德上的确信，对有罪判决的可靠性没有把握时所存在的心理状态。因为，控诉一方只证明一种有罪的可能性（即使是根据或然性的原则提出的一种很强的可能性）是不够的，而必须将事实证明到道德上的确信程度——能够使人信服、具有充分理由，可以作出判断的确信程度。”我国有学者把英美法这种证明标准模式与起诉人负担的举证责任相联系，认为：“被告人提供的证据，只要所证明的事实的盖然性与起诉人提供的证据相等即可，不需要不存在合理的怀疑在考虑是否可以采纳某一个证据时，法官有权决定所有与可采性有关联的事实。证据必须足以使法官不存在任何合理怀疑地相信有关联的事实，例如被告人的供认确实是自愿作出的。传统的法律规定，起诉人必须以不存在任何合理怀疑的证据证明被告是有罪的。”至于何谓“不存在任何合理怀疑”？英国的一个判例是这样解释的：“不存在任何合理怀疑的证据并不意味着连一点疑问都不存在……如果证明某人有罪的证据分量很重，也就是说无罪的可能性极小，就可以用下面这句话来排除无罪的可能性——当然，无罪是可能的，但可能性不大，这个案子也就得到了不存在任何合理怀疑的证实，但无论如何不能低于这个水准。”

美国的证据法理论和证据立法把证明标准所涉及的程度分为以下几种等级的情形，即：第一等为绝对确定，限于认识论上的局限性所致，认为该标准程

度根本无法达到，故此无论出自何种法律目的均无此等要求；第二等即为排除合理怀疑，为刑事案件作出定罪裁决的要求，亦是诉讼证明上的最高标准；第三等为清楚和有说服力的证据，在某些司法区于死刑案件中当拒绝保释时，以及作出某些民事判决时有此等要求；第四等为优势证据，它是作出民事判决以及肯定刑事辩护时所要求的；第五等为合理根据，适用于签发令状，无证逮捕、搜查和扣押，提起大陪审团起诉书和检察官起诉书，撤销缓刑和假释，以及公民扭送等情况；第六等为有理由的相信，适用于'拦截和搜身'时的要求；第七等为有理由的怀疑，用于足以宣布某被告人为无罪；第八等为怀疑，即据此可以开始行使侦查权；第九等为无线索，仅据此则不足以采取任何法律行为。

在评价美国诉讼法中的证明标准时，前苏联学者B·K·普钦斯基先生曾认为，在审判实践中，如果审理有陪审团参加的话，则法官必须向陪审员说明判断证据的标准，即在民事诉讼中适用有关证据优势的规范，而在刑事诉讼中适用有关没有正当怀疑的规范。对某些民事案件和某些事实例如确认诈骗等规定了比普通的证据优势更加严格的信赖标准。如果法官对收集到的材料作出判断，认为争议的某一事实存在的可能性要大于不存的可能性，于是，将作出对存在的可能性加以认可的结论；如果两种可能性势均力敌，结果会导致承担举证义务的人的败诉。为了举例说明在美国进行的诉讼中主观因素对确定证据力所具有的重大作用，普钦斯基先生举出了一名叫列瓦诺维奇的案例，说明法官只要对陪审员稍微施加些影响，便可使他们倾向于更加相信一方当事人提供的证据，从而作出对该当事人有利的判决。佛蒙特的最高法院竟然确认法官对陪审员的指导是正确的，因为，它认为，由于对证据优势没有规定任何等级，所以即使是一根羽毛就可以使天平倒转过来，倒向任何一方。可是，普钦斯基先生便形成了这种看法："美国诉讼法不承认有什么客观标准可以衡量意识反映外部世界的准确性，而只承认法官对于事实得到证明或没有得到证明的主观信念。"当然，受当时历史局限的缘故，普钦斯基先生对美国诉讼法的评价更多地采用了意识形态上的观点，似有偏激的倾向，似乎美国民事证据的证明标准完全是由一种主观任意性所操纵，在一定程度上，这显然是一种误解。事实上，美国证据法规定了一系列的证据规则，以便有效地制约法官的无端判断，例如，关于证据的相关性和可采性涉及到某些证据虽有相关性，但根据排除规则仍不能予以采纳。所谓证据的排除规则，在英美法上有着广泛的内容，其中包括传闻规则、意见证据规则、最佳证据规则、关于事实的排除规则等等，这就大大地限制了法官的主观任意性。因此，美国的证据法带有现代法定证据主

义色彩，其自由心证的幅度与大陆法国家相比，其有限性是明显的。

英美法国家由于历史传统的原因，加之在诉讼方式上采取“强式”当事人主义，法官处于消极的仲裁者地位，因此，证据规则较为发达、完备。例如，美国、英国和加拿大等国家都制定有专门的证据法典。

二、对我国一元制证明标准的质疑

所谓一元制证明标准，是指无论民事诉讼抑或刑事诉讼在要求证据所要达到的证明程度上实行同样的、无差别的标准。

我国有部分学者从理论上认为，我国的民事和刑事诉讼在证明标准上都要求达到事实清楚，证据确实、充分。这里所称的案件事实是有其特定的范围的，由不同的诉讼法所调整。在民事诉讼中指的是对处理、解决民事（经济）纠纷具有法律意义的事实，在刑事诉讼中指的是据以对被告人定罪量刑的事实。因此，这些事实都必须清楚、明确。而所谓证据的确实、充分，既是对证据质的要求，也是对证据量的要求，具体体现在：1. 据以定案的证据均已查证属实。这是对证据的客观性、相关性所决定的证据“确实”的要求；2. 案件事实均有必要的证据予以证明；3. 证据之间、证据与案件事实之间的矛盾得到合理排除；4. 得出的结论是惟一的，排除了其他可性。这四点必须同时具备，才能认为证据已达到确实、充分的程度。对此种证明标准上的要求，民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼概莫能外。这种观点多年来似乎已成为我国诉讼证明标准上的通说，几乎没有多少人公开对此提出异议。这说明，由于历史的原因，与民事诉讼相比较，我国对刑事诉讼的研究起步较早，以致于有关民事证据的证明标准问题在许多教科书等著作中大都采用“拿来主义”，或深受刑事诉讼研究的直接影响。时至今日，我们迎来了市场经济的新形势，从客观环境上给包括民事证据在内的民事诉讼法学造就了超越刑事诉讼法学的必要外部条件，是一种历史上的莫大契机。因此，传统意义上的“重刑轻民”观念开始发生了根本性的动摇。

针对判断证据是否应有一个标准，笔者认为，应当设定一个相对的证明标准，这样既能有助于审判人员借此有的放矢地审查判断证据，又能在一定程度上防止和限制审判人员的主观任意性，同时设置这样一个相对标准又适合我国的司法审判活动职权主义色彩浓厚、法官素质较低的现实状况。对此，我国有学者持否定态度，认为判断证据不需要有一个证明标准，其理由为：判断证据是确定证据是否真实和有无证明力。证据是否真实和有无证明力不产生程度和数量标准问题。因此，对证据的判断是就是，非就非，应当综合分析，按实际

情况加以认识，故此不需要何种标准来衡量证明的程度。另一种观点认为，证据的审查判断应当有一个标准，因为任何一个客观事物，任何一种是非，都存在一个客观标准。

究竟设定一个什么样的证明标准，学界亦有不同的观点：一种观点认为实践是判断证据的标准。因为只有以唯物主义认识论为指导，把实践作为判断证据的唯一标准，才能保证办案人员作出证据判断结论符合案件的客观事实。在司法实践中，一贯坚持依靠群众，调查研究，实事求是原则，就是贯彻实践标准的具体体现。认识与实践的关系也同样适用审查判断证据的过程。审判人员作出的判断结论是否正确，不能从审判人员本身的主观认识上去鉴别，唯一的途径是经过实践。只有与案件的客观真实相一致的结论，才能认为是正确的。还有一种观点认为，审查判断证据的标准应当是客观真实。这种观点提出，要按照辩证唯物主义的基本观点，既要反对法定证据制度把形式真实作为审查判断证据的标准，又要反对自由心证证据制度把"实质真实"作为审查判断证据的标准，而是坚持"物质存在第一，认识第二"的唯物主义观点，把客观真实作为判断证据的标准。其客观真实的含义有二：案件事实，情节清楚；证据确实充分。所谓案件事实、情节清楚就是有关案件事实、情节已经查清。所谓证据确实充分是指：1. 据此定案的每一个证据都已查证属实，具有客观真实性；2. 据以定案的证据与案件事实之间存在着客观联系；3. 证据与证据之间、证据与案件事实之间的矛盾得到合理排除；4. 案件的事实情节都有相应的一定数量的证据予以证明。可见，上述二种观点都是围绕一元制证明标准来加以论述的。

事实上，从我国民事诉讼与刑事诉讼立法上来看，我国实行的仍是二元制的证明标准。例如，根据我国《刑事诉讼法》第 46 条规定："对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实，可以认定被告人有罪和处以刑罚。"该法第 162 条对第一审法院适用证明标准作了如下规定："在被告人最后陈述后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议，根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定，分别作出以下判决：（一）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决；……。"该法第 204 条规定了审判监督程序中适用的证明标准："当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：（一）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；（二）据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的，……。"

据此，我国刑事诉讼对运用证据证明案件事实标准为案件事实清楚，证据确实、充分。我国《民事诉讼法》第64条第2款规定："人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。"这是对审查证据形式的一种要求，而并非要求证据必须达到确实、充分的标准。即使二审法院对一审法院所作判决进行审查所适用的标准也远低于刑事诉讼中的相关要求，即"原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判。"（民诉法第153条），如此规定远没有像刑诉法所要求的证据必须达到"确实和充分"这样高的标准程度，并且在审判监督程序中，对证据的标准的要求进一步降低，只要"原判决、裁定认定事实的主要证据不足的"（民诉法第179条），法院才能应当事人的申请对有关案件进行再审。所谓的主要证据不足的标准，排除了对次要证据或不具有决定意义的证据进行重新审查、认定的可能性，换言之，即使存在次要或非决定意义的证据在认定上的谬误，并不构成对既判力的影响，因为，作为这种既判力事实根据的那些次要证据或非决定意义的证据即使确有错误，也是法律所允许或许可的。于是，似乎就产生了这样的矛盾冲突现象，一方面，法律要求法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据（民诉法第64条），另一方面却允许证据认定上的错误在一定范围和程度之内存在，这种现象表明：（一）反映了我国民诉立法上对客观规律认识的一种务实态度；（二）这种立法方式正体现了民事诉讼的本质属性所在，即它多系相关民事主体的私权如财产权、人身权问题，即使稍有事实上的认定错误也并不影响大局或对当事人的实质性利益构成较大损害；（三）为了维护法律的稳定性、严肃性，只要程序正当，公平和正义就能体现其真正的价值，判决的既判力效果正是对正当程序的维护和保障；（四）这一问题实质上体现的是一种价值选择，如果认为客观、公正对程序而言是第一价值，那么诉讼效益就应当作为第二价值。这种价值评定与刑事诉讼存在本质差异，因为作为定罪量刑的最终结果涉及到人的生命和人身自由权利，是法律制裁措施中最为严厉的手段。

三、盖然性标准应确定为证明标准的原则

何为证据法上的"盖然性"，不同国家的学者对此从不同的角度作了途殊同归的阐释，从中可以领略其哲学理念和诉讼文化特征。我国有学者认为对民事诉讼的证明要求要低于刑事诉讼，于是，他们从判断一个民事案件结案的成熟性的最低标准角度来对盖然性下定义，即"所谓盖然性，是指一种可能而非必然的性质，高度概然性即是从事物发展的高度盖率中推定案情、评定证据，

它以确认的事实联系其他合理性考虑为前提，是我们在对证据和案件事实的认识达不到逻辑必然性条件下不得不使用的手段。”依据这一定义，可以看出该有关学者对“盖然性”的理解贯穿了以下基本思想：（一）从事物发展的客观角度认为，法庭所能认定为完全属于客观真实的情形只是一小部分，而在大多数情况下，或许是在通常情况下刻意地追求客观真实是不现实的，因此，应当基于这种对民诉证明过程的客观认识，确立高度盖然性为民事诉讼的最低证明标准；（二）基于客观事物在民事诉讼过程中具有必然性与或然性的矛盾关系，认为事物的发展以发生为非常态，以不发生为常态，在诉讼终结时，如果发生当事人举证不能或举证不力而使该案件事实仍处于真伪不明状态时，则应依据事物的常态推定其为不发生而作出不利于负有举证责任的一方当事人的裁判。因此，推定的运用与高度盖然性具有内在的必然联系，但推定的适用是处于一种理性的考虑，而并非必然的属性。该学者对盖然性的认识侧重于民事诉讼方面，其实，即使刑事诉讼也有个盖然性问题。对此，有学者认为，大陆法国家的立法对刑事案件与民事案件的证明要求都要达到高度的盖然性。

我国也有学者认为，“盖然性”与逻辑上的推理方式有关系，认为在评价证据时，能够使用严格意义上的演绎法来进行推理的机会较少，而绝大部分推理是在采取不完全的归纳方式下进行的，这与作为推理前提的一般命题的性质有直接关系。为此，该学者认为：“构成归纳结果或推理前提内容的仅是一种具有一定程度或频度的可能性。这种可能性在学术上一般称为‘盖然性’”。我国还有学者是从确然效力与盖然效力的对比角度来认识证明标准上的盖然性问题。该学者认为，确然效力和盖然效力均指证据力而言，但是确然效力是指事实在证据力的确定性，也就是说作为证据的事实与案情或其他待证事实的关系是明确的、肯定的。而“盖然效力则是指事实的证据力具有盖然性。所谓盖然，就是既可能又非必然。因此，盖然效力就是事实的证据力仅是一种可能性，并不具有必然性，也就是某个事实可能具有证据力，但又不是完全明确和肯定的。”但是，该学者针对证明过程呈现出的复杂情况，认为“有些证据仅有确然效力而无盖然效力；有些证据仅有盖然效力而无确然效力；有些证据兼有两种效力，即用来证明甲事实时，其效力是确然的，用来证明乙事实时其效力是盖然的，还有些证据虽然也具有双重效力，但均属盖然效力。”盖然效力与确然效力并非都是相互排斥的，两者在一定情形有可能具有重合关系。但是，在特定情形下，何种证据的效力为确然，何种证据的效力为盖然，如何能得到证实或确认，似乎没有得到明确，并且，证据的确然效力如果与案件的客观真实相联系，何得以又与盖然效力相重合呢？因此，在分析证据盖然效力与

确然效力关系时有一个确定其属性的问题，当然，随着诉讼过程中矛盾运动的不断发展、变化，有些证据的盖然效力对待证事实来说可以转化为具有确然效力，反之亦然。我国台湾一些学者在盖然性问题上与法官的自由心证相联系，认为心证为相对真实，而并非绝对真实，心证有强弱在程度上有差异，由此而产生相应的盖然性。如台湾学者石志泉先生认为："法院本于证据致某事项明显，谓之心证。法院之心证，只须为相对之真实，毋庸为绝对真实；尽关于民事诉讼之证据，判难如数理上之证据，使得信为客观之真实一致，仅可如历史上之证据，使得依普通之经验，主观信为真实而已。故法院之心证，得有强弱之差，若法院就某事项怀一强固之观念，认为普通经验也确系如此者，则其心证强，若就某事项怀一薄弱之观念，认为普遍经验上大概如此者，则其心证弱，法院通常须有强固之心证，但有特别规定的，只有薄弱之心证已足。"

证明的盖然性标准，在英美法系国家被称为"盖然占优势证明"，对此，美国学者摩根（Morgan）先生认为，"普通民事诉讼法官通常指示陪审团，凡主张特定事实的存在负有说服负担的当事人，必须以证据优势来确立该种主张的存在。法官通常解释说，证据的优势与证人数量的多少或证据的数量无关，证据优势就在于有一种使人信服的力量（convincing force）。有时建议陪审团，要心如秤（mental scales），以双方当事人的证据分置于左右的秤盘上，从而来权衡何方具有较大的重量。"可见，从摩根先生的上述观点中可以体察到在英美法国家的证明程度上所具有的盖然性效果与该法系的证据法上的程序模式有密切关系，英美法系的证据法在程序模式上具有如下特点：（一）法官在形式上起居中公断的作用，一般不主动进行调查、收集证据；询问证人、质证等被看作是当事人的事情。法官以相当消极的方式行使司法审判权，在庭审过程中只是重在维持审理的基本秩序，并且只能在当事人诉求的范围之内作出裁断。（二）在正式开庭之前，法官对案情是（至少应假定为）不了解的，他需要随着双方当事人及其律师提出的证据，对证人的询问以及相互之间的辩论而逐渐了解案情。（三）由于程序法受到普遍重视，使各项证据规则同当事人双方诉讼权利一并规定得十分详尽，以便竭力调动当事人充分利用各方证据资源的主动性、积极性。因此，使举证责任具有实际意义和决定性作用。"法官的任务就在于评价就其主观上所映现的在说服程度范围内那些相关证据的证明效力；如其他学者在证据上的认识相同，边沁（Bentham）认为在审判实务中人们尤其应当满足于对事物或然状态的判断，即低于某种确然状态。这种对事实问题的判定在判决中应这样来表述'我已被该种主张具有或然的真实性所折服'（或称之不真实）"

在英美法系，一切事实问题都归结于对证据的判决上来，通过权衡双方提供证据的重量，由法官形成内心确信。“称证据之重量，系指对于判断事实之裁判机关，足以使其信服待证事项为真实之证据的力量而言。证据经权衡后，在裁判机关之心理上，纵或不免仍存其他之疑似，但依证据已足明示于其意识，使其信为真实有更大之可能，则该待证之命题，即经证据之优势而得证明。”在英美法国家，特别是美国，陪审团审理方式主要涉及事实审，而法律审则由法官负责。因此，证明标准与陪审团的证据的认定和取舍具有密切联系，为此，美国学者斯蒂文L·艾默纽尔等从以下几方面作了论述，认为：“1.民事诉讼中的证明标准一般为盖然性占优势标准。当一事实主张被陪审团确信为在证据上具有占优势的或然性，即存在的可能性要大于不存在的可能性时，那么，此项事实主张就被认定为真实。2.盖然性占优势标准作为一种衡量承担说服负担一方当事人就讼争事实必须举出多大分量的证据来履行其举证责任的一种手段。‘假如……负担举证责任的一方当事人就特定案件事实举证使之盖然性占优势……，这就意味着除非有关证据使他们（陪审团）确信事实存在的可能性要大于不存在的可能性，否则将认定该事实的不存在。3.确认陪审团是采取何种方式来认定某一事实存在的可能性要大于不存在的可能性是困难的，常言道，‘并不能以数理方式来衡量某一事实主张是如何被认定为成立的。’对事实主张的真实性的确信度应当为‘确定性而并非为‘推测性’。4.采用盖然性占优势证明方式来证实某一事实存在的当事人，不能仅仅依赖于陪审团就对方当事人所拒绝承认的事实而作出不予认定的判定之上。”

在美国，基于民事诉讼与刑事诉讼的性质不同，因而导致了在证明标准上的重大差异，对刑事案件所要求的证明标准应达到按情理无可置疑的程度（proof beyond a reasonable doubt）；而对民事案件的证明要求则达到“证据优势”（preponderance of evidence）就够了。所谓“证据优势是指证明某一事实的证据的分量和证明力比反对其事实存在的证据更有说服力，或者比反对证明其真实性的证据的可靠性更高。”因此，这也就是说，在民事诉讼中负有举证责任一方的当事人，其最终所证明的结果能达到一般正常人在具有普通常识的情况下认为具有某种必然的或合理的盖然性，或确信程度（reasonable certainty）就够了，而并非要达到像刑事案件要求的那样达到按情理无可置疑的证明标准。“在民事案件中，某一事实的存在与否只能表明其具有‘某种或然性’。即便如此，发现真实的任务仍然是艰巨的，在相当程度上基于对抗制审理方式的本质所使然，使举证远非能像是在一种试验室那样严谨的状态下进行。恰恰相反，各方律师都竭力塑造那种尽可能对其当事人有利的案件事实。哪些证据材料被

提出和过分渲染以及故意漏掉或轻描淡写常常取决于策略上的需要和个人技能的发挥。探求案件真实的努力因对所举出的证据不加分析的研究和专家们的评估而一再受到削弱，这种情况在有陪审团参加审理的案件中表现地更为明显，以致于情感或‘预感’在判定证据的价值上以及作出最终裁判上占有很大分量。”

在前苏联，证据的盖然性与内心确信相联系，一些学者如斯鲁切夫斯基先生认为：“内心确信是一定程度上的盖然性，也就是盖然性的最高程度。”对此，前苏联另一学者符拉基米洛夫先生认为：“一般说来，当根据大概的总结来判断诉讼证据的效力时，必须永远记住，在不可能知悉的一切例外场合，我们只能得到盖然性的证据，即或多或少的高度的盖然性，我们通常就是根据这种盖然性而实际行动的。”1923年颁布的《苏俄民事诉讼法典》规定，证据由法院根据自由和内心确信进行判断。甚至1961年公布施行的《苏俄刑事诉讼法典》第71条也明确规定：“法院、检察长、侦察员和调查人员评定证据，应遵循法律和社会主义意识，依靠全面、完整和客观审核案件全部情况为根据的自己的内心确信。任何证据对法院、检察长、侦查员和调查人员，都没有预定的效力。”前苏联还有一些学者对盖然性的认识是从绝对真实与相对真实的关系上来进行的。例如，前苏联著名学者安·扬·维辛斯基曾经说过：“1973年，我……曾经维护那种否认要求法院判明绝对真实的做法是适当的、可能的立场，因为审判活动的条件使审判员必须不是从绝对真理的观点解决问题，而是从应归法院判断的某种因素的最大限度盖然性的观点（更正确一些应该说，从确实性的观点）来解决问题的。我现在仍然坚持这一观点。要求法院绝对真实从它的判断里体现出来，这显然是审判活动条件上不可能完成的任务，其所以不可能完成，也是因为在诉讼程序的条件上是特别困难的，并且企图在绝对真实与相对真实之间划分界限，可能是完全不合现实的。”笔者认为，维辛斯基先生的观点主要涉及到法律上的真实问题，为此，这种对证据盖然性的认识思路无疑是正确的，它正确地反映了辩证唯物主义的世界观和方法论。对此，一些前苏联学者抨击道：“在刑事案件中，我们所遇到的事件是已经发生并且不再重复的。因此，我们所涉及到的客观事实，是具体的事件。这些事件应该经过查明，法院的判决应该符合真理，而不是接近于真理，更不是确定事件的盖然性。”对此观点，笔者不敢苟同，因为该学者谈到的事件并非为法律上的诉讼事件，似乎为诉讼外的一般事件，而作为法律事实必定产生相应的诉讼法律关系，其结果也应受法律的调整，但是，该学者则忽视了这点；另外，所谓法院的判决应该符合真理，这种提法并不科学，所谓“应”是事物发展过程的一

种应然现象，并非是必然现象，况且符合的对象为“真理”，是一个极为抽象的标准，无法在审判实务中予以具体衡量，缺乏程序上的必要操作性。

在我国，维辛斯基先生的上述观点始终受到一些学者的激烈抨击，反对者认为，一般地断言判断证据不能够达到绝对真实，是违反唯物辩证法的，认为真理总是处在不确定的状态是一种不可知论的表现。因此，对于诉讼案件来说，经过多次反复，也完全可以达到对案情的正确认识，即达到对案情的绝对真理性认识。显然，这种观点坚持证明标准为绝对真实程度。

四、对证明标准模式的比较与评析

（一）“形式真实”（或称“主观真实”）模式

我国有学者认为，“形式真实”存在于封建制度下的法定证据原则，即当时的法官只能按照法律预先对证据所作的各种规定来判断和运用证据，并据此认定案件事实，而不论是否存在内心确信。因此，这种对案件事实的认定，充其量不过是符合法律所规定的“形式真实”，而往往不符合案件的“实质真实”。后来，资产阶级革命后在废除法定证据制度的基础上建立了自由心证制度，力求保证法官最大可能地查清案件的真实情况，公正地审理案件。但是，后来事物的发展经过多年的司法实践过程，已似乎远非西方资产阶级学者在建立自由心证制度起初时对探明事实真相所持的那种乐观态度。对此，前苏联学者普钦斯基认为，“在外国（主要指西方国家——笔者注）的著述中，关于法院必须揭示真理的问题，不乏自发唯物主义的解释，这种解释反映了人们在这方面的经验。但是，整个说来，资产阶级理论把这个问题搞得越来越复杂，越来越玄虚，宣称在审理民事案件时必须探求事实真相的要求是幻想，实践中办不到。”究竟是何种原因所致，普钦斯基在对美国民事诉讼进行了研究之后认为：“美国诉讼法不承认有什么客观标准可以衡量意识反映外部世界现象的准确性，而只承认法官对事实得到证明或没有得到证明的主观信念。”“归根到底，在实践中纯主观因素对于确定证据力具有相当大的作用，而客观标准则销声敛迹。”诚然，由于美国有其独特的历史背景，没有封建专制的经历，但是，英国作为普通法系的鼻祖和曾作为美国的宗主国，许多形式主义证据制度的影响随着时间推移在不断地消失，但是至今仍保留了源自于古典法定证据制度遗留下的一些证据法特征和证据规则。受诉讼立法的影响，美国的诉讼理论并不倾重于对法官如何对待证据材料的研究。美国法官除遵守必要的排除证据规则之外，可以根据内在信念自由地判断证据，这便加重了主观因素对确定证据力的影响。在证据法上，立法者也相当侧重于对应该考虑的事实作出某些规定。

例如，《加利福尼亚证据法典》第 413 条规定，除其他因素外，法官还必须考虑当事人对于就其材料所作的不成功的陈述或否认，必须考虑当事人故意隐瞒的案件材料。为此，该法典在第 780 条还作了一项更为详尽的规定，即责成陪审员和法官在评价证人证言是否公正时，必须考虑到证人受询问时的表现，以及他的感受、记忆和叙述事实的能力，另外还应顾及其名声、是否有成见或利害关系等等。因此，如此“法院的判决所判定的并不是事实的确实真相，而只是事实的大概真相。”显然，这种过于注重主观上的证据判断方式与美国人的诉讼价值观念不无关系，他们大都是站在程序公正的基点上通过对各种材料和客观表象的认识，再以主观上的评判输出自己的价值观念的。

另一位前苏联法学家 W·A 顾尔维奇从诉权的角度对西方国家诉讼中的“形式真实”原则进行了有关阐述。他认为，为西方国家所坚持的严格的辩论原则或当事人主义是与查明案件真实相背离的。因为，“法院通常对于当事人的争辩不加干涉，只对诉讼程序进行形式上的领导；法院在原则上对于这种实质上的争辩的这样或那样的结局并不感觉兴趣，就连这种争辩的结果揭露双方当事人之间真实存在的法律关系这一点也并不感觉兴趣。法庭上争执只要不超出诉讼形式上的规则的范围，就由当事人控制：由当事人决定提供事实材料、收集证据和在法庭上利用证据。采用这种原则时，法律关系的真实的事实构成和在诉讼中能查明的那些事实的不一致，是完全可能的，甚至是常态。这种情况造成的后果是宣布“形式真实”原则为诉讼程序的一个基本原则；这样也就是从原则上承认查明实际真象——即实质真实——并不是而且也不可能是民事诉讼的任务。”在今天看来，显然这位前苏联法学家是带着一种即定的概念和条条框框来看待西方的证据法和诉讼程序的，因为民事诉讼作为一种程序活动，其私法性又决定了一系列为民事证据和诉讼程序所固有的一些必然的带有内在规则的一些原则和运作规范，如辩论原则、处分原则，与诉权及证据的提供和方式有着直接的、密不可分的联系。另有前苏联学者列举法国民法典第 1356 条和德国民事诉讼法典第 2887 条有关当事人的自认对法院产生了约束力，于是，便自然推出一项如此结论，即这种特殊的举证方式和产生的特别效力使法官不论其是否真正符合案件事实的真相，而径直作为认定案件事实的根据，从而满足其形式真实的需要。实际上，民事诉讼从性质上与刑事诉讼有极大的不同，当事人的自认应认定为该种形式的证据具有证明力，这是民事诉讼的属性和内在机制所决定的，属于诉讼的一种常轨机理的必然反映。我国最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 75 条中，对当事人的自认予以明确规定，确认其具有证据效力。可见，由于受当时社会

条件和历史背景的局限性，前苏联学者总是以阶级斗争或阶级性为标准，来看待和审视西方国家的证据法以及程序制度，而忽略了对法律的技术性和内在的规律性加以深入探究。当时，对“形式真实”的批判显然被纳入意识形态领域，作为阶级斗争的需要，使学术研究蒙上了浓厚的政治色彩。通过对证据的审查判断从而认识案件事实也是认识真理的一个方面。唯物主义者认为，真理是客观事物及其规律在人们意识中的正确反映。真理只能有一个，它不因人而异，也不因阶级而异，因为真理的内容不以阶级的意志为转移，只有客观的真理，没有阶级的真理。当然，从认识论的角度来看，作为“形式真实”的证据法深受西方国家社会历史状态的制约，具有很强的适应力，多年来，司法实践也为工业革命，促进生产力的发展和稳定社会秩序发挥了重要的作用。

在过去的许多年里，我国的学者在证据法问题上往往借鉴前苏联学者的观点，甚至时至今日，这些影响在一些学者的观念上仍难以消退。

现代西方国家的证据法理认为，法官在审判过程中认定的案件事实并非是客观的真实或案件的真实，这主要是因为法官所依据的有关诉讼证据所作出的判断，难以达到与诉前发生的事实完全一致的程度，最多不过是只能贴近案件的真实情况，因此，为判决所确认的事实只是法官主观上的真实。这种结论的得出，具有以下客观依据：

(1) 判决的作出是基于一种主观上的认识，而这种主观认识是建立在证据材料基础之上的。这些证据材料具有客观性，但往往会引发某种主观上的失误性判断，因为当事人往往处于利己主义的考虑和对胜诉的片面追求，往往只向法庭提供对己有利的证据，隐瞒、歪曲甚至销毁对己不利的证据。另外，即使主要属于自然科学领域所支配的鉴定结论，也可能因为人为的因素或技术性故障导致对事实认定的偏差。

(2) 法官在职务上具有司法上的人格特征，同时他又作为社会存在的一个普遍个体，他拥有常人那样的情感、意念、欲望、偏见等以及特有的经历、心理素质、价值观念或参差不齐的职业技能，必然对事实的认定产生种种影响，导致某种主观的、偏差性的认识，进而影响对案件客观事实的正确认定。

(3) 由于证据存在的形式不同，它受到特定的时空的制约，事物发展的趋前属性不可倒逆，从而使一定的客观状态处于不断的发展、变化之中，进而加大了法官再现事实本来面貌的难度。

(4) 为了满足实体法对证据能力的要求，即便是已经发生了的具有法律意义的客观事实，没有在形式上符合实体法上所规定的条件，例如，除了即时清结的债权债务关系外，法律上对口头协议产生的债权一般不予承认，如只承认

书面协议，进而使当事人无法主张客观存在的事实，因此会对案件事实的全面、客观的认定带来直接的消极影响。

(5) 受诉讼时效以及诉讼经济原则的限制性影响，法官面对某些案件的复杂性和特殊性，不可能不顾及成本效益等因素而在个十分宽容的时限内充分地、深入地探究案件事实的全貌，这就在相当程度上加大了法官对案件事实全面、深刻认识的难度。

(二)“客观真实”模式

“客观真实”模式在我国法学界有相当的影响，尽管目前来看，这种影响力因受到多方面特别是司法审判上的挑战而有逐渐削弱的迹象。我国主张“客观真实”模式的学者是这样认为的：“我国诉讼中的证明任务是查明案件的客观真实或案件的真实情况。……查明案件的客观真实，归根到底，就是要求司法人员的主观认识人必须符合客观实际。”持该种观点的学者接着指出，查明案件的客观真实，“是完全可能的”。其主要理由有：第一，依据马克思主义认识论中存在是第一性的，意识是第二性的，存在决定意识，人类具有认识客观世界的能力的原理，进而推论出在诉讼活动中，人们能够通过调查研究认识案件的客观真实；第二，凡已经发生的案件事实，必然会在客观外界留下各种物品、痕迹、或者为某些人所感知，从而为查明案件客观真实提供了事实根据；第三，作为组织保证，我国有党的坚强、统一的领导，有广大具有社会主义觉悟的群众的支持，更有一支政治思想觉悟高、有较丰富经验的、掌握一定科学技术的司法干部队伍；第四，诉讼法的制定、颁布和不断完善为查明案件的客观真实提供了法律依据。

以上这种观点，将马克思主义的唯物主义认识论作为指导人们在实践中的活动准则无疑是正确的。但是，根据马克思的辩证唯物主义的基本观点，真理是客观的，它是绝对的，又是相对的。真理就其内容来看是客观的，而就人们对真理认识的程度和过程来看，真理既是绝对的，又是相对的，是由相对到绝对的发展趋势的过程。列宁在谈及“有没有客观真理”这个问题的同时，随即提出：“如果有客观真理，那末表现客观真理的人的表象能否立即地、完全地、无条件地、绝对地表现它，或者只能近似地、相对地表现它？这第二个问题就是关于绝对真理和相对真理的相互关系问题。”因此，为了正确地认识真理是一个必然的发展过程，就必须把握好绝对真理与相对真理的关系，即坚持唯物主义的反映论，承认客观真理，就必然承认真理的绝对性，即绝对真理。同时，坚持认识论的辩证法，承认人的认识是一个无限发展的过程，人不能立即获得对无限发展的物质世界的正确认识，就必然承认真理的相对性，即相对真

理。相对真理，有两层涵义：一是在一定的历史条件下，人们对客观世界的认识只能达到一定的广度和深度，不可能究尽它的一切方面和一切过程；二是即使是对某些方面和某些过程的正确认识，也只能达到一定的深度和层面，只具有近似的不完善的性质。因此，绝对真理和相对真理并非两个不同的真理，而是同一真理的两个不同的方面或属性。如果在真理性的认识之中，只有相对性而无绝对性，那么，这一认识就必然失去其客观内容；反之，如果在真理性的认识之中（如对案件事实的认识过程中），只具有绝对性而无相对性，那么，这个所谓的"真理（如在证据法中被称为"客观真实"的模式）就成了僵死的"永恒真理"，而这样的"真理"在现实的认识中是根本不存在的。

我国相当部分学者之所以多年来坚持"客观真实"的模式，是有其历史原因的，即新中国最早一批法学者深受苏联法学理论的熏陶，对许多法律问题由于没有经历长期司法审判实践的洗礼，与当时国内不停地从事各种形式的阶级斗争以及意识形态革命有关，对苏联的法理和司法经验采取简单照搬和机械模仿的作法。

根据前苏联民事诉讼法所确认的客观真实原则，法院必须就每一民事案件依据案件事实作出合法的和有根据的判决。即法院应当准确地查明法律事实（实体法规范将这些法律事实与法律后果相联系），并采用开庭调查的证据来证明这些事实是有根据的。由于受大陆法系职权主义影响，前苏联民事诉讼法对法院的判决设置了过高的证明标准要求，即不管是在案件事实情节上，还是在双方当事人的权利和义务上，都应当是客观真实的。显然，这是在完全脱离审判实践的情况下而作出的一种主观臆断和理想化的考虑，因为，这不仅仅是考虑到对案件事实查明效果的追求，还是一种表现在判决结果上实现的标准性效果。

笔者对"客观真实"的观点模式持反对意见，其主要理由为：

1. 辩证唯物主义的认识论告诉我们，人们对客观事物的认识是一个复杂的过程，主客观之间的矛盾属性是错综复杂的。对此，恩格斯指出："真理和谬误，正如一切在两极对立中运动的逻辑范畴一样，只是在非常有限的领域内才具有绝对的意义……如果我们企图在这一领域之外把这种对立当做绝对有效的东西来应用，那我们就会完全遭到失败；对立的两极都向自己的对立面转化，真理变成谬论，谬论变成真理。"因此，任何真理都有自己适用的条件和范围，如果超出了这个条件和范围，真理便会转化为谬误。列宁也同样认为："只要再多走一小步，仿佛是向同一方面迈的一小步，真理便会变成谬误。"由此推论，那种主张"客观真实"的证明标准，具体到程序中的证据法领域就是

把案件事实绝对化，强调其客观真理的绝对性，忽视甚至完全置案件客观事实还具有相对的一面于不顾，这种将认识过程的某个片断或某个方面凝固化、绝对化的形而上学的认识方式，在理论上是有害的，在实践中更无助于指导审判活动的正常开展。

2. 持“客观真实”论的学者认为，已经发生的案件事实在客观上留下的各种物质、痕迹，包括通过经历者感官所形成的某些感知、印象，为恢复并再现原来的事实过程的主要内容提供了事实材料和根据，但是时间的不可逆性决定了任何案件事实都无法原封不变的回复到原始状态。“由于人们不能够通过时间机器倒流以便向事实审理者展示‘事实真相’，调查并不能够产生这类‘真相’。事实审理者可以从人们提出的证据中来认定或然性事实以此来解决当事人之间的实际争议。”“我们不应该，而且也不可能迫使当事人作为一种倒时器在当时实际发生的事件中展示其事实真理。”即使现代科技的发展所形成的视听等其他专门手段，只能有助于而无法在时间和空间范畴一览无遗地再现已经发生的事实状态，同时为程序法所要求的证据能力与证据的法律性具有密切的内在联系，“在诉讼中所再现的只是法律意义上的事实，而非原始状况的实际事实。后者如果不通过一定的法律形式，就不产生法律上的后果，而前者则是事实因素与法律机理共同结合的产物。”

3. 由于为审判权所决定的自由裁量的司法效力，法官职能性作用尤为重要。“客观真实”论设置了这样一种假定，即每一个法官都是具备公正廉明、毫无偏私、精通法律、经验丰富、精明强干的化身，但是，现实情况并非如此，法官也是社会中的普通一员，具有常人所有的一切因素，如性格、情绪、喜厌等等，况且法官与法官之间心理素质、职业水平、道德情操、价值观念、智商高低等等并不整齐划一，就连个别特殊的经历或以往的生活感受往往也都会对案件事实的认定打下不同的烙印。就我国法官目前的状况而言，亦不容乐观，素质优良、品德高尚、经验丰富的法官队伍的形成，在我国仍有一段较为漫长的里程要走，因此，上述种种过于理想化的假说仅限于“应然”范畴，这种“应然性”与“已然性”之间存在着不小的差距。“我们没有像照相机般的功能，不能够准确无误地观察、固定以及复忆在我们眼前所发生的一切。我们所观察、叙述的事物受到了自身认识能力、周围环境状况、个人成见、预期倾向性以及律师对有关事物作出技术描述的极大影响。”因此，程序正当对我国审判实践中的证据运用是一种现实的要求，在此基础之上不能过高地追求那种超越客观实际的“客观真相”的标准模式。

4. 我国与其他国家的证据立法在立法技术上广泛地适用了法律推定和法

律拟制方式，因而这便与程序法中的证据制度所设定的“客观真实”标准发生了严重的冲突。所谓推定是依据某一事实的存在作为前提条件，并以此作出与之相关的另一事实是否存在的假定，在证据法意义上，这种假定可构成免除主张推定事实一方当事人的举证责任，同时将证明不存在推定事实的举证责任转移至对方当事人的法律效果。诚然，“就准确性而言，推定自然不及用证据证明，但仍然可以达到大体准确的程度。”因此，法律规定的推定规则一般限于未能提供有关证据或者根据现已收集到的证据仍不能查明案件事实的状况。例如，甲曾借给乙 3000 元。甲死后，甲之妻丙要乙归还借款，乙称款已还。于是，丙诉至法院。在该案中，不但乙未能提供出证据证明钱已还，而且丙也不能提交何种证据证明钱未还。因此，法院对是否还钱这个事实是无法查清的，对于这个疑案，如适用法律推定，即令主张人举证，凡主张人不能举证证明债务存在的，就推定借款已还，这就是说，在程序上设定某种要求，从而实现实体法上的效果，这种疑案便得以迎刃而解。但是，这种在法律上的推定并不一定符合客观事实，因为这种债权债务关系在法律上虽已解除，但事实上可能因借据确实存在，但无法查找或受到毁损等原因在事实上并不说明这种实际上的钱款已还；再则，没有书面凭证，仅有口头约定的债权债务关系也是在实践中确有存在的，但一旦债务人也违背诚实信用原则，便会导致债权人在程序法上处于极为不利的境地。但就立法上利弊权衡而言，设定推定虽在实践中有可能违背客观事实的一面，即“法律上推定是法律上的假定，它并不能以被假定的事实存在为根据，而是以被假定的事实与确实的事实（基础事实）联系的一定盖然性程度（一般为较高的盖然性）及其他合理性考虑为根据。”但在总体上有利于维护正常的民事流转秩序。因此，法律推定的适用就证据法上而言，具有正当程序的价值理念。而法律拟制与推定有所不同，“‘拟制’纯粹是立法上的一种文字表述技巧，是立法者为了避免法律条文文字重复、冗长而采用的一种表述方式，它并非由一事实的存在推论出与之相关的另一事实的存在。”例如，我国《工矿产品购销合同条例》第 15 条规定“如果需方未按规定期限提出书面异议的，视为所交产品符合合同规定。”该《条例》第 16 条规定：“供方在接到需方书面异议后，应在 10 天内（另有规定或当事人另有商定期限者除外）负责处理，否则，即视为默认需方提出的异议和处理意见。”以上这两条规定都是法律上的一种拟制。实际上，从达到的法律效果来看，这种法律拟制也属于一种法律推定，因为这两种推定都只承认客观事实的相对性，只不过作为法律上的拟制，“这种推定虽然形式上与证据法相联系，但实际上却是用程序法语言表示出来的实体规则。”因此，不论是法律推定，抑或作为一种特

别的推定方式的法律拟制在证据法上的实际运用，无疑都会对“客观真实”的标准构成严重的挑战。

（三）“法律真实”模式

古今中外，无论是“主观真实”模式还是“客观真实”模式，其设置本身的目的是再现冲突过程的真实状况，其法律价值主要在于为法律的适用提供确定的事实基础，因为适用法律所造成的法律后果必然与冲突时所发现的事实真相有着广泛的内在联系，其法律后果不过是现有的法律对冲突的事实过程予以价值评价后得出的结论性效果。这种对事实的认定在裁判上必须遵循实体法与程序法的有关规定，可以说在实质上是从法律的角度来对案件事实的真实性作出的认定。就此而论，不论是“主观真实”还是“客观真实”都存在其本身无法克服的痼疾，这些痼疾已在本文的前些部分作了较为详尽的分析和探索。为此，笔者认为，应以“法律真实”或“法定真实”作为认定案件事实的标准，其主要理由为：

1. 法官的主观判断对案件事实形成的最终结果具有决定性意义。法官在程序过程中作为审查判断证据的主体，在此，确实存在一个主体与认识的关系问题需要阐明。长期以来，许多人习惯于把主体仅仅作为“主观”来理解，在这种陈旧的思维定式中，仿佛人只是意识、精神和思想，而意识、精神和思想又完全是主观随意的。因此，主体性的客观意义往往被主观化了，或者遭到旧唯物主义式的片面蔑视，或是受到唯心主义式的片面推崇。正如马克思所言，机械唯物主义“对事物、现实、感性，只是从客体的或者直观的形式去理解，而不是把它们当作人的感性活动，当作实践去理解，不是从主体（观）方面去理解。所以，结果竟是这样，和唯物主义相反，唯心主义却发展了能动的方面，但只是抽象地发展了，因为唯心主义当然是不知道真正现实的、感性的活动本身的。费尔巴哈 想要研究跟思想客体确实不同的感性客体，但是他没有把人的活动本身理解为客观的活动。”因此，我们应该客观地看待在诉讼中法官对案件事实的认定过程。可以说，在诉讼过程中所呈现的冲突事实，实际上不过是法官凭藉相关证据材料所形成的主体性认识。再现案件事实的真正程度，取决于法官这种主体性认识与证据本身的感触和理解上的准确性、合理性。因为，在民事实体法上，“作为一般条款的诚实信用、权利滥用、正当事由或重大事由等概念，本身并不具有明确的内容，只是在每个个别的案件处理中由法官赋予其具体含义。”“在全部诉讼程序中，证据法涉及到其中最为复杂的内容之一——重构既往的事件以便探明‘真相’。对事实真相的认识不能在一种绝对的理念下进行。”因此，案件事实的最终确定是法官源自于证据而形

成的“法律真实”。

2. 通过审查判断证据借以发现案件事实的真相是一个程序过程，因此，程序的正当性对诉讼的结果具有决定性意义。在此前提下，才能论及案件的事实真相是否已被查明，查明的程度如何等等。从程序上再现冲突真实过程的法律意义在于，“实现实体法内容的方法归根到底是由程序法所规定的诉讼过程，实际上程序法对这个过程进行的调整结果总会归到实体上去。”因此，通过程序过程所认定的案件事实被作为一种法律事实，这种效果并不是来自判决内容的“正确”或“错误”与否等实体性的理由，而是从程序过程本身的公正性、合理性产生出来的。“依照程序公正要求，诉讼中所再现的冲突事实必须符合法律的形式规定，并且受制于法律的评价。在此基础上所认定的法律上‘真实’的事实，才是程序公正所仰赖的冲突事实。”因此，通过正当程序作为认定案件事实的根据只能是“法律真实”的体现。

3. 在诉讼中需要再现的是时过境迁的冲突事实，但若是让有关事实重新呈现在法庭上，必须依法定程序进行证明活动。但是究竟何为证据材料，如何对证据进行收集、提供、审查和判断，也都由法律予以规定。因此，在诉讼中的案件事实的形成过程始终受到法律的限制。于是，在此场景下，再现于法庭上的只是那些具有特定法律意义的冲突过程中的部分事实，而决非一切客观事实。因为，“对事实的摄取，通常以符合产生某一法律后果的确定构成为依据。”据以定案的事实只是为了满足法律上的这种要求，只是依据法律上确认事实的方式与标准而得出的法律上的真实。

4. 由于民事权利属私权性质，国家不加任意干预，由此而导致在证据法中包括举证责任在内的功能运作取决于当事人私力救济的能力。因此而展示的事实真情也主要借助于证据的提供、质证和审查判断作为载体方式，这样，证明责任的履行程度和证明能力的强弱大小，直接关涉到所再现的案件事实与诉前的事实原貌是否相符合的程度。作为举证责任的规则如：“谁主张谁举证”、“主张消极事实者不负举证责任，”以及在特定情形下发生的举证责任的“倒置”等等，无不与诉讼公正有关，因为，作为一种公平、正义的规则是设定于任何冲突事实之前的一种技术性装置，对于一切民事主体来说都无一例外地平等适用。但是，也正是起因于这种对民事证据法为必不可少的技术装置的副作用所致，在实际中，当事人的证明能力受制于多种客观条件和因素的限制，一旦发生其证明能力与法律上应负的证明责任之间的失落，即便为其主张的事实确属客观存在，但不为法官所认可。可见，程序上的正当无法保证事实的绝对公正。

第四章　民事诉讼证据的法定种类及分类

第一节　民事诉讼证据法定种类

一、民事诉讼证据法定种类概述

（一）民事诉讼证据法定种类的含义

由国家民事法律对用来查明民事案件真实情况的证据作出的具体规定和分类条目，即称为民事证据法定种类。这种用立法的形式，将民事证据规定了进入诉讼程序中的法定名称，具有明显的法律约束力。法律规定的各个种类的证据有它严格的含义，各种类之间有明确的区别。在查明案件真实情况时，各种类的证据又可以用来相互印证，可以统一认定，可以部分统一认定，也可用某一种类真实的证据去否定或部分否定另一种类的证据。民事案件中的当事人，为了证明他人的行为确实侵犯了自己的合法利益，对自己提出的主张，按照法律规定，必须提供证据种类中的一种以上，以此证明自己主张的真实性。一般情况下，当事人是按自己被侵害的利益不同、情节不同，而提供不同的种类证据，也就是说，当事人必须提供与自己的主张相一致的证据。提供的越多，越显示证据充分，对澄清法律事实就越有利。这就是通常所说的证据的关联性。证据是一种客观存在的事实或者物体，在民事法律关系中，它必然会以某种形式表现出来，使之呈现在法庭上，让法官，诉讼参与人都可以听得见，看得到，甚至摸得着。双方当事人之间可以为各自的主张举证，也可以为反驳对方的证据而举出另一种证据。但举证不是虚构，不能凭想像和推断，必须依客观真实的事实和实在的物质，这是现代科学进步，人类文明发展的基本要求。在

有阶级的社会里，各国的证据制度不同，一个国家不同的历史时期也有不同的证据制度，因此对证据分类的依据也不尽相同。我国民事诉讼法证据分类是从辩证唯物论出发，根据我国的特点和习惯，通俗易懂，指导当事人依法提供证据，又便于法官和诉讼参与人的理解与接受而进行的分类。

我国民事诉讼法是以证据的表现形式作为分类的基本标准，将证据分为七个种类。

1. 书证。它是表现形式为文字、符号、图画之类的证据。

2. 物证。它是表现为物质本身的存在、形态、质量、质地、特征等形式的有形物品证据。它不受主观意志干扰。

3. 视听资料。它的表现形式为语音音响、信息图像和形象及数据与文字资料作为证据。

4. 证人证言。它的表现形式是了解案件情况的人向法庭所作和能够证明真实情况的言词。聋哑人的手势也是一种能理解的特殊言词。只要证明案件真实情况，这种特殊语言也同样可以为证人证言。

5. 当事人陈述。它的表现形式是民事诉讼案中的当事人在诉讼进行中向法庭所作的叙述和承认。

6. 鉴定结论。它的表现形式为由人民法院交由或指定鉴定部门的专业技术人员，运用现代科学技术，对被鉴定人或物进行检查鉴别分析之后，作出的一种书面结论。

7. 勘验笔录。按其表现形式则是专业技术人员和法官及其他有关人员对现场和现场遗留物、痕迹进行的勘查、检测时作出的一种记录。

以上各种类证据有明显的区别。但同一种类的证据，可反映不同的内容。如“鉴定结论”有：法医活体损伤程度的鉴定结论，有尸体解剖结论，文字鉴定结论，资产评估的价值结论，司法精神病鉴定结论等。

（二）民事诉讼证据法定种类和意义

首先，它体现了一个国家诉讼证据制度的不断完善，是我国审判制度更加法制化与科学化的具体表现。其次法官在审理和调处各类民事经济案件时，能按法定的证据种类，全面地、系统地、客观科学地审查核实当事人举证的证据材料，更好地运用各类证据去澄清案件的事实。比如：我国民事诉讼法第 64 条至第 74 条，对法定证据的来源、表现形式、制作要求、审查应用原则等作出了规范化的要求，没有按规定要求取得或制作的证据，属无效证据不予认定。有的证据来源不合法，法院还有追究当事人提供伪证的责任。严格证据的分类，还有利于防止将不同的种类证据混为一谈。如“证人证言”，按法定证

据制度的要求，必须是知道案件情况的单位和个人，在法庭上当庭所作的口头上证明。证人确有困难不能出庭时，经人民法院许可，提交的书面的证言，仍然属法定种类的“证人证言”，但不能认作是当事人提交的“书证”这类法定证据。两者在证据上有本质的区别。当“鉴定结论”作为证据在法庭上出示时，它虽然也是一种书面表达思想的形式，但又与“证人”和证人提交的书面“证言”也存在严格的区分。关键性区别是这3种证据的来源不同。

法定证据的种类在实际民事案件中的证明力的问题，也是我们研究诉讼证据的目的之一。从我国现行民事诉讼法的规定来看，原则上表明了7种法定证据，经查证属实，就能作为认定事实的根据。但第71条规定：“人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其它证据，审查确定能否作为认定事实的根据。当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实”。这一条明确规定了对“当事人的陈述”这一证据应用的原则，没有其它证据来印证时，这一证据的证明力显然变小或失去证明力。当事人拒绝陈述时，“当事人的陈述”这一法定证据在本案中即缺失，但它不影响人民法院根据其它证据认定其事实。研究证据的证明力，可以为法官在审理不同案件，掌握什么是本案的必要证据，什么是本案的次要证据。

二、书证

（一）书证的概念

书证是指应用文字、图画、特定符号记载的，并能表达一定的思想和行为，证明案件真实情况的书面证据。书证的种类繁多，常见的有书信、文件、票据、书面遗嘱、传真电报文稿、契约书、合同书、结婚证书、书面借条、欠条、领条、设计图纸、绘图等等。书证的载体多见于纸张和布类，也有金属、塑料、木材、石材等。记载的方式有手书、印刷、雕刻、打印等。

（二）书证的分类

在诉讼法学上，从不同角度将书证划分以下几类：

1. 按书证的内容及可能产生的后果划分为处分书证和报道性书证。处分性书证是指能反映当事人之间具有设立、变更、消灭一定的民事法律关系，引起某种法律后果的。如各类经济合同书、书面遗嘱、借条、欠条、领条等。报道性书证是指单纯报道某种具有一定民事法律关系意义的事实，而不反映当事人之间设立、变更、消灭的一定民事法律关系，如往来书信，流水账目凭证，工作日记等。

2. 按制作书证的主体不同，将书证分为公文书证和非公文书证（也称私

人书证)。公文书证是指由国家机关、社会团体、企事业单位按照法定或行政职权范围制作的文件。如地方政策性文件、结婚证书、处罚决定书等。非公文书证是指具有民事行为能力和民事责任能力的自然人制作的有关文书，如保证书、承诺书、书信、借条、欠条、收条等。

3. 按书证的形式不同，可分为普通与特殊书证。普通形式书证是指仅具有一定的清楚明确的意思表达的文书，没有民事法律上规定的文书形式要求，比如当事人出具的收条或领条等。特殊形式书证是指在民事法律上有明确的形式要求，有文件形式的完备手续，依法公平合理制作的，具有明确意思表达的书证，如各种经济合同书、公证文书、房屋拆迁还建协议等。

（三）书证的特点

1. 书证是以其表现形式——文字、符号、图画等表达与本案有关的内容。能全部或部分证明案件的真实情况，如果不是这种表现形式，就不能称为法定种类的书证。表现形式具有特定性。

2. 书证的载体可以是任何物，不因载体的不同而影响其证明力。只要所载的文字、符号、图画能反映出一定的思想内容，该思想内容又能证明案件的真实情况。因此，载体不具有选择性。

3. 书证作为某一种案件的证据，在形成时间上应该是以该民事法律关系发生时产生的最为有效，且不论过去时间的长短。而民事法律事实发生之后形成的书证，应用时必须具体分析，有的可能有效，有的可能无效。比如收条或借条，它是一方当事人从另一方当事人处收到或借到钱财物之后所立的字据，一手交“字据”，一手交钱、财、物的同时，双方的民事法律关系随即发生。一方当事人所握有另一方当事人的“字据”即成为书证，一旦矛盾双方不可调和且诉之于法庭时，另一方当事人对对方当事人举证无反证或承认，“字据”就成为证明案件真实情况的证据。遗嘱文书发生法律效力，应该在被继承人死后才发生，且必须是生前所立的。

4. 书证不论真伪，均有较强的直接证明力。这是因为，一般书证都明确地表示了当事人的一定思想意思。经济合同书，是双方当事人按法律规定的形式，根据双方的权利和义务订立的。当一方违约时，另一方即以此合同书书证，提起诉讼，证明对方违约的事实。又如某当事人以债权人身份向法庭提起诉讼，他举证的证明材料是对方欠款的证据。但经对方当事人反证和法庭查实证明该欠条是伪造的，那么某当事人提供的伪证，一方面证明了提出主张者的不良企图，一方面证明了对方当事人不欠某当事人的钱财这一真实事实。所以说书证不论真伪，均具有一定的证明力。

(四) 书证的作用

书证作为对一种实际存在的事实的书面形式表达的证据，对查明民事案件的真实情况有十分重要的作用。在科技日新月异发展的时代，其证据价值尤为重要。在诸多的经济合同纠纷、债权债务等经济纠纷案件中，如果没有一定的文字根据，就很难查明甚至无法查明本案的事实真象。比如 A 起诉 B 欠其现金若干元，按谁主张、谁举证的原则，A 应该向法院提供证明 B 欠自己现金的书证——欠条。如果 A 不能提供此证据，B 仅需口头上不予承认，不需要举出任何反证，那么 A 的主张很难得到法庭的支持。此外，书证作为法定种类的证据，能够起到证明其它证据是否真实可靠的作用。我国几千年来就有“口说无凭，立字为据”的古训，充分说明书证的重要作用。

(五) 运用书证的原则和方法

我国民事诉讼法规定了书证应当提交原件，提交原件确有困难的，可以提交复制品，照片、副本、节录本。诉讼书证是如何获取的，法庭上均应查证属实，才能作为认定事实的根据。这是运用证据的基本原则。审查书证时，首先应查明其来源是否合法，再审查书证是否符合有关法律规范的要求，书证的内容是否真实可靠，是否完整表达了与本案有关的当事人的思想意思，书证的条文内容是否与法律法规和现行国家政策相抵触。书证应当在法庭上当庭出示(法律有规定不能公开出示的除外)，交由双方当事人辨认，对有质疑的书证，应结合其它证据去综合分析，确定其证明力。如果是对书证的表现形式（字迹、图画、符号的真伪，有无临摹、仿照、篡改、张冠李戴)、载体形成的年代等有怀疑，可指定法定鉴定部门进行鉴定，用科学的方法去辨别真伪虚实。

书证如果属于经过法定程序公证证明的文书，在没有相反证据足以推翻公证证明文书时，人民法院应当作为认定事实的根据。

对外文书证，按法律规定应嘱咐当事人附中文译本。在审判实践中，对外文书证和相应的中文译本，法庭上请翻译人员进行审核校对无误才能应用。

(六) 提出和索取书证的手续

在审判实践中，一般是由当事人亲自将书证送交法院，如因某种原因不能将书证亲自送交法院时，可以由当事人向法院提出请求，或由法院依职权去索取所需要的书证。我国《民诉法》第 65 条规定：“人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。”有些书证，当事人提供证据线索后，需由土地、房产、公安、档案等部门提供证据的，这些部门应实事求是

地提出证据。特别是房产部门，由于某种历史原因，要力求提供原始凭证，不允许私自涂改凭证，以致造成严重后果。当事人请求法院令其他参与或未参与诉讼的人提交书证时，应当详细指明所要求的是什么文件、文件的内容、该文件能证明的事实以及根据什么推断这文件为这些人所持有。如书证的数量过多，或仅其中一部分与案件有关，或因其他原因不能送交法院的时候，法院可准许当事人提出该书证的抄本。

不论在当事人提出或法院索取书证的时候，法院首先要根据证据的关联性来考虑决定是否需要这一书证，然后才能决定是否接受当事人提出的书证或自己去索取。

人民法院在索取和运用书证的时候，应注意该书证内容是否涉及有关国家机密或者有关当事人隐私生活的问题。如涉及到这样内容的话，就应该遵守保护国家机密的法律和有关个人隐私案件不公开审的规定，不公开地在法庭上进行审查。我国《民诉法》第 66 条对此作限制性的规定，“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示”。

提交的原本书证，于法院判决后，提交书证的当事人可将该书证索回，但必须以该书证的副本存卷，以便本法院或上级法院在日后检查案件时的参考。

（七）对书证的争执

对书证的争执方法有两种：一是对书证真伪的争执，一是对书证内容的争执。(1) 对书证真伪的争执。在诉讼过程中，一方当事人可以指出他方提出的书证是伪造的，这时提出书证的一方可以不用这书证，而请求法院根据其他已提出的证据或提出新的证据来审理案件。如果提出书证的一方坚持使用这一证据，则主张伪造的一方就应该提出证据来证明这个书证是伪造的。为了明确经济合同的权利义务关系，区别诈骗与合法合同的界限。在实践中，最高法院规定：“企、事业单位的业务介绍信、合同专用章或者盖章的空白合同书，仅供本单位正常业务专用，不得互相借用。非法出借本单位的业务介绍信、合同专用章，将盖章的空白合同书借他人签订经济合同的，不论借出人出于何种目的，就该经济合同而言，出借人已成为合同的一方当事人，它与借用人在有关该项经济合同的诉讼中，应作为共同诉讼人参加诉讼。如果出借人与借用人是被诉方，应列为共同被告；如果借用人起诉，而出借人未起诉，人民法院应当按照《民事诉讼法（试行）》第 91 条的规定，通知出借人参加诉讼。（最高人民法院关于审理经济纠纷案件具体运用《民事诉讼法》的若干问题的解答。）修改后的《民诉法》为 119 条：“必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，

人民法院应当通知其参加诉讼。”法院为了保护当事人的合法权益，应当主动地去审查该书证是否是伪造的问题。《民诉法》第 65 条 2 款规定：“人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。”在审查时一般采用下面几种方法：(1) 以其他文件来比照它的内容；(2) 传唤证人进行询问；(3) 核对笔迹、笔名；(4) 进行鉴定。经审查后，如发现该书证是伪造的，就不得再把它当作是证据，而应当用其他证据来解决民事争议，同时，还可以对提出伪造书证的人和制作伪造书证的人，提起刑事诉讼，追究刑事责任。

(2) 对书证内容的争执。有时候，书证本身虽然不是伪造的，但当事人认为书证的内容和实际情况不符，这时就可以对书证的内容进行争执。

(八) 对书证判断的特点

判断书证，除按照判断证据的一般规则进行外，还应当注意书证本身具有的下列特点：(1) 要看书证是处分性的还是报告性的（看书证的内容）。处分性的书证，就是具有一定的意思表示，而能发生、变更或消灭法律关系（如买卖合同等）为内容的书证；报告性的书证，就是没有任何法律目的，仅报导某些具有法律意义的事实的书证，如普通的的书信。在相同的条件下，一般是前者的效力和意义比后者大。(2) 要看书证的来源性质怎样（看制作书证的主体）例如该书证是一般的合同，还是经过国家公证机关证明的合同；是国家机关颁发的（命令、决议），还是私人来往信件，以及其他等等。我国《民诉法》第 67 条规定：“经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”由于书证的来源不同，其效力和意义也就不同。通常法院判决书比普通私人信件的效力和意义要大得多。例如在英国，一地产发展商与英国环境部大臣发生争执。《派安混凝业诉环境部大臣》一案，起初，英国政府根据《1971 年城市及乡区计划法案》批准发展商发展一块土地。经过多年，才开始发展工作。根据惯例，一个人如果长时期没有行使其已得到的权利，就当作他已把他的权利放弃。英国政府认为，原有批准发展的批文已经失效。但是，在发展商一方认为，根据《法案》所发批文，属于经常有效而不会因时间拖延而自动失去作用。英国上议院法庭一致认为政府的观点不能成立。(《香港合约法与公司法》，李宗锷著，商务印书馆）此件“批文”就是书证，且制作书证的主体是英国政府，应当确认其效力。英国政府的批文，对其政府有拘束力。又如我国的《廖昌颐与廖柱万房产纠纷案》最高人民法院民事审判庭认为：“我国实行税契制度，凡是不动产的产权转移必须以税契为准，买卖房屋经政府认可的合法契证

是确定产权的主要依据。”（《最高人民法院公报》1985 年一号）因此，当事人向税务机关交税后盖印的契约，人民政府发的《房地产所有权证》，是重要书证。它对当事人有拘束力，且对人民政府也有拘束力。（三）要看书证是原本还是副本。通常原本的效力和意义大于副本，因此法院应当尽可能去利用书证原本，只能在不可能得到书证原本时，才使用书证副本。必须明确，在判断书证时注意上述的特点，并不意味着有法定（形式）证据理论的因素，因此法院在判断书证时和判断其他证据一样，是由审判员在综合考虑案件一切情况的基础上进行的。

三、物证

（一）物证的概念

我国民诉法第 63、68、124 条等法律对物证的提交及其作用作了具体规定。民诉法 68 条规定，物证应当提交原物，提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片。民诉法 63 条规定证据的种类，放在第二项，足以见其在民事诉讼中的地位和作用。什么是物证呢？

物的外形、性质、特征以及物的存在本身，能够确定对案件具有意义的某一事实的，叫做物证。充任物证的物件或物体，叫做证物。柴发邦教授主编的《民事诉讼法学教程》的物证概念是：“任何物品都是具有自己的外形、特征和质量规格的，凡是用物品的外形、特征、质量等证明待证事实的一部或全部的称为物证”。二个概念有相似之外。

例如，《错把氮气当氧气，病人死在手术台一案》1990 年 2 月 14 日，早期食道癌患者谢某被送进了某医学院附属医院手术室，当病人被麻醉后，手术刚要开始，便发现谢某已经死亡，“手术”以失败而告终。事隔 3 天，2 月 17 日，又一名心脏患者张某被送进手术室，当手术开始，刀口的血已成黑色，此时发现病人已经死亡。几天后，当又一位病人进行手术时，再次出现上述情况，医务人员立即将“氧气”取下，经过抢救没有死亡。后经有关人员检验，才发现这瓶“氧气”竟然是一瓶工业用氮气。三起医疗事故，这一氮气瓶是极其重要物证。据此，可以认定为重大医疗事故。可见物证是何等重要，必要的证据保全措施是何等的重要。

其他，如争议的所有权所指向的物、质量、规格，有争议的买卖标的物或定作物，损害行为所及的物等等，都可以当作物证。物证可以是小物件（如一件衣服），也可以是大物体（如一所建筑物），可以是非生物（在多数情况下），也可以是生物（如受伤的牛）。至于文件，通常都以它的意思内容充当证据，

表现为书证；但如果以它的签署之是否真伪时，则表现为物证，或既表现为书证同时又表现为物证。

（二）物证的分类

对物证的分类较多，但有的分类，在法律上的实际意义不大，从司法审判实际出发，将物证按以下标准分类：

1. 从便于保全物证出发，按物品的性质分为易挥发性和不易挥发性。如有机化合物类甲烷、乙烷、乙烯、乙炔、甲醇、乙醇、甲醛等，均是易挥发物质，当有环境污染、食物中毒的案例发生时，对易挥发性物品应及时收集、保存、送检，防止挥发性证据灭失。

2. 根据物证涉及的物质存在的状态分，可将物证分为固态、液态、气态三类。一般情况下，固态的物证较液态和气态的物证易于提取、包装、运送，可变性相对较小。而液态和气态的物证收集提取，包装、运送均较困难，极易受环境因素的影响发生变化或灭失。对此类物证，审判机关或法官应尽快督促当事人自行从速收集，不可贻误取证时机。固态的物证大到高楼大厦，小如金银首饰制品等。液态的物证有人体的分泌物、排泄物（唾液、精液、汗水）。血液是具有两重性的物证，新鲜时为液态物质，存放过久之后可凝固，成为固态的血液块或血迹。气态物证在民事诉讼案件中多与环境污染、购销合同有关的物品，如特殊的毒气，工业废气等。固态、液态、气态三种物证物品在一定的条件均可以发生物理状态的变化，了解某些物品的变化规律，对审理民事案件是有益的。如液化气在特殊装置的保护下呈液态状，脱离特殊装置与气体混合后成为气态，但它的易燃性质不发生变化，分子结构不变，获取一定气态的液化气体经检测仍然可认定为液化气。

有的物证因环境、条件变化发生自然变化，它不以人的意志为转移，在法庭审理应用中必须加以区分。如肉类食品，保存一定时间后，因自然蒸发水份变干燥使其重量比先前减少，因气温过高，细菌繁殖加速 而发生腐败变味等。有的物证又可被人为因素干扰而发生变异。如农药化肥类，使用适当它可以驱杀害虫，促进植物生长，体现出农药化肥的优越性；如使用不当，则会对农作物产生危害，此时不能认定是农药和化肥的质量不合格。

总之物证在民事经济类案件中涉及面广，技术性较强，法官在取证，应用证据时应格外注意。

（三）物证的特点

1. 物证能以自然存在的位置、形态、数量、质量等自身特征来证明案件

的真实事实。可以不要任何人为的主观思想内容来表述（本身特征是一种物品，它只能以客观形式表示，不能以主观思想去表述）。比如当事人提交的被人毁坏的电视机，只要该电视机的外观形态与原样发生变化，破损，失用，即可证明电视机被毁坏。当然被毁坏的程度需要人去检查反映出来，但是这种作为物证的某种物品具有较强的客观性的特点，是从被毁损那一刻起即存在，人去检查的过程，只是一种方法，证明被毁坏的事实是否客观存在，及其毁坏的程度。

2. 作为物证的某些物品具有双重证据的特点。有些作为物证的物品。即可当成物证在法庭上出示，也可以作为“勘验笔录”和“鉴定结论”的原始检材物质。如建筑施工合同纠纷中的标的物——房屋，它是双方当事人发生民事法律关系的物证。为了对房子造价进行评估，又要对该房进行现场勘查，根据勘验结果，制作鉴定书。此时，该房屋又是产生“鉴定结论”这一证据的原始物质。

3. 物证存在一定的局限性和被动性。物证是以某种物品特殊存在形式来证明案件真实事实的，这种物品自身不可能去作证，要依靠人去发现和利用。一旦可作为物证的物品不能被人发现，就失去了其证据价值，这就是物证的被动性。有的物证，它只是从一个方面反映局部事实真象，而不能够也不可能反映全部案件的真实事实，只有综合其它种类的证据，才能反映全部真实事实。如环境污染引起的民事损害赔偿案，该案的证据中，生态平衡被破坏的具体表现有树木、农作物枯萎，湖泊中鱼类死亡或畸形生长，这是物证，但它只能说明受污染的存在，还必须查明污染物，污染源、受损的范围及其大概价值，仅有当事人的陈述，没有这几种证据共同证明环境污染这一事实，该案是难以依法合理解决的。

（四）物证的作用

物证的原形是客观存在的物品，在民事诉讼活动中，对查明案件的真实情况有重要作用。

1. 能直接用来证明案件的真实事实。比如产品发明专利纠纷案件中，甲方称自己已申请国家专利的新产品被乙方仿冒生产，并向法庭举证了由乙方仿冒生产的产品，这种产品一经法庭查证属实，就能作为有证明力的物证，证实乙方确实侵犯了甲方的专利权。

2. 物证可作为计算理赔、清欠、抵债等经济纠纷和破产案件中计算经济价值的底物。

3. 物证是判断其它种类证据是否真实可信的客观依据。例如在离婚案件

的财产分割时，女方提出有若干银行存款与共同购置的金银饰品，要求按份分割，但女方只提供了书证——购物发票，却提不出物品来作物证。在未能提交金银饰品作为物证向法庭出示之前，虽有书证和当事人的陈述为证据，也不能充分证明金银饰品的现实存在。因而分割财产时显然不能草率地凭女方的陈述和书证予以认定，而必须出示（或男方在法庭上认可的）金银饰品作为实物进行分割。也就说只有出示了物证才能证明女方的陈述及购物发票这两类证据属实。相反，如果女方直接出示了金银饰品这一物证，而没有购物发票这种书证，仍然可以依据物证来确定本案应分割的财产。

（五）运用物证的原则和方法

根据我国民事诉讼法的规定，物证尽管是客观存在的物品，法庭上应用时，法官仍需要对物证进行审查，确认属实才能作为认定事实的依据。这是运用物证的基本原则。在具体办案实践中应注意以下几点：

1. 要有实事求是的科学态度。有的物证，因涉及到专门性知识，法官自身不一定都能审查清楚。此时，应按法律规定，及时交由法定鉴定部门或指定专门鉴定机构进行技术审查或鉴定。

2. 要全面认识作为物证的物品。根据辩证唯物主义的观点，世界上没有不变的物质。作为物证的物品一般不受人的主观因素影响而发生客观的变化，但它却受到环境、温差等自然界的影响发生数量、形态、质量、颜色等变化。变是绝对的，不变是相对的，因此，法官要全面认识和审查物证，同时按法律规定，争取对那些可能灭失或者以后难以取得的物证，亦尽早主动地采取措施，也可采用录照相的方法保留证据。

3. 根据案件的需要和实际物证的特征，要注意采取不同的取证方法。可以任意移动和容易保存的物证，应该让当事人向法庭出示或法官直接去提取，对庞大建筑物，不可移动物等，按法律规定可以复制模型、拍照摄像、绘图等方法，反映出物证原物的特征，代替实物作为物证在法庭上出示。

（六）物证的审查判断

人民法院对物证进行审查判断，主要从以下几个方面进行：

1. 审查物证来源。人民法院要审查物证是谁提供的；物证的来源是否合法；物证是如何形成的。

2. 审查物证的收集方法是否合法、科学、正确得当。物证虽然能对案件事实起证明作用，但如果收集方法不当，就不能再现案件事实，起不到证明案件事实的作用。

3. 注意审查物证与案件事实的联系。人民法院要把物证同案件中的其他证据结合起来进行分析对照，检查该物证与其他证据是否有矛盾，如有矛盾，要看能否合理排除。

4. 要注意审查物证是原件还是复制件。根据我国民事诉讼法的规定，当事人提供物证，应当提交原物。提交原件或原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。《意见》第 78 条规定：证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据。

四、视听资料

（一）视听资料的概念

根据《民诉法》第 63 条的规定，视听资料属于法定独立证据之一。但对于视听资料的概念和分类，法学界尚有争议。

第一种观点将视听资料定义为“凡是利用录像或录音磁带所反映的图像、音响，或以电子计算机储存的数据和资料等证明案件事实的证据，称为视听资料”。该观点认为视听资料应作为一种独立的证据。

第二种观点的学者主张，视听资料不能作为一种独立的证据，应将视听资料分为两类：一类以被摄录的图像（物品、行为）的存在及其形状、特征来证明案情，属于物证的领域；一类以其思想内容来证明案情，属于书证的范畴。

第三种观点的学者不赞成上述观点，认为第一种观点的学者给视听资料下的定义不确切，其理由如下：

首先，该定义混淆了音像证据与视听资料的界限。音像证据产生于案件发生的过程，由案件直接形成或者直接反映案件事实，因而与案件有关联；且在诉讼前已经形成并客观化、固定化，不受办案人员或有关人员意志的影响。视听资料产生于诉讼过程之中，直接反映诉讼事实，因而只与诉讼事实有关联，是办案人员在调查、收集证据过程中产生的，受办案人员或有关人员意志的影响。

其次，该定义混淆了音像证据、视听资料同电子储存信息的界限。电子储存信息是为鉴别证据而利用电子计算机先储存的数据、资料。这三者产生的过程、性质作用均不相同。音像证据是指能够再现案件事实与其他待证事实有联系的录音、录像。如当事人立遗嘱的录音、录像是在诉讼前形成的，不以人们的主观意志而转移，且与案件事实有联系。音像证据是办案人员收集和调查的对象，在诉讼中起证据的作用，能够直接证明案件事实，因而是证据。视听资

料是办案人员收集和调查证据的产物，它不是收集和调查的对象，而是收集、调查的结果，在诉讼中，只起证据资料（证明材料）的作用。电子计算机储存信息既不同于音像证据，也不同于视听资料，不是办案人员收集调查的对象，也不是收集调查的结果，而是被利用来鉴别证据的资料，其作用属于科学、技术鉴定的范畴。

基于上述分析，认为“视听资料，是指办案人员在侦查、起诉、审判过程中，为反映证据的收集和调查情况而摄制的录音和录像材料。”

从审理的民事案件来看，直接利用视听资料作为法定证据出示的还不普遍。因此，视听资料作为证据应用尚处于初级阶段。

（二）视听资料的特点

视听资料作为一种法定的证据之一，有其真实性，动态性、直观性、易复制与伪造等特点。

1. 真实性。现代摄像技术，可以将某一民事活动的过程，人物及其言行、地点、标的物、环境气候特点等，只要是人的眼睛可以看见的，耳朵可以听到的均能完整地记录在磁带或磁盘上，在庭审中需要向法庭出示证据时，只需将这种未经任何加工处理的录像带进行播放，它将会再现双方当事人在这一民事活动中的真实场面。

2. 动态性如果录音录像资料是录取的当事人在民事活动中的完整过程，或者是某一行为动作的完整过程，那么这一录音录像资料在播放时，就能反映当事人的语言和行为动作的连贯性，动态地反映当事人的语言、行为、动作与法律后果之间的关系。比如，甲方诉乙方故意伤害其身体健康造成了经济损失，提出损害赔偿请求，甲方向法庭提交了人证和证明其伤害后果的医院诊断证明及法医鉴定书等证据，但乙方拒不承认是自己的行为造成了甲方身体被伤害的后果，理由是当时在纠纷现场的双方人员众多，相互都有过激行为和动作，怎么就能证明乙必然就是造成这种结果的行为人呢？乙方有证人证明他没有殴打甲，后来，法庭审判人员在调查中发现双方发生矛盾的现场当时有一台作他用的闭路录像机，取出当天的录像带当庭播放中，有一组镜头反映出了乙在现场奔走，叫喊，举起右拳，向甲头部击去的连续性的动态性图像，从而充分证明了乙的确实施了伤害的行为，并造成了其它法定证据认定的后果。

3. 直观性。视听资料是通过摄像仪摄取的现场人物场面，而某一民事事件的场面和另一民事事件场面肯定会有区别。当这种场面不可重复性的时候，视资料就起了真实再现的作用，让法官、诉讼参与人都能直观地看到当时民事活动的场面，谁是谁非，一目了解。

4. 易复制与伪造。随着我国人民生活水平的不断提高和社会科学技术的发展，声像技术也在逐渐普及发展。当事人掌握了这种技术之后，他可能从有利于自己利益出发，对原始视听资料进行剪辑，清洗、插录、拟音灌制等方法篡改伪造，使其丧失了真实性，颠到了是非黑白。

（三）视听资料的作用

视听资料作为法定的证据材料，按现代科学技术条件有：录像带、录音带、激光唱盘、密纹唱片、影像胶卷、电报传真资料、电话录音、电子或雷达扫描记录、电子计算机软盘贮存的数据和图文资料等等，在民事案件中各能发挥证明案件真实事实的作用。视听资料都必须有一定的物品作为载体，载体上贮存的内容能起到证明本案事实的作用，那么这一“内容”即为视听资料，也就是说发挥证明作用的是载体上贮存的内容，而不是载体。只要载体上的内容是真实的、原始的，它对澄清案件真实情况就有可靠的证明力。

（四）运用视听资料的原则和方法

我国民事诉讼法第 65 条关于“人民法院对视听材料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据”的规定，是我们运用视听资料的基本原则。在使用方法上应注意以下几点：

1. 除法律有规定的以外，视听资料应该当庭播放或输出。呈现给本案诉讼参与人或听或看，允许当事人对听到的和看到的证据进行辩论，书记员应将双方当事人的意见做好笔录。

2. 对当事人提出的质疑，除允许另一方当事人答辩外，法官可以进行论证与质证。对其中技术强的，法庭认为需要交由法定鉴定部门或委托有关技术部门进行技术鉴定的，应该宣告休庭交由专业人员进行鉴定。

3. 注意保存。视听资料的载体一般除人为因素进行破坏极为容易外，也能受到自然环境因素的影响遭到损坏，从而使载体中的内容被消灭或部分毁坏，如录音录像磁带，当气温过高，湿度过大，灰尘沾染，磁粉吸附等就会发生损害，从而影响视听效果，因此，在当事人将记录有视听资料的载体提交法庭后，法官应注重保管，切勿使其遭受自然损坏。

（五）人民法院对视听资料的审查判断

人民法院在运用视听资料时要注意下列问题：

1. 首先审查视听资料的取得是否合法

在审判实践中，当事人向人民法院提供未经对方同意的录音、录像资料，如何认定其证明效力？有两种意见，一种意见认为当事人有责任向人民法院提

供证据，来证明自己的主张，不论采用何种手段所取得的视听资料，只要能证明案件的真实情况，可以作为证据使用。

如有这样一个案例：朱某与牛某因合伙购车营运发生纠纷，朱某持偷录的录音而起诉牛某。人民法院根据录音的内容，查证了相关的线索，最后查清了案件事实。原来，朱与牛是好友，双方口头协议各出资三万元合伙购“东风”货车一辆，以牛的名义办理了相关的手续；合伙运营中双方发生矛盾，又口头协议由朱某给牛某三万元购车款，该车便归朱某所有。双方按约定付款交车，却未办理过户手续。后来，牛某翻悔，将车强行劫回。在万般无奈情况下，朱某暗藏了微型录音机去央求牛某返还其三万元的购车款；牛承认事实，同意还钱，但要等到哪个时候有钱了哪个时候才还，否则，根本不承认全部事实，就是打官司也奈何不了他。朱某偷录了这段录音，然后才起诉。像这类案件，如果没有这个录音，朱某即便是向法院起诉，其诉讼请求因无证据证明，而不能得到人民法院的支持。审判该案的法官并没有以该录音来源不当否定其证明作用，而是以此为线索，查明了购车过程、业务联系、营利分配、车辆维修、争劫汽车等情节，从而形成一个完整的证据体系，查明了案件事实。

第二种意见与上述观点截然相反，认为《民诉法》第65条规定“人民法院有权向有关单位 和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。”法律并没有赋予当事人有权向单位和个人调查取证，当事人未经对方同意私自录音、录像，不是通过合法程序取得的，不能作为证据。最高人民法院法复（1995）2号批复肯定了该种意见，该《批复》规定：“证据的取得必须合法，只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的证据，未经对方当事人同意私自录制其谈话系不合法行为。以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用”。

产生这种分歧的原因是：第一，我国民诉法的规定有不全面的地方。《民诉法》第64条规定“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”《民诉法》第61条规定“代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据。”法律没有明确当事人收集证据的权限和方式，更没有明确收集证据的手段。第二，我国目前人们的法律意识和经济承受能力还没有达到每个案件都可以请律师或诉讼代理人参加诉讼的程度，当事人不能提供相应的证据来维护自己的合法权益。第三，在民事案件中，要取得对方的同意而收集音像证据事实上是不太可能的，如上例中的录音，即便是人民法院也无法收集到该类证据，因为法律也没有赋予人民法院以秘密录音、录像的方式收集证据。

从现代社会来看，通信手段的日新月异，录音电话、可视电话等，能够记录远在异国他乡的人的言行，事实上已经成为人们相互联系的工具。而且，商品经济打破了地域国界，时间、经济效益不容许人们在异地来回往返，而直接通过先进的通讯设施传送签订合同，为法律行为的意思表示。法律上之所以将视听资料规定为证据，就是因为录音、录像可以记载过去存在的客观事实。所以，国家应从立法上对视听资料的收集的相关问题作出具体规定。

2. 审查视听资料有无删节、剪接、篡改

人民法院要注意审查视听资料所反映案件事实的连续性，从中发现有无删节、剪接、篡改的情况。

3. 审查视听资料所反映的内容是否是案件事实真实情况的反映

人民法院要注意视听资料的人物表现、图像画面的形成是否自然；是否是违背行为人的真实意愿，是在他人威胁、胁迫、欺骗、引诱下产生的；是否是他人伪装或者伪造后所形成的。

4. 审查视听资料所反映的事实与案件其他证据事实之间有无矛盾

人民法院在审查中，如果发现有矛盾，看能否得到合理排除。人民法院要通过视听资料反映面大的特点，注意收集与案件相关的其他证据，以查明案件事实。

五、证人证言

（一）证人证言的概念

证人证言，是指了解案件情况的人对案件事实所作的陈述。

《民诉法》第 70 条规定："凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。不能正确表达意志的人，不能作证。"按照该规定，证人证言可以在法庭开庭审理中形成，也可以在庭审外形成。证人证言可以是口头的，也可以是书面的。

（二）证人证言的特点

证人证言是一种沿用历史最为悠久的诉讼证据之一，也运用得十分广泛。之所以如此，因它具有以下特点：

1. 可靠性。一般而言，证人出庭作证，是他直接耳闻目睹他人发生民事纠纷时真实情况的表述。作为民事案件的证人多与案件的内容无直接利害关系，处于"中间人"状态，因此，证人证言作为法定种类的证据，可靠性较大。

2. 可塑性。人是具有高级思维能力的，证人又是能够正确表达意志的人，人的感情丰富，想象力较强，语言丰富，当他看到和听见某一事实后，可因多种因素，使其将本来的事实真象，在向法庭陈述的时候发生部分或全部的变异。

3. 广泛性。民事案件可以发生在人与人之间，也可以发生在某人所享有的主权的物体及动物之间，法人与法人和其它组织之间，不论发生在谁与谁之间，发生在什么时间、场合，没有民事法律主体，民事案件是不可能成立的。因此，多数民事纠纷，总有知情人，除当事人之外，任何知情人都可以出庭义务作证。这也是民事案件的证人证言与刑事案件中的证人证言不同之处。刑事凶杀案，往往是选择隐蔽场所，有预谋地趁无旁人之际杀害他人。而民事案件可随时随地发生，因而它的证人也较之广泛得多，给收集证据提供极大的便利。

4. 简便易行。证人证言作为法定证据收集时只要依法，不需要特殊装备和条件便可以取得。因此，从来源上讲，它有简便易行的特征。因此在众多的民事纠纷中，庭审时只要有可能，都应请证人出庭作证。

5. 证人自身的特点。我国民事诉讼法第 70 条规定："凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。……不能正确表达意志的人，不能作证。"该规定表明证人的自身特点有：

(1) 凡是知道案件真实情况的人，都有义务出庭作证。任何公民，不分年龄、性别、种族、职业、文化程度及与当事人的利害关系如何，只要了解案件真实情况，都有作证义务。

(2) 不能正确表达意志的人，不能出庭作证。从医学角度考虑，不能正确表达意志的人应该是大脑患有疾病而影响其正常思维、分析、判断和语言表达能力的人，还有生理上智力发育不完善、不成熟和有严重智力缺陷的人。另一种是发育正常，但因醉酒或毒品中毒后，大脑思维等活动处于高度麻痹状态的人等等。

(3) 证人必须是了解案件真实情况的自然人。民事诉讼法第 70 条规定中："凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。""单位"是一种名称，而不是具有思维活动的人，都有义务出庭作证。"单位"是一种名称，而不是具有思维活动的人，是不能作证的。该款规定中所说的"单位"应该理解为具有一定代表资格的单位领导或工作人员。一般情况下证人应当庭作证，而证人不能委托他人代替自己出庭作证。盲人出庭，可以证明其所听到的事实；耳聋者出庭，特殊情况下不能出庭的给民法院允许用书面形式作证，可以证明其所

亲眼看到的事实。

(三) 证人作证的有效要件

证人证言是民事诉讼法所规定的证据之一，证人作证是一种诉讼法律行为，要具备下列条件：

1. 证人必须是能够正确表达意志的自然人。所谓“正确表达意志”就是将自己所知道和了解的事实能够陈述出来，让他人知道。不能正确表达意志的人，一般是指无民事行为能力人。生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨认是非、不能正确表达意志的人不能作证。对于限制民事行为能力人只能对其年龄、智力、辨认能力相适用的案件事实作证；瞎子可以对听到的情况作证；哑巴可以对其看到的情况作证。十岁以下的人是无民事行为能力人，在有些案件中，如几个十岁以下的小孩玩时发生伤害，没有其他证人可以作证，人民法院不能单凭这些知情者所陈述的情况定案，但可以参考其陈述，并要根据其他证据结合起来综合分析判断。

对于机关、单位、团体是否能作为证人？我国刑、民事诉讼法都规定了人民法院有权向有关单位和个人调查取证；按照法律的规定，机关、单位、团体都可以作为证人。但是，机关、团体、单位不是自然人，不能运用其感知来陈述案件事实，也不能承担其作伪证的法律后果，因而有学者主张“不仅机关、单位不能作证，就是证人联名出证、数人共同作证，也不能直接采作证言，必须经过个别询问后才能以证言对待。诉讼中一旦收集到机关、团体、事业企业单位提供的证明材料，应当由办案人员查明情况，落实到自然人再行询问。”我认为民事诉讼法所规定的向单位调查、取证，不能理解为单位提供证言。单位可以向人民法院提供有关证明案件事实的证明文书，如结婚证书、房产证书的存根等，这些证明文书由单位盖章。如果是人民法院向单位的领导或办事人员所询问的记录，应当作为证人证言，由被询问人签字，并对其所证明的事实负责。

2. 证人只能对自己所知道的已经发生的具体事实作证。证人所陈述的证言不能是对案件事实所作的分析、判断、评价或进行高度概括。证人对自己不知道的事实不能作证。证人对尚未发生的事实或不知道的事实进行推测而作的陈述不能作为证人证言。在西方国家的证据制度中，规定“证人只能就其直接感验的事实作证，而不得对不是直接感验的事实陈述相信与否的看法。”在电影《春天交响曲》中，作曲家苏曼与钢琴家克拉拉相恋，苏曼多次向克拉拉父亲请求与克拉拉成婚未获其批准，这对恋人只得向法庭起诉，请求法庭裁决。开庭审理时，作为被告人的克拉拉的父亲请了一位证人出庭作证，以证明苏曼

品性不端。该证人在庭上陈述苏曼在大学时期，不学无术、纵淫无度、通宵狂欢。法官认定该证言不具体，不予采纳。从该例可以看出，证人陈述的不是具体事实，就不具有证据作用。

3. 证人必须是本案诉讼参与人以外的第三人。《民诉法》第 70 条规定“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。”但是当事人不能对自己所主张的事实作证；担任本案的审判员、书记员、鉴定人、翻译人员、勘验人、诉讼代理人等不能对本案的事实作证；在刑事附带民事诉讼案件中，担任过本案的侦查员、公诉人、辩护人不能对本案的事实作证。本案诉讼参与人以外的第三人包括与当事人有利害关系的人，只要其知道案件情况都可以作为证人出庭作证，但人民法院对其证言要辨别真伪。

（四）证人的诉讼权利与诉讼义务

作为证人，它是被法院传唤到庭陈述对案件具有实际意义材料的任何公民，法律为了保障他很好地来完成法院的委托，应当赋予他享有一定的权利，承担一定的诉讼义务。

1. 证人的权利方面：①证人有权用本民族的语言陈述；②证人有要求法庭审判人员宣读其证言的权利；③证人有要求法院允许他作第二次陈述的权利，对被询问的笔录有权查阅，发现笔录与原述不符时，有权要求更正。但证人无权就案件其他事实，与另一方当事人辩论，否则，证人变成诉讼代理人了。④证人有要求因出庭作证耽误时间的工资及其他物质补偿的权利。

2. 证人的义务方面：①证人有出庭作证的义务；领事官员（或外交代表）无以证人身份作证之义务（见《中捷领事条约》或《维也纳外交关系公约》；②证人在法庭上，有作真实陈述的义务；③证人退庭与否，有受到审判长指挥的义务；④证人对法庭询问的情况和本人陈述的内容有保守秘密的义务。

（五）收集证人证言的程序及应注意的问题

人民法院、当事人及其诉讼代理人收信证人证言，应当遵守下列程序和注意下列问题：

1. 人民法院、当事人及其诉讼代理人在开庭前收集证人证言，应由两人以上共同进行，不得单独一人自问自记。

2. 人民法院的审判人员、当事人的律师向证人收集证人证言，应向被调查人出示证件。

3. 收集证人证言应以询问的方式进行。询问前要告知被询问人应如实回答提问，作伪证要承担相应的法律责任。询问的笔录要经被询问人核实查对，

对于不识字的被询问人，调查应向其宣读，并询问其记录是否全面真实。询问证人的笔录要由调查人、被调查人、记录人签名或者盖章。

4. 询问证人应个别进行。在一个案件中，人民法院、当事人及其诉讼代理人可能会向数个证人询问，不能采取集中询问的方式，以免在证人之间相互影响。证人不能参加开庭审理的旁听。在审判实践中，有的法院通知证人出庭作证，证人到庭后，直接参加了开庭审理的全过程，这对其作证将有一定的影响。人民法院应将证人与法庭隔离，只有当需要其作证时，才能让其到庭。

5. 不得对证人进行暗示性的提问。询问证人的根本目的是为了通过证人证言结合其他证据，查清案件事实。只有证人对案件事实作真实表述的证言，才具有诉讼价值，因而调查人不能按照自己的假设、推断，对证人进行暗示性的提问。否则，其所取得的证人证言将不是对案件事实的客观反映。

（六）人民法院对证人证言的审查

人民法院对证人证言的审查，要注意以下几个方面：

1. 审查证人是否符合条件

只有具备证人条件的人作证，其证言才有可能在诉讼中起证明作用，如果是不具备证人条件的人所作的陈述，其陈述不能在诉讼中起证明作用。具备证人条件的人，才有可能知道案件的有关情况，通过陈述反映已经发生的案件事实。另外，人民法院还应审查证人是否具有感知、记忆、表述的能力，是否有影响其正确表述的因素。

2. 审查证言的形成过程

证人证言是对过去已经发生的事实进行陈述，因而证人证言的形成是有一定规律可循的。证人除对其陈述的事实在发生当时有感知外，还必须通过记忆、再生，才能再现案件事实，所以感知、记忆、表述是证人证言形成所必须经历的三大要素，缺乏其中任何一个要素，都不能形成证人证言。

证人对案件事实的感知，要受主、客观条件的影响和制约。从主观上看，证人对案件事实有关情况的感知要受感受能力的影响，如其情绪、对环境条件变化的适应、对有关情况的注意程度、对感知对象的选择、错觉等；从客观上看，案件事实发生时的位置、距离、空间、气候、光亮、温度、时间等因素，对证人证言起制约和影响作用。

证人对案件事实的记忆，要受其记忆能力、记忆因素的影响。

记忆能力，是指证人对已经发生的案件事实在其头脑中再现的能力。记忆能力由识记能力、保持能力、回忆能力、再认能力所组成。识记能力，是指证人对其过去所感知的案件事实的有关情况在其头脑中留下印象的能力。保持能

力，是指证人将其留存于头脑中的案件事实的有关情况随着时间的推移而延续的能力。回忆能力，是指证人将其头脑里留存的案件事实的有关情况进行再现的能力。再认能力，是指证人对留存于头脑中的案件事实的有关情况，通过回忆而再现并对其识别辨认的能力。识记能力是其他能力的前提；保持能力和回忆能力是记忆能力的基础；再认能力是记忆能力的最终目的。证人的记忆能力的各种要素，要受个性特点的制约和影响。

记忆因素，是指证人再现过去发生的案件事实的有关情况的要素。影响证人识记的因素有对象、频率、注意、选择、情绪、方法等。一般说来，动态的事物、惊险的场面、有规律的现象、感知频率高的对象、愉快或悲伤的事物容易记忆；证人在其感知事物时情绪好，则对其再现案件事实的有关情况的真实性较大。影响证人保持因素与时间、加固、年龄、职业、联想等有关。证人所提供的证言离诉讼发生时越近，其记忆程度越清晰，真实性越大；证人对其留存于大脑中的案件事实的有关情况反复加固，其记忆会不断延续；青少年较老年易记忆；对其职业有关的事物易记忆。

证人对其所知道的案件事实的有关情况进行表述，影响其正确表述的因素有动机、想象、暗示、智能、学识、年龄等。一般说来，积极作证的较为清楚；消极作证的因其有抵触情绪，有可能不认真实，问东说西，答非所问；拒绝作证的，根本不说话等。证人对过去已经发生的案件事实进行陈述，由于感知的误差，随着时间的流失，难以对有关情况作系统清晰的陈述，但证人的一种特殊心理，使其按照自己的经验、常识，运用其逻辑思维进行假设、推理、想象、补充，因而有可能失真。审判人员、当事人、诉讼代理人或者社会公共舆论的暗示对证人作证都有影响。一般说来，智能低、学识少的人对有关情况的表述不一定很清楚，但较为朴实；智能高、学识多的证人对有关情况的表述较清楚，但其中不乏其想象和推测等。

3. 审查证人与当事人间的利害关系

一般说来，当事人向法院提供的证人都是对自己有利的。当证人与当事人有利害关系时，其所提供的证言有可能不完全真实，甚至虚假。在有些国家的法律中，规定当事人的直系血亲、姻亲、配偶或有收养关系的人不能作证。但我国的法律并未有此限制性规定。

4. 审查证人证言与其他证据之间有无矛盾

首先，审判人员应将证人证言与案件发生的时间、空间、条件联系对照分析，看是否与案件事实存在客观内在联系。其次，应将证人证言与案件其他证据进行比较，审查证据相互之间有无矛盾，证据之间是否协调，是否符合情理

与逻辑。

5. 人民法院对证人证言的审查应当庭进行

证人证言可以在开庭前收集，也可以在开庭时由证人出庭陈述而取得。不论采取何种方式取得的证人证言，除法律另有规定外，都必须当庭出示，并经当事人辩论质证。《民诉法》第66条规定“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。”未在法庭上出示和未经当事人辩论，质证的证据不能作为定案的根据。人民法院根据当事人的申请以及查明案件事实的需要，为确认证人证言的真实性，应通知证人到庭，当事人可以在法庭上对证人所提供的证言进行质证。证人对当事人的质证，审判人员、诉讼代理人的询问应当回答，不得拒绝。

（七）证人出庭作证制度的完善

《民诉法》第70条规定：“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。”由于法律条文规定过于原则，未能解决审判实践中出现的证人由谁确定并通知出庭、如何进行质证、证人证言效力的认定、证人不愿作证、不愿出庭作证、作伪证、当事人不能在法庭上向证人发问质证如何处理等问题。这就需要理论和立法上不断完善证人出庭作证制度。

1. 规范证人出庭作证的具体程序

我认为可从以下几个方面进行：

(1) 一律实行证人出庭作证，取消在庭审外收集证人证言。根据法律的规定，证人出庭作证是证人作证的主要形式，应将提供书面证言的证人限制在极小的范围内。法律已经对该部分证人的条件作了严格的规定，一是确有困难不能出庭；二是经人民法院许可。人民法院在审判中应当遵照执行，这两个条件缺一不可。

(2) 由当事人在开庭审理五日前向人民法院报告拟请求法院通知出庭作证的证人名单，人民法院对当事人提供的证人名单不能选择、更换，但人民法院可以依职权通知当事人未申报的证人出庭作证。人民法院应按《民诉法》123条的规定，在开庭三日前向证人发出出庭通知。

(3) 证人作证前，审判人员应告知其诉讼权利和诉讼义务，尤其如实作证，作伪证要负的法律责任等。

(4) 证人当庭作证后，由当事人进行质证。其顺序为：举证方、对方、第三人。法官在庭审中主持引导质证，制止和纠正与案情无关的争执或其他妨碍诉讼的行为，其中心任务是审查、核实、确认证据。

(5) 法官对经当事人辩论、质证后的证人证言应当庭确认其证明效力。

2. 强化证人出庭作证的措施

按照法律规定，证人出庭作证是一项法定义务，如果证人不履行该项义务，就应受到相应的法律制裁。有学者建议对不愿出庭作证的证人处以罚款、拘传、拘留。

3. 建立宣誓和伪证惩罚制度

为了增强证人的责任心、义务感，应该参照国外民事诉讼中的宣誓制度，要求证人作证前进行宣誓。其内容包括忠于事实、忠于法律、如实向法庭作证，承担作伪证引起的法律后果等。对于故意作伪证的，要从严处理，对明知案件情况，但拒不出庭或出庭后拒不作证，影响法院查清案件事实的，可作为妨碍司法公正的行为处理。

4. 严格保护证人的人身权利和财产权益

有的证人不愿出庭作证，是因为怕日后受他人的打击、侮辱、诽谤，为了确保证人的人身安全和财产不受损失，《刑法》第 307、308 条规定"以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。司法人员犯前两款罪的，从重处罚。""对证人进行打击报复的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。"这些条款的规定，加强了对证人的保护力度。证人因作证耽误了工作，应由当事人对其误工损失、交通费、生活费、住宿费进行补偿，其标准和负担可由法官根据具体案件确定。

六、当事人陈述

（一）当事人陈述的概念和意义

民事当事人陈述，是指民事诉讼中的当事人就案件的事实向人民法院所作的叙述、说明，以及承认他方主张的事实和诉讼请求。

在古代证据制度中，法官都要听取当事人的陈述，并可据以认定案件事实，其实质就是将当事人陈述作为证据。古罗马时代的十二铜表法第三表中的"被告人自认"是最完善的证据。在法定证据制度中，将被告人对诉讼请求的承认作为"证据之王"。近代资本主义国家的立法规定，当事人承认对自己不利的事实，就免除对方的举证责任，而且对法院有拘束力，即法院应当确认承认的事实是裁判的基础。

在民事诉讼中，当事人陈述具有十分重要的意义：

1. 当事人是民事法律关系发生、变更、消灭的主体，通过当事人陈述，

人民法院可以全面了解案件发生的全过程，查清发生纠纷的原因，分清当事人间的责任是非。

2. 民事诉讼中的当事人，为了维护自己的合法利益，避免承担败诉的后果，总是尽力向人民法院说明自己的意见和要求，并提出有关事实和依据。人民法院可以根据当事人所提供的事实，进行有目的的调查收集证据，及时查清案情，迅速结案，提高人民法院办案效率。

3. 当事人陈述包括对案件事实或者诉讼请求的承认，一方当事人对他方所提出的案件事实的承认，人民法院可以免除举证责任；一方当事人对他方所提出的诉讼请求的全部承认或者部分承认，有可能促成当事人调解结案，对双方当事人都较为有利。

（二）当事人陈述的特点

在民事诉讼中，当事人陈述具有下列特点：

1. 当事人陈述具有真实可信性。民事诉讼中的当事人，是民事法律关系的直接参加者，他们对其民事法律关系的内容及其产生、变更、消灭情况十分清楚，是直接了解案件情况的人，对案件事实感知最深。他们向人民法院所作的陈述，是原始形成的。这是当事人陈述具有真实可信性的基础。

2. 当事人陈述具有利己倾向性。当事人与案件的处理结果具有利害关系，受其影响，通常只作对其有利的陈述，对其不利的方面，避口不谈。有的当事人有意混淆是非、颠倒黑白，故意夸大、缩小、歪曲事实真相。正是当事人陈述的利己倾向，使作为诉讼证据的当事人陈述复杂化，一方面某些本不真实的情况以真实证据的面目出现；另一方面，某些本属真实的证据却处于被怀疑状态；本应能证明其诉讼主张却因真假难分，给法官带来审查、判断、采纳证据的困难。

3. 当事人的陈述是主观对客观事实的一种反映。当事人虽然是民事法律关系的直接参加者，但其陈述是向人民法院叙述说明已经发生的案件事实，这种陈述也必然要受当事人感知、记忆、表述能力的影响和制约。即使当事人陈述不带倾向性，因时过境迁，以及其他主、客观因素的影响，也可能使当事人陈述不完全真实反映案件事实。

由于当事人陈述的上述特点，人民法院对于当事人陈述要结合案件的其他证据进行审查，即不能对当事人陈述全面否定，也不能对当事人陈述盲目轻信，只有通过查证核实后，才能作为定案的根据。

（三）当事人陈述的主体和范围

民事诉讼的当事人是一个广义的概念，不仅包括原告、被告、共同诉讼

人，还包括第三人。当事人陈述的主体也就包括原告、被告、共同诉讼人、第三人；他们对争议的案件事实向人民法院所作的叙述和说明，属于当事人陈述的范畴。

民事诉讼中的当事人向人民法院陈述自己的意见，其内容是很多的，如向人民法院提出诉讼请求、陈述案件事实、提出自己对案件证据的分析判断、处理意见、法律适用等问题，这些内容不全属于证据意义上的当事人陈述。

民事当事人陈述的范围是：

1. 原告起诉所提出的事实和证明诉讼主张的事实。原告起诉时要提出事实根据，要向人民法院阐明其与被告之间民事法律关系发生、变更、消灭的事实，以及被告不履行法律规定或合同规定义务或者侵害原告权益的事实，发生纠纷的事实，向人民法院提供证明案件事实存在的证据事实。

2. 被告反诉所提出的事实。在反诉中，本诉的被告以本诉的原告为被告，撇开原告的诉讼请求，而重新提出一个新的诉讼请求，以抵销、吞并本诉原告所主张的诉讼请求，因而被告要提供证明反诉主张的事实。

3. 原告、被告、第三人对他方所主张的事实的反驳。反驳是当事人一方列举事实和理由来否定他方所主张的事实和理由，以拒绝接受他方的诉讼请求。

4. 原告、被告、第三人对各方所提出不利于自己的事实的承认。

（四）民事诉讼当事人的承认

当事人的承认，是指当事人一方对他方提出的不利于自己的事实向人民法院作出认可的意思表示。

当事人的承认，是当事人陈述的组成部分。民事诉讼当事人的承认，可分为诉讼上的承认和诉讼外的承认，两者在性质、效力、后果上都不同。

诉讼上的承认，是指当事人一方在诉讼进行中，向人民法院认可对方所主张的事实和提出的诉讼请求的意思表示。诉讼上的承认可以在开庭审理时作出，也可以在人民法院受理案件后，到判决前向人民法院提出。一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的，即免除另一方当事人的举证责任。诉讼上的承认，是当事人向人民法院所作的陈述，具有证明的效力。

诉讼外的承认，是指一方当事人在诉讼外对他方当事人主张的事实和提出的诉讼请求进行认可的意思表示。诉讼外的承认不具有证明效力，因其不是向人民法院作出的，如果当事人一方在诉讼外作出承认对方所主张的事实和提出的诉讼请求的意思表示，另一方向人民法院提出证明该事实的根据，作出承认

意思表示的当事人再予以承认的，就由诉讼外的承认转化为诉讼上的承认。

承认还可分为全部承认和部分承认。如果被告方向人民法院全部承认原告所主张的事实和提出的诉讼请求，而且这种承认没有受他人胁迫、威胁、引诱、欺骗，是其真实的意思表示，人民法院可以直接以被告方的承认作为认定事实的依据。

在国外的民事诉讼中，承认不仅可以免除当事人的举证责任，而且免除法院对其真实性的一切审查，无论承认的真伪如何，法院都应当根据承认来认定事实，如德国民事诉讼法第 288 条第一款和日本民事诉讼法第 257 条的规定。

我国台湾的民事诉讼法将当事人的承认分为对事实的承认和诉讼请求的承认。对系争事实的承认称为“自认”；对诉讼请求的承认称为“自从”。台湾民事诉讼法第 279 条规定“当事人主张之事实，经他造于准备书状内或言词辩论时或在受命推事、受托推事前自认者，无庸举证”，可见，对系争事实的承认，则免除主张该事实一方当事人的举证责任，并不必然产生承认一方败诉的后果。台湾民事诉讼法第 384 条规定：“当事人于言词辩论时为诉讼标的之舍弃或认诺者，应本于其舍弃或认诺为该当事人之败诉之判决。”可见，承认诉讼标的，法院可以作为判决其败诉的依据。

我国民事诉讼中的承认与承认诉讼请求是不同的。其区别是：

1. 主体不同。作为证据学意义上的承认主体有原告、被告、第三人及其特别授权委托代理人，但作为承认诉讼请求的主体只限于被告人或特别授权的代理人，即表明被告表示愿意接受原告提出的实体请求。

2. 对象不同。作为证据意义上的承认对象仅限于他方提出的不利于承认人的事实，而不包括形成法律关系的全部事实，但作为承认诉讼请求的承认，不仅包括了承认不利于己的事实，而且还包括承认了双方产生实体法律关系的全部法律事事。

3. 性质不同。当事人的承认是对不利于自己事实的认可，是对实体权利所作的处分，而承认诉讼请求是当事人行使诉讼权利的表现，将对诉讼进程产生影响。比如被告方承认原告的全部诉讼请求，法院可以判决其败诉，并终结诉讼程序。对于承认来讲，只有当被告方表示完全接受原告方的请求和所主张的事实，也就是全部承认，导致的后果才有可能与承认诉讼请求相同。

4. 法律后果不同。作为证据学意义上的承认不一定导致当事人败诉，有可能败诉，但不是绝对败诉。比如对方当事人超过诉讼时效而起诉的，又无延长的理由，则起诉的当事人将丧失胜诉权。但作为承认诉讼请求的承认，必然导致承认人败诉的法律后果。

民事当事人的承认，必须采取语言文字形式，也就是要采取明示的方式，如果当事人只是对他方主张的事实和提出的诉讼请求不争执、不否认、沉默不语，不能推定为承认。

（五）人民法院对当事人的询问

人民法院对当事人陈述，应耐心听取，不要随便打断当事人的陈述，要尽可能让当事人详细陈述与案件有关的各种情况，如有不清楚或发现矛盾的情形，应向当事人询问。人民法院对当事人进行询问，要依法进行，注意态度和方式方法，不能进行诱导性的提问或进行暗示。对当事人的询问应在法庭中进行，一般应要求当事人到庭询问，对于法院开庭前的询问，人民法院在开庭时要当庭宣读询问笔录，并征求双方当事人对该笔录的意见。人民法院询问当事人或让当事人陈述应一视同仁，公正无私，不偏袒任何一方。

在法庭调查阶段，法官不能让诉讼代理人代替当事人陈述案件事实。因为诉讼代理人不是民事诉讼法律关系的主体，不是纠纷的直接参与者，他与当事人的诉讼地位是不同的。法律规定当事人可以委托一至二人作为诉讼代理人，经当事人的特别授权，诉讼代理人可以承认、放弃、变更诉讼请求，但并非当事人的全部诉讼活动都可由诉讼代理人代替进行，当事人与诉讼代理人具有不同的法律地位。《民诉法》第 124 条第一款第（一）项规定的是“当事人陈述”，所以不能由诉讼代理人代替其陈述。某县法院审理一件相邻纠纷案件，原告的诉讼代理人是其儿媳，在法庭调查阶段，法官宣布“由原告陈述”，但实际上是由原告的儿媳进行陈述，而陈述的案件事实却涉及到该诉讼代理人尚未出生时的事实。她对自己尚未出生的事实怎么能感知？如果某人对已经发生的案件事实是亲自耳闻目睹，则应该作为证人，而不能作为诉讼代理人。

人民法院对当事人的询问或当事人在庭上所作的陈述，应当详细记录在案；询问笔录要交当事人阅读或当庭宣读，对记录有遗漏或者差错的，当事人有权申请补充或者修改；询问笔录应由询问人和被询问人签名或者盖章。

（六）人民法院对民事当事人陈述的审查

《民诉法》第 71 条规定：“人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实。”

人民法院对民事当事人陈述的审查判断，要注意以下几个方面的问题：

1. 审查当事人陈述与其他证据有无矛盾。由于当事人对于案件的处理结果有利害关系，这种利己倾向，他们往往夸大对其有利的事实，掩饰对其不利

的事实，甚至故意歪曲案件事实。人民法院不能只凭当事人的陈述就简单定案，要审查当事人陈述与其他证据是否有密切联系，在内容上是否一致，在证明对象上是否统一。

2. 审查当事人陈述形成的主、客观情况。当事人陈述要受感知能力、记忆能力、表述能力的影响和制约。除当事人陈述具有利己性的特点外，还可能因对案件事实理解有错误；或者时过境迁，记忆模糊，记不清楚已经发生的案件事实；或者由于表达能力有限，不能准确、清晰地叙述过去了的案件事实。要防止当事人按照自己的经验、常识，运用其逻辑思维对记忆不深的案件事实进行假设、推理、想象、补充陈述，造成错误判断。对于当事人陈述，要审查其陈述的意思表示是否真实，是否在胁迫、误解，或被人诱引、欺骗下，而不得已作出的陈述。

3. 注意审查当事人陈述中的承认是否真实。人民法院对于当事人陈述中所作的对己不利的事实的承认，也不能盲目轻信。一般说来，当事人一方是不会主动承认对其不利的事实，但在他人的胁迫、诱骗下，或者在误解的情况下，也有可能作出违背其真实意愿的意思表示。甚至有的当事人恶意通谋，以承认来损害三人或者国家、集体的利益。人民法院只有在查明当事人陈述中的承认符合案件客观事实，其处分民事权利没有超越法律规定的范围，才能将当事人陈述作为认定案件事实的证据和判决的基础。

4. 民事当事人陈述对法院无约束力，当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据其他审查核实的证据，认定案事实，并作出相应的判决。

七、鉴定结论

（一）鉴定、鉴定人、鉴定结论的概念

鉴定，是指鉴定人为协助司法机关解决案件中的专门性问题，运用其专业知识，对案件中一定客体的特征或属性进行分析、鉴别和判断的行为。

鉴定人，是指接受人民法院指派或聘请，依靠自己的知识、技术、经验，对案件中专门性问题进行分析、鉴别、判断并向法院提供鉴定结论的人。

鉴定结论，是指鉴定人运用自己的专业知识，根据案件的事实材料，对某些专门性问题进行分析鉴定后所得出的结论性意见。

鉴定结论具有三个特征：

1. 鉴定结论具有独立性。鉴定结论是鉴定人运用其专业知识，结合案件事实和送检的材料，进行科学分析、判断、鉴别而得来的，有别于其他证据。

2. 鉴定结论是鉴定人对专门问题进行鉴定判断后得出的结论性意见。鉴

定人不仅要在鉴定结论中叙述其根据送检材料所观察到的事实，而且还必须在分析和研究这些事实的基础上，作出鉴别、分析、判断意见。

3. 鉴定人对专门性问题所作的分析、鉴别、判断，只能涉及案件事实，不能涉及对案件处理结果的法律评价。

在英美法系中，鉴定人被称为“证人—鉴定人”。“专家证人”或“有学识的证人”；鉴定人所作的鉴定结论称为“鉴定人证言”。确定鉴定人资格，是美国司法中最敏感的一个问题，法律没有明确规定，由法官任意处置。当事人可以选择鉴定人。那些一心想要打赢官司的人，当他们物色鉴定人时，选择鉴定人的标准并不是他的业务水平，而是能否迎合原告人或被告人取得最有利的鉴定结论的心愿。当事人实际是雇佣鉴定人，因此鉴定结论与案件事实出现很多矛盾，鉴定人在法庭上提供虚假材料的情况比比皆是。①

在我国民事诉讼的理论和实践中，鉴定人与证人是有严格区分的。鉴定人与证人的区别是：

1. 条件不同。鉴定人必须具有解决案件事实中某些专门性问题的知识和能力，他能运用其专业知识，对送检材料进行分析、鉴别、判断，作出鉴定结论；证人是知道案件情况的人，只需将其所了解或者知道的案件事实向人民法院作证，不要求具有专业知识，也不要求其对所知道的案件事实进行分析、推理、鉴别、判断。

2. 对案件情况了解的时间不同。鉴定人是在接受人民法院的指定或聘请，在诉讼程序开始以后，才知道案件情况的，而且鉴定人不一定全部了解案件情况，只有在鉴定需要时，才能了解与鉴定有关的案件情况；证人是在诉讼尚未发生时就知道有关案件情况的。

3. 权利义务不同。鉴定人有权了解鉴定所需的案件情况，询问证人和当事人，还有权拒绝鉴定；而证人不能查阅案件有关材料，不享有鉴定人的权利，也不能拒绝作证。

4. 与案件有利害关系的人不能作鉴定人，但可以作证人。因此，鉴定人应实行回避，证人不实行回避；鉴定人可以更换，而证人不能更换，也不能代替。

（二）鉴定诉讼法律关系的三要素

人民法院指定或聘请某人对案件中专门问题进行鉴定后，就与鉴定人之间形成鉴定诉讼法律关系。鉴定诉讼法律关系由主体、客体、内容所组成。

---

① （苏）B. K. 普钦斯基著：《美国民事诉讼》，江伟、刘家辉译，法律出版社，1983年8月第1版，第113页。

1. 鉴定诉讼法律关系的主体

鉴定诉讼法律关系的主体，是指引起鉴定程序产生或者对鉴定客体进行鉴定的人。包括人民法院和鉴定人。

人民法院是提起鉴定程序发生的主体。《民诉法》第72条第二款规定“人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”《民诉法）第125条第三款规定“当事人要求重新进行调查、鉴定或者勘验的，是否准许，由人民法院决定。”由此可见，只有人民法院才有权决定鉴定，组织鉴定，审查鉴定结论，有权决定采用或者不用，有权决定补充鉴定或者重新鉴定。当事人自行找有关部门或个人鉴定的，不具有法律效力。当事人可以向人民法院提出申请，要求对案件中的某些专门性问题进行鉴定，是否准许，由人民法院决定。

鉴定人也是鉴定法律系的主体。人民法院有权提起鉴定程序，但不能代替鉴定人进行具体的鉴定工作，也不能以任何方式影响鉴定人客观、全面、公正地进行鉴定工作，鉴定人必须独立完成鉴定工作，并对其鉴定结论负责。鉴定人有两种，一种是人民法院的专职鉴定人，如法医或由法律直接规定的专门鉴定组织，如法医学鉴定委员会；一种是人民法院临时指定或聘请的非专职鉴定人。

鉴定人应当具备下列条件：

(1) 必须具有通过鉴定能解决案件中专门性问题的知识和能力。随着社会的发展和进步，在民事审判中，涉及到科学、技术、商业和各种专业方面的问题，需要运用专门知识对此进行认识、分析和判断。人民法院的法官不可能门门都会，样样皆懂，就需要依靠具有专门知识的鉴定人解决专门问题，鉴定人要解决专门问题，就必须具有解决该问题的专门知识和才能。公安部《刑事技术鉴定规则》第4条规定“刑事技术鉴定，必须由具有鉴定员以上职称的专业技术人员担任。”《人民检察院法医工作细则》(试行）第29条规定“法医鉴定人必须是医学院、校毕业或有相应技术水平的医师、医士以及半年以上法医学专业训练结业的专职人员来担任。”第30条还规定“法医鉴定权必须由具有专业技术职务的法医来行使，技术职务尚未评定的，经省级检察机关刑事技术部门审查认可后，方可行使鉴定权。法医技术职务为：主任法医师、副主任法医师、主检法医师、法医师、法医士。”《人民检察院文件检验工作细则》(试行）第5条规定“文件检验鉴定权必须由具有专业技术职务的文检技术人员来行使。”这些规定，要求鉴定人必须具备一定的资格。人民法院指定或聘请鉴定人，要从具有解决案件专门问题的知识和能力的人中选任。

（2）必须能够客观公正进行鉴定。这就要求鉴定人应当公正无私、忠于事实、忠于法律，不贪赃枉法，不弄虚作假。要排除一切可能影响鉴定人客观全面进行鉴定的因素，根据法律的规定，本案的当事人或当事人的近亲属；与本案有利害关系；担任过本案的证人、辩护人、代理人的；与本案当事人有其他关系可能影响公正鉴定的人，都不能作为鉴定人。

（3）鉴定人只能是具有某些专门知识的、完全行为能力的自然人。机关、企业、事业单位、团体不能作为鉴定人，《民诉法》第72条所规定的“法定鉴定部门”是指可以进行鉴定的机构。在审判实践中，人民法院常常是委托某单位对某案件的专门问题进行鉴定，人民法院并不了解该单位的哪一位或几位同志可以作为鉴定人。但每一项具体的鉴定，是通过作为自然人的鉴定人来完成的，如果某项鉴定是由数人完成的，当其意见不一致时，应当进行讨论，如仍不能取得一致意见，则每个鉴定人都可以单独作出自己的鉴定结论，并在该鉴定结论上签名或者盖章。只有落实到具体的自然人，才能承担相应的义务和责任。

2. 鉴定诉讼法律关系的客体

鉴定诉讼法律关系的客体是指鉴定法律关系主体权利义务所共同指向的对象。

人民法院和鉴定人之间因鉴定而产生的诉讼法律关系的客体是案件事实。作为当事人法律关系客体的案件事实，与人民法院和当事人之间的诉讼法律关系客体的案件事实既可能同一，也可能不同一。因为人民法院决定鉴定只是解决案件中的某些专门问题，该问题可以是案件事实的一部分或案件事实的主要部分。

应当明确，鉴定人所鉴定的客体与鉴定诉讼法律关系的客体是不同的。鉴定的客体是指人民法院提供给鉴定人鉴定的物质材料，即送检物。比如法医鉴定中的客体是人体，痕迹鉴定中的客体是物体，文书鉴定的客体是文书和有关文字材料，会计鉴定的客体是会计记账凭证和核算资料，工程造价鉴定的客体是工程图纸、结算凭证及建筑物等。而鉴定诉讼法律关系的客体只能是案件事实。

3. 鉴定诉讼法律关系的内容

鉴定诉讼法律关系的内容，是指鉴定法律关系主体所享受的权利和应承担的义务。

作为鉴定主体之一的人民法院享有的权利是：有权引起鉴定程序的产生，有权指定或聘请鉴定人，有权决定补充或重新鉴定，有权对鉴定结论采用或否

定。人民法院承担的义务是：有义务向鉴定人提供鉴定所需要的送检物；有义务向鉴定人提供鉴定所需要的案件材料；有义务为鉴定人询问证人和当事人提供方便。

鉴定人享有的权利是：有权了解进行鉴定所需要的案件材料；在必要时，有权询问当事人和证人；有权要求法院支付鉴定所需的有关费用；有权拒绝鉴定等。鉴定人的义务是：做到客观公正、对事实负责、对法律负责；制作鉴定结论并签名或者盖章；应人民法院的通知出庭，接受审判员、当事人及其诉讼代理人的提问；认真保管送检材料，不得泄露国家秘密和他人的隐私等。

（三）鉴定结论的制作

鉴定人对送检物进行鉴别、分析、判断后，要向人民法院提交鉴定结论。《民诉法》第72条第三款规定“鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。”鉴定结论的主要内容包括：提出鉴定的机关；送检的材料；送检的目的，即通过鉴定要求解决哪些专门性问题；案由及有关案情的介绍；鉴定的方法、步骤；鉴定中所观察到的事实；鉴定的时间、地点；作出结论的理由和根据；提出结论性意见；鉴定人签名或者盖章。

鉴定人制作鉴定结论，应注意下列问题：

1．鉴定结论是鉴定人对送检客体进行鉴定后，就解决案件中的专门性问题作出结论或意见，鉴定结论中不得对法律或其他问题作出结论。法律的问题是人民法院依据法律的规定，按照法定程序才能解决的问题。

2．鉴定结论要全面反映鉴定的整个过程，不仅要提出结论性意见，更重要的是通过对鉴定全过程的简要叙述，阐明作出结论的理由和根据。

3．鉴定结论必须由鉴定人亲自制作并签名或者盖章。如果鉴定结论出现错误，鉴定人要承担责任。鉴定单位对鉴定结论不承担责任，只需在鉴定结论上证明鉴定人的身份、资格、职称即可。

（四）人民法院对鉴定结论的审查判断

鉴定结论是鉴定人主观认识客观事物所得出的结论或意见，受其主、客观因素的制约和影响，鉴定人所作的鉴定结论有可能客观反映了案件事实；也有可能是案件事实的虚假反映，人民法院不能将鉴定结论作为直接证据，如果只有鉴定结论，没有其他证据，不能仅凭鉴定结论而定案。因此，《民诉法》第63条第二款规定，鉴定结论经查证属实，才能作为认定事实的根据。

人民法院对鉴定结论进行审查的主要内容是：

1．审查鉴定人是否具备主体资格。人民法院要审查鉴定人是否具备担任鉴定人的条件，有无专业知识和能力及相应的职称，是否应该回避等。

2．审查鉴定所依据的材料是否可靠充分。只有建立在充分可靠的材料上，鉴定人才能进行完整、清楚、准确地分析、鉴别和判断，如果送检材料不真实，则以此为基础而产生的鉴定结论必然不真实。

3．审查鉴定的方法、程序是否合法、科学。只有人民法院才有权决定和引起鉴定程序的产生，当事人自己找人鉴定的，不具有诉讼法上“鉴定”的意义。鉴定人进行鉴定也必须遵守法定程序，忠实履行其职责，不得向当事人泄露有关鉴定的内容，不得违反法定程序作鉴定。

4．注意审查鉴定结论的论据是否充分，其推断是否符合情理，是否符合逻辑。

5．注意审查鉴定结论与案件事实有无联系。本来鉴定是解决某些专门性问题的，鉴定范围是由法院决定的，鉴定人是按照法院所委托的鉴定范围并根据其提供的材料进行鉴定的。在审判实践中，有时出现了鉴定结论与案件事实联系不大或没有联系的情形，而法院仍凭鉴定结论草率定案。如第十一章所提到的何某等合伙承包纠纷案件，法院审理该案时，仍未办理工程结算。该工程的实际造价是解决本案的关键问题，但法院委托县审计事务所只鉴定原、被告之间的债权债务，没有委托鉴定工程的盈亏。最后，法院根据并没有对工程实际造价进行核算的鉴定结论，作出了工程亏损的判决，因而造成错判。

6．注意审查鉴定结论与其他证据有无矛盾。鉴定结论只是证据之一，人民法院不能单凭鉴定结论就定案，要与其他证据相比较，看其是否符合案件事实，与案件事实有无矛盾，如有矛盾，要看能否合理排除。

7．注意审查鉴定结论的作出是否受外界的影响。在上面提到的何某等合伙承包纠纷案中，原告方及其诉讼代理人参加了审计的全过程，并出席了审计所关于审计报告的讨论，承办该案件的法官也参加了讨论，最后由审计所按照承办法官和原告方诉讼代理人的意见制作了鉴定结论。可见，这个鉴定结论的形成不是审计人员独立完成的；既然案件涉及到专门问题，该问题是法官不能解决的，才需要鉴定，法官就不能参与；原告与本案有利害关系，除审计人员询问有关案件事实外，无权对审计结论发表自己的意见；审计所审计结论的作出，既不应受法官的左右，更不应受当事人的制约。

（五）人民法院在适用鉴定结论时应注意的问题

1．人民法院决定对某些专门问题进行鉴定后，应及时将鉴定单位和鉴定人通知双方当事人，以利于当事人及时行使申请回避权。根据《民诉法》第

45条的规定，鉴定人也适用回避的规定。人民法院开始委托有关单位和个人鉴定后，及时通知双方当事人，当事人才知道鉴定人有无法律规定回避的情形。如果在鉴定结论完成后，才让当事人行使申请回避权，则可能造成应该回避的鉴定人没有回避，使该鉴定结论不具有证明效力。这样既不能保护当事人的合法权益，而且也可能造成法院在规定的审限内不能结案。

2. 凡涉及到鉴定的案件，人民法院应适用普通程序进行审理。在这类案件中，因为涉及到某些专门性问题，这些问题涉及的知识面广、专业性强、争议性大，不宜适用简易程序由独任审判员进行审理。根据我国民事诉讼法的规定，简易程序适用于基层人民法院和它的派出法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件。所谓“事实清楚”是指当事人双方对争议的事实陈述基本一致，并能提供可靠的证据，无须人民法院调查收集证据即可判明事实、分清是非；所谓“争议不大”是指当事人对案件的是非、责任以及诉讼标的争执无原则分歧。很显然，涉及到需要鉴定的案件，已经不是“事实清楚”、“争议不大”的案件，而属于案情复杂的案件，应适用普通程序由合议庭进行审理。

3. 人民法院在开庭审理时，应当通知鉴定人到庭。鉴定人是由法院指定或聘请的，通知鉴定人出庭是法院的义务。长期以来，不少法院在审理案件时，不通知鉴定人到庭，在法庭调查结束后，由法官宣读鉴定人所作的鉴定结论，当事人对鉴定结论有异议或疑问时，法官成为被发问的对象。这种现象是与法律的规定相抵触的。《民诉法》没有规定鉴定人可以不出庭，可以用鉴定人的鉴定结论来代替。相反《民诉法》第125条规定“当事人经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问”；《意见》第155条规定“人民法院按照普通程序审理案件，应当在开庭三日前用传票传唤当事人。对诉讼代理人、证人、鉴定人、勘验人、翻译人员应当用通知书通知其到庭。”所以，人民法院在开庭审理时，应当通知鉴定人到庭，当事人才有可能经法庭许可后对鉴定人发问；当事人通过对鉴定人的发问，可以明确鉴定人有无回避的情形，消除鉴定结论中的疑虑，息诉服判。

八、勘验笔录

（一）勘验笔录的概念

勘验，是指人民法院的审判人员、检察院的检察人员、律师为查明案情，在某些人员的参加下，对有关的现场、物品进行勘察或检验的行为。

勘验笔录，是指勘验主体对物证和与物证有关的场所、物品等进行查验、

测量、绘图所作的客观记载。

（二）勘验主体

在现有的民事诉讼法学论著中，法学家们几乎均把勘验的主体限定为人民法院。[①] 他们根据《民诉法》第 73 条“勘验物证或者现场，勘验人必须出示人民法院的证件，并邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加”的规定，理解为只有人民法院才有勘验权，我认为除人民法院外，应将勘验的主体扩大到人民检察院和律师。

《民诉法》第 14 条规定“人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督。”第 185 条还规定，最高人民检察院对各级人民法院发生法律效力的判决、裁定发现确有错误、上级人民检察院对下级人民法院发生法律效力的判决、裁定发现确有错误，可以提出抗诉。人民检察院的抗诉是建立在证据充分的基础上的，人民检察院应有权收集与案件事实相关的证据，勘验笔录是证据的一种，因而法律应赋予人民检察院的民事勘验权。《刑事诉讼法）第 107 条规定“人民检察院审查案件的时候，对公安机关的勘验、检查，认为需要复验、复查时，可以要求公安机关复验、复查，并且可以派检察人员参加。”在刑事诉讼中，有刑事附带民事诉讼案件，检察院有自侦案件；法院有自诉案件；这些案件都需要收集包括勘验在内的有关证据，来查明案情。如果只有公安机关才有勘验权，那么其他机关或司法人员就不能成为勘验的主体，而作为证据的勘验笔录就只能成为公安机关的“专利”了。如果公安机关的勘验未能真实地反映客观情况，法院、检察院如何对其制约？

另外，律师也应享有勘验权、我国民事诉讼法规定当事人对自己的主张有责任提供证据，律师通过勘验，可以收集与案件事实相关的证据，查明案件情况，有利于维护当事人的合法利益。勘验是对物证、现场、案件事实的认识过程，是人们主观对客观的反映，如果人民法院的审判人员或其指定的勘验人，在勘验中没有能够正确反映客观事实，而以该勘验笔录作为证据，就可能造成错判。因为人们主观对客观的反映，要受主、客观条件的限制，虽然勘验的客体是不变的，但人们对其的认识和反映却有可能不同。某县法院受理一件相邻纠纷案件，承办人勘验所画的图与现场不符，代理原告方诉讼的律师事务所委托省地质勘查局又进行勘验并画了图，但县法院认为律师事务所没有勘验权，而以承办人的勘验为标准作了判决，原告不服，二审法院书面审理后裁定维持

---

① 柴发邦主编：《中国民事诉讼法学》，中国人民公安大学出版社，1992 年 5 月第 1 版，第 321 页。王怀安主编：《中国民事诉讼法教程》，中国政法大学 1996 年 1 月第 1 版，第 139 页。常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社，1994 年 3 月月第 1 版，第 161 页。谭兵主编：《中国民事诉讼要论》，西南财经大学出版社，1991 年 8 月第 1 版，第 230 页。

原判。原告当即申诉，至今十余年来，该案仍无结果。为了查明案情，维护当事人的合法权益，应允许律师或由律师委托有关专门部门对案件有关的物体、场所进行勘验。

除勘验外，民事诉讼中应不应该有检查权，也就是民事诉讼中是否涉及检查他人身体的问题，我国民诉法没有明确规定。在民事审判的实践中，经常遇到伤害他人身体、确认亲生子胎印等问题。我认为检查应按法定程序进行，应征得被检查人同意，检查不得泄漏他人隐私和损害他人名誉等。

勘验是特殊的主体所进行的诉讼行为，具有一定的法律效力，所以要求勘验人应具备下列条件：

1. 具有勘验、检查的法律知识、业务知识和能力。

2. 具有一定的语言表达能力和文字表述能力。

3. 不具有法律规定应实行回避的情况。

4. 忠于事实、忠于法律，能够客观公正进行勘验。

（三）勘验笔录的制作

勘验人应将勘验情况制作成笔录，由勘验人、当事人和被邀请参加人签名或者盖章。勘验笔录应包括下列主要内容：

1. 物品或场所的来源或者形成情况。

2. 勘验人、参加人、见证人的基本情况。

3. 详细、客观、真实地记录勘验客体的情况。只有详细的记载，才能使审判人员通过勘验笔录准确地查明案件情况。所谓客观、真实就是要求如实地记载客体的情况以及勘验活动的全过程。

4. 勘验人提取物证、书证的情况，绘制图的种类、拍摄像情况。

5. 勘验开始和结束的时间等。

勘验人制作勘验笔录，语言文字要简明精练，表达要准确无误，不能使用“很多”、“可能”、“大概”等字眼。勘验人在制作的勘验笔录中不能对勘验中所发现的情况进行分析判断。勘验笔录要当场制作，不能在离开勘验现场后再补作。

（四）勘验笔录与书证的区别。

勘验笔录要形成书面材料，因此极易与书证相混淆。两者的区别是：

1. 形成的时间不同。书证一般是在案件发生以前或者在案件的发展过程中而形成的，因此书证不能重复产生；勘验笔录只能在案件发生后，并进入诉讼过程中，由司法人员或有关人员对物品、场所进行勘验后才能制作形成，被

勘验的客体是客观存在的，因而勘验笔录可以重复制作。

2. 制作的主体不同。书证是由当事人、有关单位、社会团体、公民制作的，不具有诉讼文书的性质；而勘验笔录是由司法人员依法制作的一种诉讼文件。

3. 反映的内容不同。书证是用文字、符号来表示其内容，本身能直接证明案件的真实情况，是制作主体内在意志的外部表现。而勘验笔录中的文字、图片所记载的内容是对被勘验客体的感性反映。

（五）人民法院对勘验笔录的审查判断和应注意的问题

1. 审查勘验笔录的形成是否符合法定程序，比如勘验的主体是否合格，有无见证人参加，勘验笔录是否符合法律所规定的形式等。

2. 勘验笔录的内容是否全面准确，有无漏记、错记。

3. 将勘验笔录与其他证据相对照，看是否有矛盾。

4. 勘验笔录应在法庭开庭时出示，经过庭审辩论、质证并由人民法院审查核实后，才能作为定案根据。

5. 当事人依据法律的规定，要求重新勘验的，尤其是第二审程序中，当事人要求重新勘验的，人民法院应予准许。

九、我国的法定证据种类（或形式）与其他国家或地区的比较与评价

（一）书证

英美法系国家对书证的理解与大陆法系国家不完全一样，如美国《联邦证据法规》第1001条规定，书证包括手写的，打字机打的，印刷的，照相机照的，使用磁性脉冲、留声机唱片和磁带录制的，或使用其他信息保存方式记录下来的字、语言、数字或它们的等同物。据此，有美国学者把书证分为文件证据、书面陈述和口证笔录三种，其中，书面陈述是指证人在法庭以外书面提供的证词，而口证笔录则是指证人在法庭上所作的证言笔录。可见，对书证定义范围太宽。在英国，书证的涵义也十分广泛，它是指法院从查阅向法院提交的文书得悉有关案件事实的证据。根据英国1968年《民事证据法》第10条规定，文书除书面形式外，还包括地图、图表、图纸、图画、照片、唱片、录音带以及其他收录声音和其他资料的装置。可见，我国证据法中的视听资料在英美法中也属于书证的内容。

在大陆法系，一般认为书证是以其记载的内容或表达的思想能证明案件事

实的文书或物件，通常有两个特点：其一是以书证形式为证据方法；其二是以书证内容供证明之用。

英美法中，一方当事人可以书面要求对方证实任何有关文件的真实。为证明文件真实性而使用的直接证据，可通过原始文件签署人的证明取得，但这是在一般情形下所不能做到的。只有在这种情况下，才允许采用间接证据。

在大陆法国家，否定文书的真实性通常由于法律推定为真实的而成为不可能的事情。有些大陆法国家为证明文书的真实性得采取一些特别程序，而在另一些大陆法国家，文书的真实性可由任何一种证据方法予以证明。

在英美法国家，根据证据可采性和最佳证据规则，书证以提交原本、原件为原则。副本、抄件、影印件等第二手材料，只有在例外情况下才能作为证据使用，如原件已遗失或毁损等。如果书证原件在对方或第三人手中，则必须举证的当事人可请求法院以证令状（Subponena Puces Tecum）命令原件持有人在法庭上出示该文件。如在发出证令状后原件未被出示，则允许采用第二手证据证明其存在。

大陆法系国家对书证限制较少。一般也承认书证原本应优于副本，但不排斥对副本的收集。但是，大陆法中没有类似英美证据法中的出示书证的义务，只有在实体法有明确规定的义务时，才能责令对方或第三人履行该项义务。，大陆法系仅有瑞典规定了当事人有广泛的出示书证的义务。大陆法的传统做法是，特定的书证被认为具有确实无疑的价值，对法官有约束力。法官对书面证据的判断有受限制的趋势，书面证据被认为在许多方面优于证人提供的证据，由于涉及文件外部事实的证据因不可采纳，而常常使文件本身既成为决定性的证据。大多数大陆法国家，法官受到有关推定的限制，只有少数国家例如瑞典等没有限制法官对书证进行自由判断。①

与两大法系，特别是英美法系相比，我国证据法中有关书证的规定过于概念化，没有制定相应的、具体的操作规则。按照我国《民事诉讼法》第68条的规定，书证应当提交原件；提交原件确有困难的，可以提交副本、节录本。这一规定暴露了以下三个问题：第一，对书证的含义以及范围没有作明确的规定，因此，在司法实务中，通常依靠学理解释，即书证是以文字、符号或图画所表达的思想内容来证明案件事实的。② 而学理解释到目前为止尚不为我国立法所正式认可具有法律效力，因此，难免在解释的范围上和对某些特殊的书证或类似书证的区别上有些不尽一致的理解和识别。第二，由于我国的证据制度

① 参见《英国大百科全书》第15版，载《国外法学资料》1982年1期。
② 参见杨荣新主编《民事诉讼法教程》，中国政法大学出版1991年版，第228页。

仍处于较低层次，在立法上也没有英美法中的那些排除规则和最佳证据规则，因此，在程序法的处理技术上要求并不高，因此，对书证的识别以及运用规则全部委于法官的自由评断。当然，这不乏自由擅断的一面，正是因为立法上的缺陷，证据法上的有关具体操作规则未加设置，因此，在程序法上就无所谓正当程序可言。第三，我国法律对书证的原本、原件与副本、副件之间并没有在法律认定的效力上加以区别，这在当今科技高速发展的市场经济形势下是相当滞后的，因为作为副本、副件在各种复杂的情形下会有作假的可能，由于全国地区性差别较大，因此，对其识别和认定的技术水平和能力也会千差万别。对法官来说，如何运用书证缺乏必要的操作规则对书证的原本、原件与副本、副件不同情况均适用同一标准，产生同样的效力是极端不严谨的、不科学的。由于书证在所有证据中的重要作用，因此，有必要对其运用制定包括排除规则、例外规则在内的具体的、操作性强的规则，使证据法的程序功能发挥实效。

（二）物证

通过对物证的考察，可以说物证在大陆法国家一般不作为证据形式，而只是以证据方法出现，例如，法国、德国、日本都是从勘验的角度将其作为一种证据方法，它的对象为作为勘验的特定物或场所。而这种证据在英美法则称为实物证据（real evidence），它是指法官使用其感官从中得出结论的一切物体。①

英美法证据理论认为，物证必须同案件具有关联性，但是有关联性的物证并不一定在诉讼中被采纳，因物证是否具有关联性是一个逻辑问题，而某一物证是否在诉讼中被采纳，则是一个法律问题，最佳证据规则只适用于书证而不适用于物证，因此，有必要对书证与物证加以区别。关于物证的采纳问题，法律上规定了极其繁琐的证据规则，只有同这些规则不矛盾的物证才可以在诉讼中被采纳。另外，物证在任何情况下都必须有提供该物证的人的证言来确定其真实性，否则，就不能接受为合法的证据。物证一旦在诉讼中被采纳之后，对于其证明力的大小，则由法官自由判断，法律不再有限制性规定。

大陆法系的证据理论也强调物证的关联性，但在立法中没有英美法系国家那样的证据规则。对某一物品或物质痕迹是否能够被采纳为诉讼证据以及该物证明力的大小，完全听凭法官自由判断。

我国《民事诉讼法》第 68 条规定，物证应当提交原物；提交原物确有困难的，可以提交复制品、照片。这一规定也同时存在以下问题：第一、何为“确有困难”，法律上未加列举或明确释义，全凭法官据情自由裁量，未免幅度

---

① 参见沈达明编著《英美证据法》，第 28 页。

不一，似有违公允之嫌。第二、"可以提交复制品、照片"也意味着对这些复制品、照片为证据的效力亦全部委于法官权衡定夺，也过于缺乏必要的制约和规范机制，在实务中使法官的裁量宽窄不一，不利于维护证据法的公平、正义。

大陆法系的有关做法是，将物证作为法院进行勘验的一种证据方法，例如，日本法规定，当事人及第三者出示持有或占有的勘验物并接受勘验的义务。如果没有正当理由而拒绝履行这些义务，当事人就受到举证人就勘验的主张为真实的不利后果。其中的正当理由被明确解释为因勘验而有害于自己或与自己有密切关系的人的名誉或秘密，或者可能明显地损害营业及其财产利益时，则构成拒绝接受勘验的正当理由。这种立法的优点十分显著，使这种证据方法成为特定人的一种法定义务，在实务中极具有适应性和可操作性，使法定义务与不利的后果性负担通过一种程序上的富有技术性的装置再现出来，充分显示了证据的程序功能的实效，对我国证据法中有关物证的运用规则不乏借鉴价值。

（三）视听资料

当今世界各国将视听资料作为一种独立的证据形式或证据立法的尚属少见，两大法系国家都是倾于将视听资料划归某种传统的证据形式或证据方法范畴，例如，英美法国家通常认为视听资料属于书证的内容，而有的国家则把视听资料纳入物证范畴，莫衷一是。

相较而言，我国对视听资料作为一个独立的证据形式在法律上加以规定，不啻是一种创举。随着当今高科技的突飞猛进，将视听资料作为一种独立的证据形式或证据方法来专门加以运用和研究，对证据法来讲是大有裨益的。

（四）证人证言

由于法律传统、审判方式的差异，两大法系及我国对证人作为证据形式或证据方法多存在诸多的不同，主要表现在以下几个方面：

1. 关于证人的范围

在英美法国家，证人被作为广义理解，证人是指在庭审或其他诉讼过程中所有提供口头证词的人，既包括当事人也包括鉴定人，甚至还包括精神病患者、儿童等。英美法认为不能仅以生理上、精神上有缺陷或者年幼就剥夺一个公民的证人资格。因此，证人的适格能力完全取决一个人是否能辨别是非和正确地表达事物，而对这一能力的判断由法庭来进行审查。因此，英美法中的证人范围是广泛的。另外，从将人证作为证据方式来看，证人证言在英美法的证

据方式上占有十分重要的地位，尤其是在当今的美国，由于继续运用陪审团审理方式，诉讼过程以证人证言为中心，证据几乎都是证人出庭作证的口头证言。

在大陆法系国家，证人是专指向司法机关陈述所知案件情况的第三人，即当事人以外的第三人，因此在适用范围上属于狭义上的理解，不包括当事人、鉴定人等。大陆法对证人的精神状态及年龄并无严格限制，例如，仅以年幼为“不得令其具结（或宣誓）”的原因并不影响幼年人的作证能力。[①]

我国《民事诉讼法》第 70 条规定，凡是知道案件情况的单位和个人都有义务出庭作证。不能正确表达意志的人不能作证。可见我国证据法的有关规定存在以下特点：第一、有关证人的规定与大陆法系较为接近，当事人和鉴定人不作为证人范畴。第二、我国的证据法承认单位具有同一般自然人一样具有作证资格，在这各国证据法中算是绝无仅有的。在其他国家，证人必须是能够独立地借助其感觉器官对案件事实进行感知的自然人，而单位作为一种法人或非法人机构并不具备这种能力，它也必然借助特定的自然人的生理本能对案件事实进行感知，从而得出有关事实的印象和感受。因此，单位具有证人的适格性是不科学的，不符合证人的本质要求，在我国，它不过是作为扩大证据资源的一种不尽理想的变通方式，因此，在司法实务中，其证据力的标准和大小不宜统一掌握，应考虑废弃此种立法规定。第三、我国证据法认为证人必须以能够辨别是非并能够正确表达为条件，因此，尽管在生理上、精神上有缺陷或年幼的人只要具备辨别是非和正确表达的能力，其作证资格不受限制。但是，具体在司法实务中，此类人的具体情况如何，作证能力是否受到限制，其证言的效力大小，都要由法官据情裁量。

2. 关于拒绝作证的特权

英美法中拒绝作证的特权与大陆法中在特定情形下的拒绝作证权不同。大陆法的证人可以以主观上或客观上原因拒绝作证。主观上的原因与大陆法系中无作证资格的理由相同，如亲属、姻亲及配偶等关系。客观上的原因涉及那些因其某些如医师、律师、牧师、记者等职业而掌握一些秘密的人。例如，德国法规定，当受其规则保护人的不同意时，知情人有拒绝作证权，德国法官将是否作证的决定权交给有关知情人来行使。另外，如果提供的证言将对本人或其家属造成直接的财产利益的损失，或损害其名誉及导致对他们追究法律责任等，知情人都有权拒绝作证。有关的知情人均可自己决定是否出庭作证，法官

① 参见陈一云主编《证据学》，第 292 页。

也有责任告知他们享有此项权利。这一证据规则体现了这样一种价值冲突而引起的有关利弊大小的权衡和取舍：在保护知情人的私人利益与提供事实真相的冲突中，从现实的要求出发，保护知情人的现实利益在一定程度上比查明案件真相更有价值。而英美法在其具体程序上有不同的作法，即受特权规则保护的人自己不能决定是否愿意作证。他们唯一可以做的是引用具体的特权规则，而由法官最终决定。可以说，在此强调的是自由心证的作用，从而对作证义务仅作极个别的例外规定。

根据我国民诉法中有关证人作证的规定，在我国，凡是了解案件真实情况的人均有作证的义务，而不论知情人与当事人之间有无亲属关系等。可见，从价值选择上，我国证据法坚持查明案件真实高于知情人的私人利益。这种价值观，是否符合或适应当前的市场经济发展的实际需要以及是否有违社会道义和传统伦理，是值得商榷的。

笔者认为，作为民事性质的纠纷终究属于私权上的纷争，两种权益在法律上都应得到同等的保护，以维护社会间的公序良俗，从价值选择上不能以损害一种民事利益为代价来换取另外一种民事利益的得失，因此，在法律上一般性规定公民的作证义务的同时，还应规定有关的特权规则或例外规定。我国1996年颁布的《律师法》第33条规定："律师应当保守在执业行动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私。"可见，这无疑是对我国证据法中证人作证制度的一次变革。为此，笔者建议，我国可在今后的民诉法典修改中具体规定有关特定职业、亲属关系的特权保护规则，以利于市场经济下的各种民事法律关系稳定和协调发展。

3．关于传闻证言

反传闻规则被认为是英美证据法中仅次于陪审团制度的最显著的特征。1968年英国《民事证据法》将传闻证据定义为："在诉讼程序中提供口供证据以外的人所作的陈述。把它作为诉讼程序中提出的某项事实的证据。"美国加利福尼亚大学法学教授玛丽·K·肯尼（Mary kay kan）认为："传闻被认为是在法庭之外为证实事实的存在或具有真实性而对他人言词的转述。根据证据规则，传闻证据毫无例外地难以令人置信。总之，这些证据规则旨在限制那些被认为缺乏可靠性的证据的使用。由于没有机会对实际陈述者进行交叉询问，因此，传闻被认为在本质上就缺乏真实可靠性。"[①] 事实上，在英美法中，对传闻的理解并不仅仅限于言词，它包括口头陈述、文字和确定的行为三大类。英

---

① Mary kay kane: Civil Procedure, West Publishing Co. 1979, P150.

国学者格劳斯（Cross）曾把传闻证据概括为"作证的证人以外的人所作的明示或默示的事实肯定以及没有证人作证时向法院提出的文书上所载的事实肯定，不能作为所肯定的事实的真实性的证据。"

在英美法中，反传闻规则是作为一种排除证明手段的规则，而不是排除事实的规则，之所以制定有关的排除传闻证据的规则，一般认为是基于以下考虑：第一、在采用陪审团审理方式时，传闻证言可能将陪审团引入歧途；第二、这种传闻证言所包含的重复性陈述有产生差错和偏见的危险。同时，陈述的事实越复杂，重述的次数越多，则这种危险性就越大。第三、传闻事实的陈述人不能像合法证人那样进行郑重宣誓，并使之接受交叉询问；第四、这种传闻规则证言的提供严重违背最佳证据规则。

但是，在英美法的反传闻证言规则的基础上，英美证据法又规定了许多例外，并且例外的情形甚多，以致于使得在每个案件中，法官必须具体地确认根据传闻规则的例外，最常被引用的例外情形是传闻证言涉及到死者或不能到庭作证人的陈述，以及官方文书中的记载和当事人的承认等等。

尽管证人证言或称人证有许多不稳定和不可靠的因素存在，也很难期待它成为完全正确的证据方法。① 但是，对传闻证言进行自由判断仍作为大陆法的重要特征。证言是否可靠，当书证与证言产生矛盾时，究竟采纳哪一种证据，并无预先规定，完全由法官自由心证加以裁量，并且，证据法上也并不否认传闻证言的证据力。这种大陆法系的特征也许可以从历史背景上找到合理的解释，19世纪之前，中世纪那种形式证据模式下机械地规定某一证人证言具有证据力，并对法官产生确信的约束力。并且，大陆法国家在历史上并无需以某些证据规则加以指导的陪审团，因此，没有产生传闻规则的前提和条件。当历史发展到由法官自由判断证据的时代，这种自由判断的方式也自然扩及到对传闻证言的处置上。②

就我国立法上的证据制度而言，并不存在对传闻证言的限制性规定，证人既可以就其亲眼目睹的案件事实提供证言，也可以转述他人告知的案件情况。可见，这种立法模式无疑是与大陆法国家相一致的。笔者认为，由于大陆法系在传统上与职权主义有着天然的联系，重实体而轻程序，因此，证据法的地位远不如英美法那样具有举足轻重的地位，因此，针对我国证据法中的证人证言规定过于笼统，缺乏详尽的规则，其原本靠借助规则来强化程序功能和弱化法官职权的理想机制有待于构建，因此制定详细的、操作性强的既适应我国具体

---

① 参见（日）兼子一等著《民事诉讼法》（中译本），第120页。
② 参见《英国大百科全书》第15版，载《国外法学资料》1982年第1期。

国情又反映证据法内在机理的传闻证言规则是适宜的。

（五）当事人的陈述

西方国家一般都不把当事人的陈述作为一种独立的证据形式，甚至独立证据方式，而是把当事人的陈述和在诉讼中的承认与他们在诉讼中实行的自由处分原则与辩论原则相联系。在英美法中，当事人在诉讼上的正式自认属于免于举证的范畴，并产生相应的法律效力。英美法认为，“询问在庭审中通常并不作为证据来使用，它们是否具有可采性取决于法庭的证据规则，这就是说，根据传闻规则和最佳证据规则，它们属于排除之列。于是，询问的基本作用是作为启发性手段，在对询问作出回答而披露的有关事实，将有助于律师所提出的争执点以及如何形成证言作出判定。”① 在大陆法中，对当事人的询问是一种辅助性的证据来源，只有当其他证明方法用尽时才能使用，但它也可以与其他证明方法结合使用。例如根据日本民诉法第336条规定，法院经过调查证据而不能得到心证时，可以依据申请或依职权询问当事人，原因在于，一方面把作为诉讼主体的当事人作为证据方法，通常缺乏可靠性，而另一方面，通过询问使当事人陈述与其有直接利害关系的事实也是强人所难。

我国台湾地区的法律也仿效西方国家的立法，规定了当事人的承认制度，即分为事实的承认和对诉讼请求的承认。对系争事实的承认称自认；而对诉讼请求的承认则称认诺。承认的性质不同，其法律效力也不一样。自认即对系争事实的承认是同辩论原则相联系，将导致案件事实的直接承认；而认诺即对诉讼标的或诉讼请求的承认，则与其实行的自由处分原则相联系，故一有认诺，即可成为判决败诉的依据。

我国民诉法把当事人的陈述作为一种证据形式，笔者认为，这是不妥当的，因为：第一、民事诉讼法中的当事人由于与案件有着直接的利害关系，往往是事件的参与者，感知案件的情况较多，也最了解案件事实的基本情况。但是，又因为他自身与案件有着直接的利害关系，其陈述就不可避免地带有某种片面性或倾向性，其陈述的情况也通常经过在大脑的加工整理和取舍筛选，只讲对自己有利的情况，不讲或有意掩饰对自己不利的客观事实，因此，当事人的陈述通常是不可靠的，与证据的内在属性存在本质上的对立与不符，所以不能与其他证据形式如书证、物证等同等相对。第二、将当事人的陈述作为证据形式充满了职权主义的色彩，不免带有中世纪封建专制下将当事人作为纠问的对象之嫌，在诉讼程序上有使其丧失诉讼主体地位的倾向。因此，为了弱化我

① Marv kav kane: Civil Procedure, West Publishing Co. 1979, P119.

国诉讼结构中的强式职权主义的形态，应当采取一切必要的措施，包括在证据法上革除把当事人的陈述作为证据形式的立法规定，可以考虑将当事人的陈述在缺乏其他证据资源的情况下作为辅助的信息资料来源，与当事人的事实主张与诉讼请求一并作为诉讼证明的对象，以加重当事人的举证负担。第三、如果将当事人的陈述作为一种独立的证据形式或证据方法，那么将不得不伴随当事人的主张而负担相应的举证责任使其处于一种二律背反的境地：一方面，当事人的陈述作为一种证据形式，另一方面，当事人的陈述又不能当然为法院所采信，而得负担举证责任。既是负担举证责任，当事人的陈述又是一种法定证据种类或形式，如果依照相应的法律效力而认定事实主张，那举证责任的实质负担就必然要落空；反之，当事人就自己的陈述不能使举证责任的负担卸下或转移，其陈述的效力何在？从逻辑上讲，作为一种证据形式，它不能兼具有证据力的标识和证明对象两种职能，即不能凭借自身的形式而证明自身的内容。因此，将把当事人的陈述与书证、物证等一并作为证据种类或形式是不科学的、不严谨的作法。第四、我国民诉法第 71 条规定，对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。因此，从效力上实际上否定了其能够作为一种独立的证据形式。即也是从辅助性证据来源上来对其加以认定和使用的。并且在司法实务中，当事人的陈述往往不能直接作为一种证据材料来运用，甚至也不作为一种辅助性的证据方式来看待，而往往把当事人的陈述与当事人的事实主张一并作为证明的对象。因此，将当事人的陈述作为一个独立的证据种类或形式是缺乏实际价值和实践基础的。

（六）鉴定结论

在英美法国家，除了少数例外情况下，鉴定人被作为一般证人来看待，由当事人以与其他证人相同的方法向法院提供。鉴定人与证人所不同的是，一般证人只能就案件事实作证而没有必要发表有关的看法和见解，而鉴定人则必须就案件事实情况运用专门知识、技能和经验提供自己的见解和看法。

在大陆法国家，鉴定是作为一种独立的证据方式来加以规定的。大陆法国家中的鉴定人由法院决定，而不得由当事人自己决定。例如，德国民诉法第 404 条规定，鉴定人的选定与其人数，均由受诉法院决定。

笔者认为，将鉴定结论作为一种证据方式，而不作为一种独立的证据形式是适宜的，因为：第一，鉴定结论从本质上是借助鉴定人的专门知识、技能和经验来将有关事实材料涉及的某些专门性问题作为鉴定对象，鉴定结论是对特定问题所作出的判断性意见，而并非是案件事实本身，只是对明确案件事实有辅助性作用，因此，它是作为一种认定案件事实的证据方法和手段，第二，从

鉴定的内容来看，它包括对书证、物证和视听资料等上出现的某些专门性、技术性问题进行研究、分析和判断，因此，把鉴定结论与书证、物证和视听资料等又同时作为统一序列的证据种类或形式是不妥当的。第三，在司法实务中，常常会出现同是法定的鉴定部门和机构，对同一专门问题的鉴定往往会出现几种结果，甚至完全相反的结论。而最终的定局往往是采用由法院指定的鉴定部门或机构作出的鉴定具有法律上的效力，因此，从某种意义上来看，这是从法院的自由裁量的角度来确定这种鉴定结论具有证据力。因此，在这种实务背景下，将鉴定结论直接作为一种独立的证据形式是不妥当的。

（七）勘验笔录

在英美法中，勘验不作为一种独立的证据方式，勘验通常在物证中作为法官对有关场所和物品进行查验的一种必要形式，因此，勘验属于物证的内容范畴。而在大陆法国家，勘验通常作为一种独立的证据方式出现，例如，德国民诉法第 371 条、372 条对勘验作了有关规定。

我国台湾地区的民诉立法例也将勘验与人证、鉴定等并列加以规定。

笔者认为，民诉中的勘验笔录是法官对与案件有关的现场或物品进行勘验所作的实况记录，它并不直接等于证据本身，而是对证据的一种认定方法，因此亦应当作一种证据方法为宜。

第二节　民事诉讼证据的分类

一、民事诉讼证据分类概述

（一）民事证据分类的概念

民事证据的分类，是指按照证据的不同特点，对证据进行划分。由于证据的特点多种多样，故证据分类的标准也不相同，一般从两个方面进行研究，一是诉讼理论上对证据的分类；另一种是法定的证据种类。本章要研究的是民事证据理论上的分类。

诉讼理论上的证据分类是指对民事证据进行理论研究时，可以按照一定的标准，如某种特点，从不同角度用两分方法对证据进行分类。比如，按照证据在证明过程所起的作用不同，可以把民事证据分为本证与反证；按照证据来源的不同，可以把证据分为原始证据与传来证据；按照证据能不能直接证明案件主要事实，可以把证据分为直接证据与间接证据；按照证据表现形式的不同，

可以把它分为言词证据与实物证据。故在法理上称为证据理论的分类。

（二）民事证据理论分类的作用

理论上的民事诉讼证据分类，不受法律规定的约束，它是从多种角度反映出民事诉讼证据的一些共同规律性，因此，在研究证据理论时是非常必要的。从理论上看，将证据按不同标准进行分类研究，有利于提示不同证据的特点，找出正确运用各类证据的一般规则。从实践中看，通过对证据的科学分类，使各类证据系统化、条理化，便于审判人员根据各种证据的特点和运用规律，客观地、合理地收集和审查判断证据，正确适用证据，查清案情，为正确适用法律打下基础。

（三）民事证据理论上的分类与法律规定的民事证据种类的关系

法定的民事证据种类是理论上民事证据分类的基础，法定民事证据种类又是民事证据的分类的对象。理论上民事证据的分类是对法定民事证据种类的丰富和深化。但是两者又是性质不同的分类，二者的区别如下：首先，法定民事证据的种类只有一种分法，而理论上的民事证据分类则可以有若干种分法，因为前者只有一个划分标准，而后者可有几个不同的划分标准。其次，法定证据种类具有法律上约束力，审判人员必须遵守对这些证据进行收集、审查、判断的规则。而理论上证据的分类不具有法律上的约束力。再次，法定证据种类的划分标准比较单一从而具有比较狭隘的特点，对证据的来源，证明力等无法反映；而理论上证据的分类，由于其是从不同角度为标准对各类证据进行比较和区分，故能提示各类证据的认识规律和运用规则，故能弥补法定证据种类划分上的不足。

二、本证与反证

民事诉讼中的证据，按其是否为负有证明责任的当事人所提出及其所证明的事实，可以分为本证与反证。

所谓本证，是指凡由负有证明责任的当事提出，用以证明他所主张的事实的证据。因此，不仅原告人为了证明自己诉讼请求所根据的事实而提供的证据叫做本证，而且被告人为了证明答辩所根据的事实而提供的证据，也叫做本证。例如债务案件中原告出具被告所写的“借条”是原告用来证明其债权成立的本证。被告出具的原告所写的“收据”则是被告用来证明自己答辩所主张的债务已消灭的事实的本证。

所谓反证，是指当事人为了推翻对方所主张的事实，而另外提出其他事实所举出的证据。例如，损害赔偿案件，原告诉称被告将其殴打致伤，提供了医

院病历、药费等，这是本证。被告辩称不是自己致伤了原告，为此，提出其不在现场的证据，以及有人证明是他人致伤原告的证据，这些证据就是反证。反证所证明的事实，正与对方所主张的事实相反。如果真实可靠，就可以推翻对方所主张的事实。反证可能是被告提出，也可能是原告提出。反证不同于证据答辩。所谓证据答辩是指一方当事人对他方当事人提供的证据，指出其不合法或者是虚假的，从而否定其证明作用，但它并不证明别的事实存在，并不能推翻对方所主张的事实。证据答辩的实质就是当事人质证，鉴别证据的真伪。因此，审判人员不能仅仅根据一方的证据答辩而作出否定本证的判断。例如，原告出具被告的借条，证明欠款事实存在，被告则辩称该欠条是原告伪造的，此时审判员应进一步审查该证据的真实性，而不能仅仅因被告提出了质疑而驳回原告的诉讼请求。

民事证据中的本证与反证的地位及作用，相当于刑事诉讼中控诉（有罪）证据与辩护（无罪）证据。这种分类的意义是为了明确它们的不同作用，以利审判人员全面收集证据，正确判明不同证据的证明力，从而客观地查明案件的真实情况。

三、原始证据与派生证据

民事诉讼中的证据，按照其不同来源，可以分为原始证据与派生证据。原始证据是指来自原始出处即直接来源于案件事实的证据，也就是通常所说的第一手资料。例如亲眼目睹侵权行为人实施侵权行为的人的陈述，遗嘱见证人就遗嘱问题提供的证言，书证的原本，具有证明作用的原物、现场录音、录像等都是原始证据。不是直接来源于案件事实的证据，叫做传来证据，也即通常所称作的传述转抄的第二手资料。例如，自己并没有直接感知，而是经别人告诉才知道案件情况的证人证言，书证的副本，物证的复制品等。传来证据不管经过多少次传述、转抄，追本溯源，都是从原始证据传来的。

（一）原始证据的主要特点及作用

1. 原始证据与案件事实有直接的关系。即它是民事行为或侵权行为直接造成的证据材料，它与所证明的案件事实之间的联系，没有中间环节，所以，它能够比较客观地反映案件事实的本来面貌。

2. 原始证据的证明价值一般要太于传来证据。证据材料的证明价值同其所证明的案件事实之间的联系成正比例关系，这种联系如系直接的，不依赖于任何中间环节，那么它的真实可靠性比较强，证明价值就比较大，反之，其真实可靠性就比较差，证明价值就比较小。由于原始证据没有经过转手复制，直

接与案件事实发生联系，故原始证据的证明价值通常要大于传来证据的证明价值。

3. 原始证据的证明价值并不是一成不变的。原始证据的证明力可能受自然环境和外界条件的影响而发生变化，如原始的物品和痕迹会因年长日久而变形或毁损，被害人、目击者伤亡或下落不明等而不能向审判人员陈述，现场的物品不能移动、提取而只能复制等等，这些外界影响都会削弱甚至完全破坏原始证据的证明价值。这一特点也是原始证据的缺陷和局限性。随着现代科技的发展，人类提取，复制原始证据的技术日益提高，这一局限将会逐步克服。

（二）传来证据的主要特点及作用

1. 传来证据与案件事实之间没有直接联系。传来证据与案件事实之间，转手、转抄、复制的次数越多，其证明的事实在中间环节的传递中出现差错、失真的可能性就越大。故其真实性、可靠性较原始证据要差，其证明价值亦较差。这是派生证据的主要特点和缺陷。

2. 传来证据是从原始证据中派生出来的。它虽然存在失真的可能性，但作为一种证据资料，它并不是无本之木、无源之水，在查明案情，认定案件事实的过程中，经查证属实的传来证据，同样具有重要的证明作用。

首先，传来证据可为发现原始证据提供线索。审判实践中，审判人员最初往往并不能收集到原始证据，当事人举证，也往往提供的是派生证据，审判人员根据派生证据，顺着其传来的途径追根溯源，就可以发现原始证据。

其次，传来证据可以验证原始证据的真实可靠程度，原始证据是传来证据的“本”和“源”，当原始证据出现虚伪或伪造的情况，审判员可利用传来证据进行验证。

第三，在无法取得到原始证据时，可用传来证据如照相、模型、录像、录音等固定后，可以代替原始证据。经查证属实后的传来证据，本身就可以代替无法得到的原始证据。

（三）民事审判运用原始证据和传来证据的规则

1. 运用原始证据的规则

(1) 由于原始证据直接来源于案件事实，真实性可靠性较强，故审判人员在办案中只要有可能，应追根溯源，尽量搜集和直接使用原始证据。在证据的取舍上，要尽可能取得原始证据，即取得原物、原件等，即使无法取得原始证据，也应尽可能收集和使用相对更接近于原始证据的传来证据。

(2) 审判人员在收集证人证言、当事人陈述、制作调查笔录时，应亲自向

亲自感知案件事实的证人和当事人询问，并制作详细的调查笔录。审判人员直接询问证人当事人的调查笔录，经当庭质证后，可作为原始证据使用。

(3) 审判人员审查确认原始证据，应尽量当庭出示，经当事人、证人、勘验人等当庭辨认、质证后方才能核实，确认其证明力。未经当事人质证认证的原始证据，不能具有合法证明的效力。

2. 运用传来证据的规则

(1) 尽可能收集和运用最接近于原始证据的传来证据，即转述、转抄、复制次数最少的证据材料。

(2) 传来证据只有经过查证属实才能作为定案的根据。如果查明传来证据没有确切的来源，无法判明其是否真实、可靠，就不能用作定案的根据。例如：道听途说，捕风捉影，传闻、匿名电话，检举信，告状信等，均不能视为传来证据。

(3) 运用传来证据认定案件事实时，必须与其证据印证无疑。在无法获得原始证据，而只能运用传来证据定案时，应特别慎重，不仅要求以定案的传来证据与案件事实确有联系，有确切的来源，并排除一切合理怀疑，而应有其它证据与之相印证，没有任何矛盾，否则不能作为定案的根据。可见，对传来证据的采用十分严格，只有查明其真实，来源可靠，才能作证据使用。

（四）原始证据与传来证据分类的作用

民事诉讼法第68条规定："书证应当提交原件，物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本等"，明确肯定了传来证据的合法性。以证据来源为标准，把证据材料分为原始证据与传来证据，对于审判实践正确收集使用证据，有着重要意义。

1. **有利于指导审判人员广泛收集各种证据资料。**审判人员明确了原始证据与传来证据各自的特点和作用，就会自觉地收集原始证据，也不会放弃传来证据的搜取，并善于利用传来证据去发现和查获得原始证据，善于运用传来证据的证明作用，查清事实。

2. **有利于审判人员积极主动地收集和运用原始证据。**原始证据的真实性、可靠性强，证明价值较大，审判员在办案中应尽可能查找、收集原始的物证、书证，认真细微勘察现场，亲自听取当事人及证人陈述，力求用原始证据认定全部案件事实，保证办案质量。

3. **有利于审判人员客观地认识各种来源不同的证据价值，正确运用证据事实。**原始证据与传来证据的证明作用并不是绝对的，都有不真实的可能性。因此在审查判断和运用证据时，不论是原始证据还是传来证据，都应当严格按

法定程序进行查证、核实。特别是针对传来证据失真的可能性比较大的缺陷，更应认真仔细地分析研究其来源，查明其出处是否有问题，在转抄转述复制的过程中，有无被伪造的可能，是否同其他证据相互印证，从而确定其证据价值和证明力的大小，正确运用证据事实，认定案件事实。

四、直接证据与间接证据

（一）直接证据的概念、范围及特点

1. 直接证据的概念

根据证据与案件主要事实的关系，可将证据分为直接证据与间接证据，案件主要事实是指在民事诉讼中当事人间发生争议的作为民事法律关系发生、变更或消灭根据的事实。凡能直接单独证明案件主要事实的证据叫做直接证据。如当事人对争议事实的陈述或承认，证人就案件主要事实提供的证言，记载民事争议事实的书证等。

2. 直接证据具有以下特点

（1）直接证据的事实内容与案件的主要事实和内容是重合的，不发生排他性。由于直接证据对案件主要事实的证明不需要经过任何中间环节，也无须借助于其他证据进行逻辑推理，就可以直观指明是否发生民事法律行为，以及行为人是谁。这种直接性，使得运用直接证据认定案件主要事实比较容易，只要查证属实，就可以认定案件的主要事实，对案件作出迅速处理。

（2）直接证据大多来自人证。人证的特点之一是容易受到人的主观因素影响而出现失真的可能。某案的处理结果对其有利害关系时，证人可能故意作虚假陈述，证人对案件事实的印象和记忆也可能被受到当时的外界条件及生理状况的影响和限制而出现差错；被告人为逃避责任或减轻责任，也可能会编造事实，制作伪证；其他证人也可能收买、拉拢、利用而提供不真实的情况，或隐瞒重要事实情节，这些都是直接证据的明显缺陷。因此，运用直接证据案情亦须十分慎重，应严格按照法定程序对直接证据的真实性进行查证核实。

（3）直接证据在全部证据事实中为数较少。虽然直接证据可以直接地、单独地证明案件主要事实，但当只有一个直接证据时，还不能仅据此作为定案处理的依据。因为任何一个证据事实，不论其证明作用多么强，它本身的真实性和可靠性还须其他证据进行验证。

3. 运用直接证据的规则

（1）当事人陈述是民事案件的最常见的直接证据。但由于当事人是案件的直接利害人，故其陈述常常是真真假假，虚虚实实。因此，对当事人陈述应慎

重对待，既不能不信，也不能轻信。只有经过查证属实，才能作为定案的证据。一般仅有当事人一方的陈述，没有其他证据印证的不能作为定案依据。只有在具有以下特别条件下，才可仅根据当事人陈述认定。①取得证据的方式是合法，②证据形成的原因是自然，③证据的形式是完整，④提供证据的人与本案的关系。一方当事人的陈述，对方当事人当庭未提出异议的，可以作为认定案件事实的依据。

(2) 证人的证言必须查证核实。证人证言作为直接证据，虽然证明力较强，但必须在法庭上经过双方当事人质证，并有其他证据印证，才能作为定案依据。

(3) 直接证据作为认定案件主要事实的根据，一般也要有其他证据加以印证，证明其真实可靠后，才能认定案件的主要事实。

(二) 间接证据的概念、范围及特点

1. 间按证据的概念

间接证据是指不能单独地、直接地证明案件的主要事实，而必须与其他证据结合起来，组成一个完整的证据体系，才能证明案件主要事实的证据。间接证据的证明作用取决于它能否与其他证据相结合，并组成一个排除一切合理怀疑的完整的证据体系，得出惟一的结论。间接证据的范围十分广泛，凡是能够证明与案件主要事实相联系的局部情况和个别情节的证据材料，都是间接证据。

2. 间接证据的特征

(1) 间接证据不能单独、直接地证明案件的主要事实，它只能证明案件主要事实的个别情节或片断。只有把它们互相联系起来，构成一个完整的证据体系，进行分析、推理、排除一切合理怀疑，才能说明或推论出案件的主要事实。

(2) 间接证据证明案件主要事实的方法复杂、难度大，直接证据与案件主要事实相吻合，因而是直观地、明确地证明案件主要事实，而间接证据证明案件事实必然逻辑推理，把一系列的间接证据有机联系起来，综合运用演绎或归纳、或推理、或反证、或排除等逻辑证明手段，从一个事实推论到另一事实，再从另一事实推论到下一事实逐一排除其他各种可能性之后，才能得出关于案件主要事实的正确结论。

(3) 间接证据形式多样，容易获取。在办案中，获取间接证据比获取直接证据容易得多，故间接证据往往是查明直接证据的先导，依靠间接证据可确定调查方向，通过间接证据可获得直接证据，直至最后查清基本案情。

(4) 间接证据多来源于物证。间接证据的来源既有人证，又有物证，但大多来源于物证。物证受人的主观因素影响较小，其真实性、客观性较强。间接证据中的人证，其客观性比直接证据中的人证较强。

3. 间接证据的作用

(1) 间接证据是审判人员查清案件主要事实的先导，是获得直接证据的有力手段。有些案件，最初没有发现直接证据，而是通过对间接证据的分析发现直接证据的。

(2) 间接证据是验证直接证据真伪的有力手段。直接证据多为当事人陈述或证人证言，故易受人的主观因素的影响而失真，因此，直接证据必须经查证属实，确认其真实可靠之后，才能作为认定案件事实的依据。间接证据因其主要是由物证构成，其客观性较强，故是验证直接证据真伪的有力手段。

(3) 在没有直接证据的情况下，可根据间接证据查清基本案情。但单个的间接证据不能作为认定案件的根据，必须形成证据链。大量、充分的间接证据形成一个完整的证据体系，排除其它冲突的可能后，才能作为定案的依据。

4. 运用间接证据的规则

运用间接证据证明案件主要事实比运用直接证据要复杂得多，为保证运用间接证据在证明过程中不出差错，并能得出正确结论，在运用间接证据时，必须遵循一定的规则。根据审判实践经验，一般应遵守以下规则：

(1) 用于定案的每一间接证据都必须是客观真实的，其客观真实性，是运用推理的基础，如果间接证据本身的真实性不能确定，就不能采用作为间接证据使用。

(2) 间接证据必须与案件事实存在客观联系，即必须具有与案件事实的"关联性"，如果没有这种关联性，就不能认定为间接证据。证据与案件事实间的联系，一般都是在民事行为发生过程形成的，它不以人的意志为转移，审判员只能如实认识它，决不能主观想象，随意肯定或否定，任何主观臆断或牵强附会的联系，必然导致错误。

间接证据与案件主要事实间的联系，常见有以下几点：①反映案件事实发生的原因；②反映案件事实发生的经过；③反映案件事实发生后的主要后果(损害事实，欠债事实等)。

(3) 间接证据必须充分，且能形成一个完整的证明体系。一个间接证据，只能证明案件事实的某个片断，只有把数个能够证明案件事实的各个片断的间接证据收集起来，找出它们之间的相互联系，形成一个完整的证明体系，通常称为证据链，才能据以查明全部案件事实。在该证据链中，每个间接证据都是

其中的一个环节，环环相扣，不可脱落。如果间接证据只是一堆相互不能结合的事实，或虽有联系，但仍不足以证实案件中某些必须查明的情节，则间接证据再多，也不能据以定案。(4) 间接证据之间以及它们与案件事实之间，必须协调一致，没有矛盾。间接证据之间不应有矛盾，如有矛盾，尚需进一步收集查证，合理排除矛盾。间接证据与主要事实间也不应有矛盾，否则也不能作为认定事实的证据，必须继续查证，深入调查，合理排除矛盾之处，弄清事实，在矛盾未合理排除前，不能勉强定案。

(5) 间接证据所形成的证明体系足以排除其他可能性，得出的结论必须是惟一的，确凿无疑的，间接证据的证明结论不仅应是有根据的，而且要表明其他任何结论都是不可能的，只有这样它才能具有不可动摇的证明力，雄辩地证明案件事实。

(三) 直接证据和间接证据与其它证据的区别

直接证据不同于原始证据，间接证据也不等同于传来证据，直接证据和间接证据都可以是原始证据，也可以是传来证据，可以是人证，也可以是物证，法医鉴定结论，鉴定、勘验等。

五、言证证据与实物证据

(一) 言证的概念及特点

1. 言证的概念

言证是以人的陈述为其表现形式的证据，人的陈述可表现为口头陈述和书面陈述。民事诉讼中的言证，主要有：当事人陈述、证人证言、书证等。

2. 言证的特点

(1) 由于言证所反映的案件事实是人们对其所感知案件情况和通过人的回忆或判断而表现出来，这样，人的大脑就可以能动地感受记忆、分辨、判断、再现有关案情，只要审判人员善于正确调动人的主观能动性，当事人就能真实地提供案件发生的原因、过程、后果等具体案情，澄清疑问，补充、修正他所了解的事实，从而全面地、最大限度地揭示案件事实真情。

(2) 言证具有主动发掘性。言证所反映的案件事实是在存在于人的大脑中的，依赖于当事人的陈述表现出来。它虽不具有可见性，但它易于被审判人员接触、掌握。便于及时收集证据、查清案情。

言证是受人支配的，人的大脑对案件事实的反映，通过人的陈述再现出来，它要受到人的感知力、记忆力、判断力、表达力和利害关系、思想感情、认识水平等自然因素和社会因素的影响，鉴定结论的正确性还会受到人的知识

程度、技术水平因素制约，因此，言证中的人证，经常不能正确反映客观事实，甚至歪曲事实。

3. 言证的分类

(1) 言证中当事人陈述与承认。民事当事人的陈述是民事诉讼中普遍运用的一种证据。当事人的陈述分原告的起诉，被告的答辩，第三人的述称等。当事人陈述一般有两方面内容：一，是有关案件事实的陈述；二是关于请求适用某项法律作出有利于自己的判决的陈述。能够作为证据的只能是当事人关于案件事实的陈述。能够作为证据的只能是当事人关于案件事实的陈述，即作为他们提出诉讼请求，或答辩所根据的事实。

(2) 当事人为了胜诉，他们所陈述的事实，一般都是对自己有利的。对不利于己的事实，往往提出不同意见进行答辩。但也有的在某些情况下，承认了对方陈述的事实，当事人的承认，是当事人就对方所陈述的不利于己的案件事实，承认其真实性的陈述。承认必须用明确的文字来表达即应为明示。对不利的事实仅是不争论、不否认，还不能认定为承认。

当事人的承认又分为审判中的承认与审判外的承认。审判中的承认，是在诉讼过程中，当事人所作的陈述。它应当是一方当事人在对方陈述不利于己的事实，明确表示对方陈述的事实确系真实的。当事人的承认，可以作为民事定案的依据，不需其它证据印证，故具有重要意义。当事人承认又分为无条件的全部承认，有限制的承认，和附条件的承认。

审判外的承认，它是当事人在诉讼外直接对对方当事人作出的，对方当事人向法院提交后，可以作为证据审查，但必需有其它证据印证。

4. 言证的审查与运用规则

(1) 对当事人的陈述，应审查其客观真实性，将它与案件的其他证据联系起来分析，研究它们反映的情况是否一致，有无矛盾，以便确定其是否真实可靠。审查时还应根据当事人之间的关系，考虑他们所陈述的事实在当时当地的具体情况下是否可能发生，是否合情合理，会不会存在认识错误，或者受到威胁、欺诈，而作了不符合事实的陈述等。

(2) 对当事人在审理时的承认，也不能盲目轻信，而应加以审查。一般而言，一方承认他方提出的对己不利的事实或诉讼请求是较为可靠的，因为如果事实不是那样或他不愿放弃自己的权利，是不会加以承认的，当事人甘愿用说假话的办法来损害自己的权益是很少见的。

当事人承认有时是在误解或在威胁欺诈下作出的，有时还可能是双方通谋，损害他人或国家的利益，如经审查确实存在上述情况，法院就不能根据它

来认定事实和处理案件，只有查明当事人的承认符合客观实际情况，或者处分自己的民事权利没有超过法律规定的范围，才能作为认定案件事实的证据和判处的基础。总之，当事人的承认，对法院并无拘束力，法院是否用作证据，必须经过分析查证后决定。

（二）实物证据的概念、作用及特点

1. 概念及作用

实物证据是指通过实物形态，即以物品性质、特征、存在状况和其记载的内容表现案件事实的证据。

实物证据是指能够以查明案件真实情况的一切物品和痕迹。民事诉讼中常见的物证有：存在所有权争议的物品，合同标的物，被侵权行为损害的物品。物证可是非生物，也可是生物。实物证据是以它的存在情况、形状、质量、特性等来证明案件事实的，它和书证不同，书证是以文件中的文字或符号所表达的思想内容来证明案件事实的。对某个物证拍照或制作成型，是保存物证的方法，作为物证的仍是物品或痕迹。实物证据是查明案件事实的常见证据。在民事诉讼中，根据对实物证据的勘验和分析研究，可以判明当事人的诉讼请求和答辩是否有理有据，这就有利于正确规定当事人之间的权利义务关系，实物证据还可以用来审查其他证据的真伪。因为实物证据是一种客观存在的具体物品和痕迹，比较容易查实，不像言词证据那样，易受当事人主观因素和其他复杂情况的影响，故运用已经查实的物证去审查，鉴别其他证据，常常收到较好的效果。

2. 实物证据的特点

(1) 客观性较强。实物证据是用客观存在的物质实体来证明案件事实的。它所反映的案件事实固定于实物形态之中，而不依赖于人的意识而独立存在。因此，在诉讼中不易受人的主观因素的影响，其客观性强于言词证据。而书证是用反映在物品上的主观意识证明案件事实的，用文字、图表、符号表示。

(2) 具有被动性和易消失丢失的特点。由于实物证据在诉讼中处于被动的、待发现的地位，其证明价值常常要依赖于专门人员运用一定的技术手段发掘，在外界环境影响下，物证可能受到破坏或毁损，从而丢失证据价值。

(3) 实物证据的证明内容具有特定性，通常只能证明案件事实中的某些片断情节，而对案件的主要事实一般不能直接证明，而是通过间接方式加以印证。

(4) 在收集、审查判断和运用程序的方法上，与书证不同，言词证据主要通过询问、讯问等方式获取，在审查判断时，要充分考虑陈述者的感受力、记

忆力、判断力、表述力及主观倾向等因素。实物证据主要靠搜查、提取、没收、扣押等方式获取。

3. 物证的种类

物证除了实物证据外，还包括其内容具有证明作用的书证、视听资料和勘验、检查笔录。因为它们都是存在于客观世界的摸得着、看得见，能感觉得到的实体物质的反映，但对视听资料，有的理论将其列为第三种类证据，介于书证与物证之间的独立证据。

4. 实物证的运用规则

(1) 实物证据应提交原物，只存在提交原物有困难的情况下，才可提交复制品、照片。但审判员应注意与原物核对。

(2) 审查中应注意其是否保持纠纷前、后的原始状态，确认其真实性、证明力。

(3) 实物证据的保全。

第五章 民事诉讼证据的收集查证

第一节 民事诉讼证据收集查证的方式

一、民事调查

我国民事诉讼法第64条在规定当事人负有举证责任的同时，又规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。”第116条也规定：“审判人员必须认真审核诉讼材料，调查收集必要的证据。”从以上规定不难看出，民事调查属于人民法院进行查证工作的一项重要措施。

人民法院在审理民事、经济纠纷案件中是经常使用民事调查措施的，但是，由于对民事调查的概念、方法和实施步骤缺乏理论上的认识，一些审判人员在运用民事调查措施时往往出现偏差：一是由于对民事调查的概念认识不清，分不清民事调查同责令当事人举证、通知专家鉴定和勘验现场、物证等查证措施的区别，经常把应由他人做的工作都由自己去做，或者把应由自己做的工作推给他人去做，或者把应运用此种措施完成的任务却运用他种措施去进行，其结果使查证工作呈现出盲目、混乱状态，影响了查证的质量和效率；二是由于对民事调查的方法缺乏系统的了解，致使实施民事调查措施时不能准确地、适时地选用恰当的方法，从而影响了查证工作的质量和效率；三是由于对民事调查的工作步骤缺乏规律性认识，致使一些审判人员不能科学地安排工作顺序，出现重复劳动，浪费了人力、物力和时间。为了解决这些问题，本章对民事调查的概念、方法和实施步骤作一系统阐述。

（一）民事调查的概念

民事调查是指人民法院在审理民事、经济纠纷案件中，对于那些必须由自己直接调查的证据，依职权向一切了解案情的单位和个人进行调查和收集证据的一种民事查证措施。

首先，民事调查在取证任务和取证方式上具有直接性的特点。从取证的任务范围上看，需要运用民事调查措施获取的证据必须是应由人民法院直接负责取证的事项，包括六种：一是当事人举证责任范围以外的证据；二是虽然属于应由当事人举证的事项，但因某些客观原因致使当事人无法获取的证据；三是涉及国家、商业机密和社会公共利益，不应当让当事人查找的证据；四是对已有证据有疑点，或互相矛盾无法认定的；五是人民法院认为需鉴定、勘验的；六是人民法院认为应当由自己收集的其他证据。这就使民事调查在任务范围上同当事人举证区别开来，当事人举证的任务范围不是全案所有的证据，而只能是自己提出的诉讼主张范围内的证据。再从取证方式上看，民事调查在取证方式上具有直接性的特点。人民法院获取民事证据的方式有两大类：一种方式是由人民法院直接取证，例如，调查、勘验等；另一种方式是间接取证，即由人民法院通知或责令他人按照一定方式要求提供证据，例如，通知有关部门的专业人员进行鉴定；责令负有举证责任的当事人举证。民事调查是一种直接取证措施，它的直接性体现在：为调查行为的人必须是人民法院的审判人员或书记员；调查材料的取得必须是法院工作人员亲自进行记录、亲自查找、亲自检验、亲自提取的。这一特征使民事调查同鉴定和责令当事人举证在获取证据的方式上区别开来，前者属于直接取证，后两者属于间接取证。

其次，民事调查措施的实施对象具有特定性和广泛性的特点。所谓特定性是指民事调查的对象，即被调查人只能是社会组织和自然人，这一特点使民事调查在实施对象上同民事勘验相区别。民事勘验对象不是社会组织和个人，而只能是现场或物证；所谓广泛性是指民事调查的对象是一切知道案件事实情况直接或间接的单位和个人以及文字物品等。这一特点使民事调查在实施对象上同责令当事人举证、民事鉴定等查证措施相区别。责令当事人举证措施的实施对象只能是负有举证义务的自然人。民事鉴定措施的实施对象只能是有关单位的专业人员。

总之，民事调查作为一项独立的民事查证措施，它是人民法院在自己职权范围内向一切了解案件事实的被调查人实施的一种直接查证措施，它在取证范围、方式和实施对象上说区别于其他间接取证措施，也区别于其他直接取证措施。

（二）民事调查的种类和实施方法

民事调查措施包括三种具体方式：一是调查访问；二是检索证据材料；三是委托调查。

1. 调查访问

调查访问是指人民法院为了查明案情向一切知道案件事实情况和掌握与处理案件有关知识的单位或个人进行走访、询问、收集言词证据和参考性意见的一种民事调查措施。

按调查访问的内容不同、对象不同可以把调查访问分为取证调查和咨询调查。取证调查是指人民法院向当事人、证人询问案件事实的调查活动；咨询调查是指人民法院向有关部门的专家或工作人员询问与处理案件有关的参考性意见的调查活动。

在取证调查中，被调查人是案件的当事人或证人，调查的目的是获取被调查人大脑中记忆的事实的信息或有关陈述。如果是属于被调查人对往事的记忆，这些信息能否如实地、完整地输送出来，主要取决于调查人和被调查人之间能否建立起畅通的信息交流渠道。而要做到这一点，在实施这种调查方式时必须注意下述几个方面：

(1) 是调查人要事先熟悉已掌握的全部诉讼材料，找准需要调查的问题，找对调查对象，有针对性地制定详细的调查提纲，使调查有的放矢，防止盲目性，避免重复劳动；

(2) 是注意研究被调查人与案件的利害关系和他们对调查的心理态度，有针对性地选择问话内容、问话方式和询问策略，消除被调查人的心理障碍。取证调查应个别进行，运用询问策略要注意合法性，严禁刑讯逼供、诱供，以保证被调查人能如实地、完整地讲出知道的案件事实；

(3) 是接触被调查人时注意文明礼貌，处处体现出审判人员应具备的职业道德，使调查工作在和谐、诚恳、信任、认真的气氛中进行，这样才能在调查人和被调查人之间建立起通畅的信息交流渠道，高质量地完成取证调查的任务。

在咨询调查中，被调查人是有关部门的专家或工作人员，调查目的是获取被调查人对与处理案件有关问题的参考意见，要使被调查人提供的参考意见更准确，更有价值，必须注意下述几个要点：

(1) 在调查前要熟悉案情，找准问题，选准被调查人，尽量选择与处理案件有关的权威部门中的权威人士进行调查。对于重要问题，可以多选择一些单位的权威分别征询意见或集中座谈，以保证参考意见的全面性和权威性；

(2) 在调查中要全面地、准确地、公正地、客观地介绍有关案件的事实情况，这样才能使被调查人全面地了解情况，从而根据他们丰富的经验提出准确客观的参考意见；

(3) 在调查中要有虚心、诚恳的态度，即使被调查人提出不确切的意见或与自己的看法不一致的意见也要耐心地听完，等对方发表意见结束后再用请教方式征询对方的意见，疏导遗漏回忆，重要情节线索，使其陈述完整无误。

总之，调查询问是民事调查中一项具体的查证措施，这种民事调查措施是人民法院的审判人员通过询问被调查人而直接获取言词证据、参考意见或其他证据的。要保证调查访问的取证质量和效率，关键是要在调查人和被调查人之间建立起信息交流渠道，而要做到这一点，就应对民事询问加以深入研究。

2. 检索证据材料

民事调查的第二种方式就是检索证据材料。所谓检索证据材料是指人民法院的审判人员或书记员为了查明案情，亲自查阅当事人或有关单位的档案材料或会计账簿，从中寻找证据的一种民事调查方式。人民法院依职权实施这种调查方式时，当事人或有关单位应按人民法院要求如实地提供有关的档案或账簿，以供审判人员进行检索。

(1) 从档案中检索证据

档案是指凡具有参考价值、经过立卷集中保管起来的各种文件材料。民事调查经常涉及的档案有下面几类：

①报道性书刊档案。这类档案一般保存在各单位的图书档案馆中，在这类档案中，各种报刊、杂志、书籍是按一定顺序集中保管的，一般是按时间或类别排列的。人民法院在审理案件中如果需要寻找某一时期公开发表的报道、天气预报、广告、公告、法规、外汇牌价、市场物价等证据，就可以到有关的图书档案馆去检索。检索前一般应向档案馆的工作人员讲明所需证据的情况，要求他们协助查找，以免因掌握的线索不准确或者因被检索的刊物名称有变化而使检索工作走弯路；查找到要复印或抄写固定。

②公文档案。国家机关和企事业单位制定的各类文件一般都按时间顺序或类别顺序集中保存在各单位的公文档案中。公文档案一般是分级保管的，超过一定年限的资料有的要上缴，有的要移送国家档案馆，有的要销毁。人民法院在审理案件中如果需要寻找某些文件资料，一般应到接收文件或者制定文件的单位档案室去查找。如果该文件已经移送国家档案馆保存，可以按原保管单位提供的线索到相应的国家档案馆去查找。如果文件已经销毁，可以循着文件的发放范围到有关收文单位去查找。

③专门档案材料。民事调查还涉及一些专门档案材料，例如，地图、国家机密、公安、商业秘密、人事、诉讼等档案，这些档案一般都涉及专业部门，可以在需要查找时，到保管这些专门档案的部门的档案室去获取。

从档案中检索证据材料时应注意分清所需材料是作书证用还是作物证用，或者作音像资料用。对于作书证用的材料，只需抄录材料的内容就可以了；如果作物证或者音像资料用，则必须采用复印、拍照、翻录等方法进行复制。对抄录或复制的材料应注明出处、取证人和取证时间，并由保管人检查核对后签署意见，加盖保管单位印章。

(2) 从会计账簿中检索证据

会计是管理经济的一种重要工具，它是以货币为计算单位，通过记账、算账、报账反映和监督经济活动的过程及成果的一种方法。

每一个单位的经济活动都集中反映在会计工作中，会计工作的文字表现形式集中反映到会计账簿中。会计账簿是以会计凭证为依据，系统地、连续地、全面地记载企事业、机关各项资金或费用运动，具有专门格式，而又相互联结在一起的若干账面文件。

单位的性质、任务不同，会计账簿会有不同的要求，但一般分为三部分，共同组成一个单位的会计账簿：（一）会计凭证，即记录经济业务具体项目，登记账簿的书面证明。通常由会计人员根据若干张收支票据制作的传票就是会计凭证，会计人员记账就是根据传票记载的项目、数额在相应的账簿上进行增减登记的。所以说，会计凭证是会计账簿的最基础的组成部分；（二）分类明细账。分类明细账是界于会计凭证和总账之间的过渡性账簿，是根据总账的分类而设立的专门记载某一类业务活动的具体账簿。例如，现金往来账簿、工资账簿、销售账簿、送货账簿等等；（三）总账。总账是指记载一个单位全部业务活动的账簿。总账与分类明细账直接发生联系，反映各分类明细账的增减变化，从而记载整个单位每天的总支出、总收入和总结存的资金变化情况。

掌握了会计工作的内容和记账原理，就便于从会计账簿中检索证据材料了。例如，要查找某单位的一张购货发票作为证据使用，应根据已掌握的大概日期先查总账中有关资金支出的栏目，从中找出支出该项货款的记载是什么时间、源于哪个分类明细账，然后再按总账的记载查找相应的分类明细账，从中找到该项货款是根据哪张传票登记的，最后再按传票号找到该张传票后面所附的购货发票。

人民法院在审理经济、民事纠纷案件中，需要通过检索账簿获取的证据一般是：证明资金流转的证据，例如，购销单证、来往资金单证等；证明企业经

营状况的证据，例如，支出、收入和结存的金额等；证明记账单位与所属成员或其他单位经济关系情况的证据，例如工资、报酬、费用报销等方面的单证；证明损失情况的证据，例如，银行利息、报废或减价的凭证等；证明行为人行为目的，或行为时间的证据，例如，各种报销单证上记载的报销人、报销时间、审批人、审批时间以及报销或审批时所作的文字说明等。总之，人民法院在审查案件中通过检索账簿能获得许多证明案件真实情况的有价值的证据。

从会计账簿中检索证据应注意以下几点：

①注意被检索的账簿的记载是否是原始状态，有无涂改和伪造情况，特别是对于那些会计制度不健全或不规范的单位，或对未经过专门训练的会计人员编制的账簿，在检索前应首先注意审查账簿的真实可信性。

②检索中应严格遵守会计纪律，不能在账簿上涂改、勾画，不能抽取、损坏账簿材料，需要复印有关材料时尽量不要拆页，必须要拆页的应由会计人员进行协助，用后负责按原编号装订好。

③检索中对立账单位的正常经营活动要负责保密，不得向与案件无关的人员泄漏，特别是随着市场竞争激烈化，这一点尤其要注意。

④检索中发现立账单位有经济违法犯罪行为的应按国家干预原则向有关部门通报。

⑤检索中发现的书证材料应当抄录，发现的物证材料应复印或者拍照，对收集的资料要由被调查单位的会计核对后加盖印章，注明出处。

⑥检索账目是一个专业很强取证事务，必要时可以委托会计事务所或专职会计进行专业调查，出具查后证明。此证明可做调查根据。

3. 委托调查

民事调查的第三种方式是委托调查。委托调查是指受理案件的人民法院对那些必须由自己负责调查的，存在于外地法院辖区或国外的证据，按照法律规定的程序，委托外地或外国法院代为取证的一种民事调查方式。

委托调查同民法上的一般委托代理是有区别的。民事上的委托代理是指代理人以被代理人名义在授权范围内独立地对第三人为意思表示，其后果由被代理人承担的民事法律行为。民事代理人是以被代理人的名义进行代理活动的，而委托调查中的受托法院是以自己的名义进行调查活动的；民事代理人同第三人没有直接的法律关系，而受托法院同被调查人却具有特定的直接的诉讼法律关系；民事代理人要在被代理人授权范围内为代理行为，而受托法院有权超出授权范围进行调查活动。法律规定的委托调查不同于一般民事代理行为的这些特点说明，在一个国家内审判组织是作为一个统一的、完整的系统存在的，虽

然在这个系统内对受理案件有一定的管辖分工，在一般情况下一个案件的诉讼参与人只同受理案件的法院发生诉讼法律关系，但是，在特殊情况下，在需要其他法院协同办案的时候，审判组织就以一个整体身份参与对一个案件的审判活动。受托法院正是基于这个审判组织统一体中一个成员的身份，享有以自己的名义与被调查人发生直接的诉讼法律关系的权利。正是基于委托调查的这一法律特征，我们把委托调查在理论上归属于以法院直接取证为特征的民事调查措施范畴。至于国与国法院之间委托调查的法律特征，因为涉及到国际法的理论问题，就不在这里做详细阐述了。

(1) 委托外地法院调查的方法和注意事项

我国民事诉讼法第118条第二款规定："委托调查，必须提出明确的项目和要求。受委托人民法院可以主动补充调查。"该条第三款同时规定："受委托人民法院收到委托书后，应当在三十日内完成调查。因故不能完成的，应当在上述期限内函告委托人民法院。"根据这些规定，运用委托调查措施应注意下述几点：

①委托调查的事项必须属于应由人民法院负责查证的范围，凡是属于当事人举证责任范围的，应尽量责成当事人自己去收集证据，特别是在有律师作诉讼代理人的案件中，应注意发挥他们取证的作用；

②委托调查一般应用书面形式，委托书除了应提出明确的调查项目和要求之外，必要时应简要地介绍一些案情和背景情况，这样便于受托法院了解全案，从而更准确地理解调查的意图，正确地完成调查任务；在通讯便利，人员熟悉的法院之间实施委托调查也可以采用电话联系等口头形式。但采用口头委托应对调查项目、要求和背景情况进行详细介绍，并作好记录，以备查找；

③受托法院应严格按民事诉讼法的规定履行代为调查的任务。虽然目前由于经费短缺、任务繁重、人员紧张等原因完成委托调查任务有这样或那样的实际困难，但关键还是法治观念和思想认识问题，受托法院应顾全大局，克服困难，认真履行协助调查的法律义务。

(2) 委托国外法院调查和接受外国法院委托调查的方法和注意事项。

人民法院在审理民事、经济纠纷案件中，凡涉及证据在国外的，应尽量让负有举证责任的当事人提供，只有那些当事人经过努力无法取得的，或者不属当事人举证范围的，对解决纠纷又至关重要的证据才考虑委托国外法院代为调查。

根据我国民事诉讼法和最高人民法院的有关规定，委托国外法院调查或接受外国法院委托调查应按下列方法处理：

①事先要了解对方国家和我国的国家关系状况。该国必须与我国有正式的外交关系。如果该国与我国订有司法协助协议，或者是国际条约的共同签约国，应按协议或条约的规定办理委托手续；没有协议或条约的，按互惠原则办理；

②委托调查必须通过外交途径。我国法院委托外国法院调查的，由委托法院所在地的省、市、自治区高级人民法院审查委托书，送我国外交部领事司负责传递；国外法院委托我国法院进行调查的，委托书应由该国驻我国使馆通过我国外交部领事司转递给有关的高级人民法院，再由高级人民法院指定有关的中级人民法院执行；

③委托方应出具委托书。委托书应写明委托事项和要求，注明被调查人的姓名、性别、年龄、国籍、详细地址。委托书还要附有受托国文字的译文；

④调查费用应按对等原则办理。国外法院支付我国法院的费用，由我国外交部领事司转交有关高级人民法院；我国法院支付给国外法院的费用由我国有关高级人民法院交我国外交部领事司传递国外法院。委托方有特殊要求产生的费用由委托方负担；

⑤对拒绝接受我国法院通过外交途径委托调查的国家或者对我国法院委托调查有特殊限制的国家，我国法院在接受该国法院委托调查时可采取对等措施；

⑥接受外国法院委托调查，不能违反我国的法律，不能危害我国的安全和社会公共利益。我国法律对委托调查有特别规定的，应按有关的特别规定办理。

（三）民事调查严格依法进行

民事调查是人民法院进行查证的一项重要措施，为了保证所取得的证据的真实、可靠、客观，必须严格依照法律的有关规定进行，在实践中要特别注意：

1. 要出示证件。现行我国《民事诉讼法》第117条第一款规定："人民法院派出人员进行调查时，应当向被调查人出示证件。"审判人员、书记员进行调查取证，是代表国家行使审判权，是一件十分严肃的事情，因此向被调查人出示证件表明身份是必要的。另外这样做也有利于维护公民的人身权利、民主权利，有利于对查证工作进行监督，同时避免违法分子冒充法院工作人员招摇撞骗；

2. 要由两人以上共同进行。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第70条规定；"人民法院收集调查证据，应由两

人以上共同进行。”这样做一是有利于互相监督，避免徇私舞弊、贪赃枉法的发生，二是避免出现不必要的麻烦，比如有的当事人蛮不讲理，甚至诬陷法院工作人员，如果一人去调查取证，很难讲清楚。因此对这条规定，一定要严格执行，才能保证证据的合法性；

3. 要依法制作笔录。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 70 条中还规定：“调查材料要由调查人、被调查人、记录人签名或盖章。”《民事诉讼法》第 117 条第二款也规定：“调查笔录经被调查人校阅后，由被调查人、调查人签名或者盖章。”在实践中在这方面可能会遇到各种各样的复杂情况，对于当事人自己不能阅看的，应当由审判人员或书记员为其宣读，确认无误后由其签名或盖章，不会写字又无图章的也可按指印；对于当事人拒绝签字的，应向其讲明道理，让其自觉依法办事，劝说不成的，可由书记员代签，记明其拒绝签字的情况。

总之，民事调查工作是一件艰苦、复杂的工作，但一定要注意依法办事，以保证证据的质量，同时也就保证了案件的审理质量。

二、民事询问

人民法院的审判人员在开庭审理时，对当事人、证人进行询问也是查证措施之一。然而，也许正是因为对询问措施经常使用，往往使一些审判人员忽视对询问的理论研究。有些审判人员甚至错误地认为询问是最省事、最简单也最容易掌握的，是有嘴就会的事情。由于有这样的糊涂认识，一些审判人员不深究询问的概念，不懂得询问的艺术，仅仅凭一般的社会经验和审判常识指导询问实践，其结果，有的把询问混同于普通的谈话，有的把询问混同于对刑事被告的审讯。询问过程中不是漫无边际的东拉西扯脱离中心，就是死板僵硬的质问训斥。这就从根本上混淆了民事询问同普通谈话和刑事讯问的原则区别，违背了民事诉讼法对民事询问规定的程序要求，模糊了询问艺术同违法手段的界线，从而严重影响了运用询问措施获取证据的质量和效率。为了有益于这方面的工作，本章拟从询问的概念、言词证据的实质和形成过程，获取真实言词证据的途径和询问艺术几个方面对民事询问的基本理论进行简要地阐述。

（一）民事询问的概念

民事询问是指人民法院的审判人员在审理案件的过程中，为获取有关案件事实的真相，依照法律规定程序对当事人、证人和鉴定人等进行查询和诘问的一种民事查证措施。

询问，作为法律用语，它具有查询和诘问两层含义。查询是指询问人对自

己不知道的情况要求知道情况的被询问人陈述出来；诘问是指询问人对被询问人讲述的情况有不清楚的情节或者有疑问时要求被询问人补充说明或加以解释。由此可见，对民事、经济纠纷案件的当事人、证人和鉴定人等所进行的询问与对刑事被告人所进行的审讯是有原则区别：一是被询问人和被讯问人是不同法律关系的主体。民事询问中的被询问人是民事诉讼法律关系的主体，作为民事诉讼法律关系的主体，他们既有提供证据的义务，又有提供证据的权利，他们故意不履行义务时要承担相应的法律后果。而刑事审讯中的被讯问人是刑事诉讼法律关系的主体，作为刑事诉讼法律关系的主体，他们没有提供证据的义务，只有为证明自己无罪、罪轻、减轻、免刑的辩护意见提供证据的权利。而实际上由于被告人多数被限制人身自由，他所提供的证据最终是要由承办案件的公安、检察院、法院的工作人员和辩护律师负责收集和验证的；二是在调查过程中，被询问人和被讯问人答话的内容不同。被询问人回答的内容只是案件的事实情况，而被讯问人回答的内容则是“陈述有罪的情节或者无罪的辩解。”（刑事诉讼法第64条）；三是询问和讯问在实施方法上不同。被询问人答复询问人的查询和诘问是履行协助询问人弄清案情的义务。而被讯问人答复审讯人员的提问是陈述自己有罪的情节或进行无罪的辩解，因此，对待刑事被告人的陈述和辩解要采取严肃质问的方法。

民事询问是人民法院为了收集证据，按法定程序，依据职权所采取的一种民事查证措施。询问的目的、交谈规则和发生根据都与普通的谈话有原则区别：普通谈话也有目的，但不是为获取诉讼证据；普通谈话也有规则，但不是诉讼法上的规则；普通谈话的谈话人之间不是基于民事诉讼法所发生的诉讼法律关系。因此，人民法院的审判人员在向当事人、证人和鉴定人等询问时一定不要忘记自己是在执行职务，更不要忘记询问的规则。

（二）言词证据的实质和形成过程

当事人陈述、证人证言和鉴定人的结论意见等是以语言形态表现于外部世界被人感知的证据，为了叙述方便，我们就把它们统称为言词证据。

言词证据在实质上不是原始的案件事实本身，而只是对案件事实的一种描述，是对过去发生的案件事实的反映形式。这一反映过程实际上是一个信息摄入、散发过程，所谓信息，用通俗的话讲就是关于描述事物形态、数量、质量、特征等的特定信号系统。信息是由若干个信号有序排列组成的，这些信号是描述特定事物性状的。信息的载体，即输送媒介是物质。人脑也是一种物质，人们在接触案件事实过程中，有关事物的信息就会通过声、光、电、空气等传播媒介刺激人们的感觉器官，并通过感觉器官输送到大脑，经过大脑的分

析整理，这些信息信号便被储存在脑细胞中，这就是被询问人感知、记忆案件事实的过程。当询问人询问时，被询问人通过感觉器官感知询问信号，经过大脑对询问信号进行分析、判断，明确了询问人的意图，并按照要求把储存在大脑中的案情信息转变为语言信号输送出来，就是言词证据。由此可见，言词证据并不是案件事实的原始形态，它只是案件事实的信息。案件事实作为一种客观存在不可能原样进入人的大脑，留存在人脑中的只能是关于案件事实的映像或某一侧面，即在人脑中打下记忆烙印。

人脑作为一种物质同其他物质一样能成为信息的载体，同样，人脑同其他信息载体一样也能使信息在传递过程中发生损耗，传递的过程越长，时间越久损耗的信息信号就会越多。随着信息信号损失增多，信息能描绘的事物形象就越模糊，越不精确。所以，询问应当及时进行，应当向那些最直接接触案件事实的人询问。有时也向间接听到、目睹事后现场和参与人的证明人询问。

人脑作为一种特殊物质，同其他物质相比在传递信息中呈现出更复杂的特点，它不仅有传递信息的功能，而且有储存信息的功能，它传递、储存信息不是机械的，而是要根据经验和知识对信息进行能动地加工整理。每个人的大脑功能在具体上有差别，感觉器官的灵敏度不同，年龄、阅历、经验、理解能力不同，接触信息时所处环境和注意力方向不同等，都对言词证据信息的质量有影响。因此应在收集言词证据信息时，对被询问人的各种自然情况进行全面地了解，这样才能准确地判断证据信息的质量。

人作为社会关系的因素，不仅具有自然属性，而且具有社会属性。人是有情感、有理智、有思维、有政治观念的社会成员，他们的每一项活动都是有意识、有目的的。这一特点决定了被询问人在输出具有证据价值的信息时，要受到主观意念的支配。也就是说，被询问人向外输出的证据信息不是像录像机一样录什么就放什么，而是要根据内在意识的决策，有时要以原客观事实为基础，经过挑选、剪辑才向外输出。正是因为作为证据信息的人的这一特点，才提出了研究询问策略的客观必要性，只有掌握了正确的询问方法和策略，才能保证获取近于真实的证据信息。

言词证据作为一种由人脑向外输出的信息，在输出过程中不仅表现为听觉转换为感知的语言信号，而且还表现为能被视觉、触觉所感知的表情和动作。这一特点要求在记录时不仅要记被询问人说的话，而且要准确地记录被询问人所为的表达证据信息的表情和动作。

关于言词证据的形成过程，理论上有多种划分阶段的方法，根据马克思主义反映论的观点，我们认为可以把言词证据的形成过程划分为八个阶段：第

一，被询问人感知某件事实信息阶段。某种事实，即人的行为或者自然事件在发生、发展过程中会向外界释放出一定形式的信号，被询问人通过感觉器官感知到这些信号，并通过神经系统将这些信号依次传递到大脑相应的区域；第二，识别、判断、整理、储存案件事实信息阶段。被询问人大脑接收到信息以后，根据经验对这些信息进行识别，并整理成一个个完整的形象、模型或者音响、味觉、语言信号储存在大脑中；第三，感知询问信息阶段。当询问人向被询问人了解案件事实时，被询问人通过感觉器官接收到询问信号的刺激，这一刺激由神经系统依次传递到大脑；第四，识别询问信息、输出原已储存证据信息阶段。被询问人的大脑接收到询问信息以后，经过辨认、识别，理解了询问人的意图以后，就把原先储存在大脑中的证据信息再剪接转换成以询问为中心需要的语言信号通过语言或表情、动作输送到外部世界；第五，询问人感知言词证据信息的阶段。询问人通过感觉器官感知到被询问人反馈的证据信息以后，通过神经系统把这些信号传递到大脑相应的部位；第六，询问人识别、整理、储存证据信息的阶段。询问人的大脑接收到被询问人的证据信息以后，对这些信息信号，进行识别分类，还原成模型、语言、音响、味觉等信号储存到大脑相应部位；第七，询问人输出得到的证据信息并转换成书面文字符号的阶段。询问人把储存在大脑中的证据信息转换成相应的信号，并由大脑指挥书写系统将这些信号转换成书面文字符号书写到笔录纸上；第八，被询问人验证言词证据的阶段。询问人制作成笔录以后，交被询问人阅看，或者对被询问人宣读，被询问人通过感觉器官感知笔录记载的信息，并通过神经系统把这些信息信号传递到大脑，与大脑中储存的原信息相对照，经检验无误后，作出确认的意思表示。至此，言词证据最后形成。

简言之，言词证据的形成过程就是被询问人感知、记忆案情信息，经被询问再输出储存的信息，然后由询问人接收、记忆、输出这些信息，并转换成书写记录，最后由被询问人阅查确认后成为言词证据。这一过程说明，言词证据是基于案件事实发出的信息信号这一客观源泉，在被询问人和询问人之间交互刺激传递过程中形成的。被询问人感知、记忆案情信息是询问活动的前提和基础，但这一阶段并不属于询问过程，只有从询问人向被询问人发出询问信号到被询问人对记录校看完毕这一整个阶段才属于询问过程。这里还有一点应注意的问题，就是询问过程的开始点问题，有人认为询问人同被询问人谈话才是询问的开始点，这种理解是不准确的，应该说，询问人同被询问人一接触（包括间接，如给被询问人发传票或通知），这时询问过程就开始了，只有明确了这个起始点，才能使询问人在通知被询问人时起，就应进入角色，严格按照法定

程序行事，就应对询问活动乃至对询问策略、方法、步骤有一个全面的部署。

（三）询问艺术

询问就是审判人员主动发出一定形式的信号去启动被询问人心扉的闸门，从而使被询问人大脑中储存的证据信息输送出来的过程。审判人员在询问中使用什么对策、技巧和方法打开被询问人证据信息库的大门，就是询问艺术需要研究的问题，这些问题归纳起来主要有下述三个方面：

1. 是针对被询问人的内因条件，创造最合适的外因条件去获取真实证据信息。

言词证据是储存在人头脑中的案件事实的信息，要使这些信息全部地、如实地从被询问人头脑中输送出来，需要内因和外因两方面的条件。内因是根据，外因是条件，外因要通过内因而起作用，内因需要外因为其提供发生变化的条件。在询问过程中，询问人能否从被询问人那里获取证据信息，内因条件是被询问人是否理解询问人需要什么信息、是否愿意讲出来自己所了解的情况。而要让被询问人理解问话的意思，并愿意讲出自己知道的事情，就要求询问人创造出能使被询问人理解问话意图并愿意讲出真实情况的外因条件。也就是说，只有询问人摸清了被询问人的内因条件，然后有针对性地为其创造出适宜内因发生变化的外因条件，才能发挥促动被询问人的内因的作用，从而顺利地向询问人输出证据信息。

在每一个具体的案件中，处于不同地位的每一个具体的被询问人都有各自特点的内因条件，但是，作为民事、经济纠纷案件的当事人、证人、鉴定人等，他们作为被询问人时又有一般的、共性的内因条件。在我们研究询问艺术理论的时候，不可能去涉及每一个具体的被询问人，而只能以所有被询问人普遍具有的共性的内因条件作为研究的基础。

被询问人能否如实地陈述一般有下述内因条件：（一）是被询问人对提供证据的后果与自己是否有利去判断。一般地说，被询问人如果认为提供证据对自己有利或无害时就会积极地进行陈述，反之，隐瞒、捏造的情况不多见；（二）是被询问人对不陈述或不如实陈述时自己是否要承担责任的判断。如果他们认为不如实陈述要承担相应的法律责任，一般就会按要求进行陈述；（三）是被询问人对询问人给自己印象所作的判断。如果被询问人对询问人有良好的印象，尊重他们，信任他们，他们就可能会愿意进行陈述。甚而那些因自身利害关系而不愿如实陈述的被询问人，如果他们认为询问人头脑冷静和清晰，已掌握了一定证据，也会在一定程度上如实进行陈述；（四）是被询问人对询问人问话的理解能力。只有被询问人准确地理解了询问人问话的意思，才能正确

地讲述出对方需要的情况；（五）是被询问人的责任心和正义感，如果被询问人有较强的法制观念，较高的思想觉悟，有良好的道德修养，对公正解决纠纷有高度的社会责任心和正义感，他们就能积极地配合询问人，如实地陈述自己所知道的案情事实。

针对被询问人一般的内因条件，询问人应积极创造下述外因条件：（一）是审判人员在被询问人心目中树立的形象如何，往往成为被询问人内因条件如何变化的关键。要促使被询问人内因向积极方面转化，就必须在被询问人面前树立完美的法官形象，从而使有恐惧感的人很快消除畏惧心理，使有疑虑的人很快打消顾虑，使有消极情绪的人很快积极起来，使企图作虚假陈述的人很快改变原先的念头。在询问中，法官的形象主要由下列因素组成：精湛的业务水平、良好的司法道德、严格依法办事的作风、整洁的仪容、端庄的举止和尊重人、理解人、公正、和蔼、虚心的态度及理智、稳重、冷静、机敏的气度。温和、明确、简练、亲切、严肃的语言，询问人只有具备了这样的形象，才能在被询问人心目中成为可亲、可信，而又不可欺的交谈对象；（二）是针对被询问人的内因变化的主要矛盾，创造促使其向积极方面转化的外因条件。对于一个具体的被询问人来说，决定其是否能如实陈述的内因条件尽管多种多样，但其中必然会有一个或两个比较主要的条件，询问人要通过仔细地研究全案材料、通过临场观察或侧面了解，找出左右被询问人内因变化的主要条件，然后有针对性地设计外部条件，以促使其内因条件向积极方面转化。这一点是以唯物辩证法为理论基础的，具体问题具体分析是马克思主义活的灵魂，毛泽东同志也曾经指出，谁抛弃了具体问题具体分析谁就抛弃了辩证法。所以，在询问工作中，我们也要坚持“两点论”、“重点论”，找准主要问题、主要症结，既要讲法，又要讲理，同时又注意相关因素的解决以促进语言查证询问可靠真实，反对“一点论”、“均衡论”，如恶语相加、质问诱供、急躁简单、不讲语言艺术。

2. 建立最佳信息交流渠道

询问的具体过程表现为询问人和被询问人之间的信息交流过程。在民事、经济审判过程中，面对审判人员的询问一言不发的被询问人是极少见的，但是，由于话不投机使询问陷入僵局的情况是经常发生的，在这种情况之下，询问就不可能顺利地进行，使案件停滞。因此，进行询问最基本的条件就是在谈话人双方之间建立起一条通畅的信息交流渠道。而这一工程的设计者就是审判人员。为建立最佳信息交流渠道应掌握下列几点：

(1) 是重视第一次询问。人与人之间第一次接触形成的印象是最深刻的，

这一印象对形成概念有重要作用，而被询问人对询问人形成的概念又是决定其如何对待询问的重要的决策依据之一。因此，询问人第一次接触被询问人时要特别注意自己的言谈举止，再具体地说应注意：第一，尽量设计一个平等、贴切、得体的询问环境。如果在办公室进行询问，审判人员应以主人身份礼貌地接待被询问人，尽量使被询问人感到方便；如果在被询问人单位或家中进行询问，审判人员应对参加接待的人表示感谢。对被询问人出于礼貌提供的工作上的方便条件，只要不违反工作纪律的，应采取客随主便的态度。这样做的目的是为询问铺垫一个融洽的、和谐的谈话环境；第二，可以进行一段非正式谈话。在正式询问前，应根据被询问人的年龄、职业、家庭等情况谈几句能引起对方兴趣的问题，这样做有两个目的：首先能消除初次见面的生疏感和紧张心情，能增进双方的了解，其次是有利于审判人员识别对方的个性特点、思想倾向，这对设计外因条件进行充分准备尤为重要；第三，简明、规范的开场白。正式进行询问时开场白要简明扼要，说明询问目的即可，然后要简述工作的法律根据和被询问人提供证据的法定义务和责任，用法律规定作为询问全过程的指导；第四，先听后问。询问应按先询后问的顺序进行，即审判人员提出一个面较宽的问题，由被询问人进行完整地陈述，除非被询问人离题太远，一般不要中途打断。等被询问人讲述完毕，审判人员再对不明确的问题提出诘问；第五，因为要有一个融和阶段，往往要感情开路，询问人仍要注意身份、作为、廉政，不能一味感情用事。

(2) 是善于打破询问中出现的僵局。询问是为了获取真实的案情信息，而有的被询问人由于自身利害关系或其他内因以及外因干扰影响有时不愿如实陈述，这样就容易使询问工作陷入僵局。在出现这种局面时审判人员只能疏导不能堵，否则只会雪上加霜，使询问中断。疏导的方法，可以用解释、开导或陈明利害的方法，也可以转换话题，变更问话角度，另辟交谈途径；

(3) 是对不如实陈述的被询问人只能依法进行教育和讲明制裁规定，不能侮辱被询问人的人格。对于已经承认错误的被询问人不能揪住不放，更不能在以后的询问中揭短儿，要善意地帮助被询问人改正错误；

(4) 是坚持原则性与灵活性相统一的工作方法。注意体谅被询问人的难处，注意保护被询问人的声誉和其他合法权益，注意不要在群众中给被询问人造成有损名誉的影响。

总之，只有注意了上述几点，才能为被询问人如实陈述创造适宜的外因条件，才能在询问人与被询问人之间建立起畅通的信息交流渠道，从而获取真实的证据。

3. 克服被询问人心理障碍的对策

在询问过程中，有些被询问人不能如实地陈述，从心理障碍上分析大体有三种类型：第一种是"利益型"，即有的被询问人与某一案件事实有利害关系，他们往往从自身利益考虑，从而隐瞒或有意回避案件事实；第二种是"惧祸型"，即有的被询问人虽然与某一案件事实没有利害关系，但他们缺乏正义感和社会责任感，明哲保身，怕惹是非，对明明知道的情况却说不知道或说忘记了；第三种是"意气型"，即有的被询问人因对某人某事有成见，闹个人意气，对明知的事情故意不如实陈述偏袒一方，严重者提供伪证。为克服被询问人心理障碍一般有下述对策：

(1) 有针对性地宣传政策、法律，耐心、细致地做好思想教育工作。向被询问人宣传政策、法律不能走形式，不能生硬死板，要摸清他们思想根源，有针对性地进行宣传解释。思想工作不能只摆"大道理"，要抱着对被询问人关心、爱护的真诚态度对他们进行说服教育，情理交融，讲清利害得失，从而使他们思想上真正提高认识，端正态度，如实地、完整地说出自己知道的案件事实；

(2) 选择时机，注意方法，有针对性地进行质证。在询问前，如果估计到被询问人有可能对某个案情不愿如实陈述，事先可准备一些旁证材料，当被询问人出现回避或掩盖某个事实的时候，可以宣读有关的证据，以打消他们的侥幸心理，促使他们如实陈述；

(3) 过细诘问。过细诘问就是对一些关键事实过程采用"步步为营"、"笔笔对账"的盯问方法。即对关键情节中的每个人、每一言、每一行、每一事、每一物都一点一点地详细追问，要让被询问人尽量讲细，尽量讲原话，讲清时间、地点、人物、事情的发展过程等有关细节。过细诘问能使企图回避关键事实的人不能含糊其词，蒙混过关，能使订立"攻守同盟"的人在细节上暴露出本质和破绽。用过细诘问的方法核对细节，有些被询问人可能采取"不知道"或"记不清了"等说词搪塞，遇有这种情况一定要让被询问人明确肯定究竟是"根本没有"、"根本不知道"，还是"想不起来了"、"记不清了"。这种肯定对于明确被询问人的责任，判断某一事实是否存在有重要意义；

(4) 颠倒顺序询问。正常的问话顺序一般是先问主要，后问次要；先问原因，后问结果；或者按时间顺序先问发生在前面的事，后问排在后面的事。但遇有不愿如实陈述的被询问人，可以采用颠倒顺序的问话方法，即先不露出问话目的，在无关紧要的、外围的、愿谈的问题上摆出认真询问的架式，从被询问人滔滔不绝地叙述中找出与关键问题有必然因果关系的情节，找准时机对关

键问题进行诘问，迫使被询问人讲出真实的情况。

当然，在理论上和实践中，询问策略是多变的，但上述四点是民事询问中经常运用的。从理论上研究询问策略只是对个别方法的一般抽象，在审判实践中运用他们还要因人、因事、因时、因地而灵活掌握。对于不同性格、不同觉悟、不同地位、不同情况的被询问人，有的要劝说，有的要批评，有的要安抚，有的要激励。但是，运用或创造任何询问策略，都要严格依据法律原则，遵守职业道德，不允许逼供、诱供和指名问供，不允许欺骗和恐吓。

（四）询问当事人

当事人陈述是我们在民事审判中获取证据的重要渠道，而当事人的陈述又主要是通过询问当事人的途径取得的，所以询问当事人是我们在民事查证工作中经常进行的工作之一，可以说没有不经过询问当事人就能审结的案子。

一般情况下，原告一方当事人在自己的起诉书当中，都会对其诉讼请求所根据的事实和理由进行阐述，被告一方在自己的答辩状中对自己的反驳也会提供相应的事实和理由，原、被告双方当事人陈述的事实和理由构成了基本事实，也成为人民法院审理的基本范围。但是他们双方陈述的事实和理由，在没有查证以前，不能作为定案的根据。即使当事人履行了举证责任，也不可能不含任何疑问地严密证实证据，因此，为了查清案件事实，人民法院的审判人员仍然要对当事人提供的事实和理由进行核对，包括庭外、庭内调查询问，尤其是对于当事人双方没有说明的情节或双方争执焦点的情节，而又为审判案件所必须的情节，更是审判人员求证的对象，对当事人询问是形成完整证据系统，正确结案的重要措施之一。

为了使对当事人询问工作得以顺利进行，并取得良好的效果，我们应做好下列工作：

一是对当事人询问以前要做到心中有数。也就是应当全面、细致地审阅已有案件材料，熟悉和掌握双方当事人在起诉状和答辩状中已提出的事实和理由，从中寻找矛盾、焦点，明确哪些问题要进一步核实，哪些情节还没有搞清，总之要明确询问当事人的内容、目的；

二是在开庭审理时要让当事人双方围绕案情焦点，过细地阐述事实和理由。根据民事诉讼法规定，开庭时在法庭调查阶段的第一项就是当事人陈述（《民事诉讼法》第124条），在双方陈述以后，审判人员就可以要求他们回答问题，作一些必要的补充。这时候进行提问，要注意不要空泛，应尽量具体，以便让当事人作出确切的回答，尤其是涉及案件关键点的问题更要精查细验。为避免开庭时间过于冗长，注意引导当事人紧紧围绕关键展开陈述，对于无关

紧要甚至离题的陈述要及时制止。对于双方陈述中的矛盾，及时查究，让双方作出肯定的回答，在这时切忌主观行事，不能与自己预料判断一致的就爱听，与自己推测不一致就不听甚至制止，那样很可能导致错案；

三是时刻注意当事人行为、情绪、表情，对当事人有作假、隐瞒、恐惧等情况的要及时作出反应，相应进行思想工作，以保证当事人如实回答询问的问题。对他们讲清楚，作虚假陈述要负的法律责任。对有顾虑的，要分析其产生根源，打消其顾虑。对那些拒绝回答询问的当事人，向其讲明审理案件的原则是“以事实为根据，以法律为准绳”，只要有确凿的证据，即使其不承认也能依法定案。当然在开庭审理时，双方当事人依次陈述，回答询问，有的不回答也可能没听清，在此时不妨重复发问，提醒当事人进行回答；

四是案件经审理，感到双方要求虽有差异，但很接近，依照“民诉法”可以给予调解解决时，就要语言开导、亲切、缓和矛盾，不失大原则，以利案件最终解决。

（五）询问证人

在审理民事、经济纠纷案件过程中，对证人进行询问也是人民法院获取和审核证据的一种手段，在查证工作中也占有重要的地位。

询问证人，取得证言一般在实践中是以口头方式进行，这样有利详细了解案件事实，不明晰的地方可及时要求证人进行补充和说明。我国《民事诉讼法》第70规定：“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。”不难看出，证人口头当庭作证是原则规定，以书面形式作证是特殊，而且要有人民法院准许。

询问证人可分为庭外调查和开庭审理两种情况。对于庭外调查，询问证人的工作要注意以下：（一）要首先查明证人资格，没有行为能力的人不能做证，剥夺政治权利的人一般也不能作证。（二）是尽量便利证人。审判人员可以到证人的家中或单位取证，这样也有利于让证人情绪稳定、减少紧张感。但特殊情况，为防止不必要的麻烦，为了有利询问工作，也可以要求证人到法院回答询问。在证人是儿童、少年时，为维护未成年人的合法权益，一般在询问时可请其教师或家长在场监护。（三）是要向证人交待权利与义务。民事诉讼法第124条规定要“告知证人的权利义务，证人作证”，因此，审判人员要向证人说明有意作伪证或隐匿证据应负的责任，促使其如实作证。（四）是要明确证人作证的范围。根据法律规定，证人的作证义务限于知道案件的情况，对于其不知道的案件事实不能也不应该让其作证。为了让证人客观、公正地陈述案

情，可以向其介绍必要的情况，但不能施加不良影响。（五）是询问证人要分别进行。在民事诉讼法中没有明确规定这一点，在刑事诉讼法第 67 条第二款规定："询问证人应当个别进行"。但是，在民事查证工作中也应借鉴这条规定，因为这样做有利于做证人思想工作、有利于避免证人之间相互影响、有利于证言之间相对照和有利于保密。

在开庭审理时，询问证人工作要注意以下要点：（一）及时通知证人到庭。《民事诉讼法》第 122 条规定："人民法院审理民事案件，应当在开庭三日前通知当事人和其他诉讼参与人。"在实践中，关于证人出庭问题做法不一，法律上也没有明文详细规定，例如，是不是关于情节的证人全部到庭，是不是关于整个案件的所有证人全部到庭等，还需要逐步总结经验。我们认为，对案件争议焦点作证的证人应当到庭，对同一情节证言相互矛盾的证人应当到庭，对于案情间接了解的证人在有直接了解的证人情况下可以不到庭作证，同一情节数人作证可不必全体到庭等等；（二）防止证人相互影响。在未经出庭询问前应单独等候或安排人员监督，避免影响客观地作证；（三）要确认证人身份，告知其权利义务；（四）是在当事人陈述以后，才由证人作证，最后宣读未到庭的证人证言；（五）对于证人提到的书证、物证和视听资料应由其过目或收听；（六）对证人证言中需保密的内容，不得向无关人员泄露，不得在公开开庭时出示。

（六）依法进行询问

询问工作也是我们审判人员一种依法执行职务的行为，所以必须按照法律规定进行。依法进行，也就是我们的询问工作要合法，不仅形式上要合法、内容上也要合法。

从形式方面讲，要注意：（一）应由两人以上共同进行。询问被询问人也是人民法院收集调查证据的一种措施，当然要依最高人民法院的解释行事；（二）要向被询问人出示证件。避免有人招摇撞骗，并有利于被询问人对审判人员的询问工作进行监督；（三）要由被询问人查阅笔录。在制作笔录时，尽可能按照陈述人的原话、原意记载，客观全面反映回答内容，不能为了图省事记"要点"，这样很可能从主观出发，断章取义，影响对证据的审查判断。笔录应交讲述人阅看或向其宣读，如果其认为有错、漏的地方，应加以补正。认为无误的，应签名盖章。当事人拒签的，记明情况备查。另外，证人阅看笔录，只阅看其证言部分的记录，不阅其他部分。

从内容方面讲，要注意：（一）要公正。对当事人回答询问，双方应有同样的机会，不能偏听偏信，只允许自己凭感觉认定"可靠"、"老实"的一方发

言；（二）不搞逼供。不能强迫当事人或证人按自己的要求讲述案情，来证明自己的“判断准确”；（三）要客观。也就是要实事求是，不能凭自己的主观推测确定案情，并以此为据去加工被询问人的陈述。为了保证被询问人能客观讲述案情，尤其是询问证人时，不能对其进行暗示、诱供。反对诱导的规定，其理论根源在于“通常之人易受暗示之影响，尤其对于略为接近正确之主张，即随声附和”。在我国，如果允许暗示、诱导，后果会更严重，因为审判人员代表国家行使职权力，被询问人对于其暗示往往不敢违背。但是，我们认为其中几种情况是合法的，不应认为是诱导或暗示：第一，证人讲述完毕后，审判人员认为其记忆力已用尽，可确实其还有较为重要的证言没有讲出，可以适当提醒证人，随后证人自主地讲述补充的案件事实；第二，证人是未成年人时，由于胆怯或惊恐不能主动讲述时，可以提醒一些线索，让其主动讲述；第三，证人身心健康不佳，为避免过耗精力、体力时，提醒其讲述一时想不起或重要的情节；第四，当事人一时记不清而又确实应讲的内容，可略作提醒；第五，当事人离题太远，陈述无关案情的事实时，可以制止，提醒其讲述正题；第六，证人或当事人为文盲或表述普通话有困难（但又不属于应当提供翻译的情况的）时，可以适当提醒。使语言放慢和为听明白证言令其重述，以求准确无误。

三、民事勘验

我国《民事诉讼法》第73条规定：“勘验物证或者现场，勘验人必须出示人民法院的证件，并邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加。当事人或者当事人的成年家属应当到场，拒不到场的，不影响勘验的进行。有关单位和个人根据人民法院的通知，有义务保护现场，协助勘验工作。勘验人应当将勘验情况和结果制作笔录，由勘验人、当事人和被邀请参加人签名或者盖章。”根据这一规定，民事勘验是指人民法院的审判人员在当事人参加下邀请当地基层组织或者有关单位指派的人员，对民事、经济纠纷案件的物证或者现场进行勘查检验，并通过勘查检验收集和调查证据的一种民事查证措施。

民事勘验的主持人是人民法院的审判人员，这一特征使民事勘验同民事鉴定在主体上有了区别，在民事鉴定中，人民法院只是鉴定的通知人，主持进行鉴定工作的是鉴定单位的鉴定人。

民事勘验的参加人除了人民法院的审判人员之外，还有被邀请参加勘验工作的当地基层组织或者有关单位指派的人员，还有被通知到场的当事人或者他的成年家属。这一特征使民事勘验同刑事勘验有了区别。在刑事勘验中，主持

勘验的主体除了人民法院之外，还有公安、检察机关，参加勘验的人在很多情况下，不包括被告人或他的家属。另外，民事勘验一般都是公开进行的，而刑事勘验一般都是秘密进行的。

参加民事勘验的人，根据他们在勘验中的地位和作用可以分为三类：第一类是勘验人。也就是主持并实施勘验工作、制作勘验笔录的人，即人民法院的审判人员和书记员；第二类是当事人。所谓当事人，是指因民事权利义务发生争议，以自己的名义到人民法院起诉、应诉，并受人民法院判决、裁定和调解书约束的利害关系人。在进行民事勘验时，当事人或者当事人的成年家属应当到场，拒不到场的，不影响勘验的进行；第三类是被邀请参加人。也就是参加勘验工作并对勘验过程的客观、公正性进行监督、证明的人。这类人包括被人民法院邀请参加勘验工作的当地基层组织和当事人所在单位派的人员。在进行民事勘验时当地基层组织又无当事人所在单位指派的人参加，勘验工作就不符合法定条件，勘验笔录就不能成为法定证据。

在民事勘验中，勘验人有组织实施勘验工作的权力，具体地说，其有权决定进行勘验，有权邀请或通知见证人及其他参加人到场，也负有为参加人提供必要条件，保证他们正常行使权利和履行义务。同时，勘验人有权对现场或物证进行测量、检验、拍照，有权制作勘验笔录；被邀参加人有权对勘验过程进行监督，有权揭发、检举勘验人不客观、不公正的勘验行为，但他们也负有不妨碍勘验工作正常进行的义务；当事人或其成年家属有权参加勘验工作，有权提出自己的意见，但不得扰乱勘验工作正常秩序。

民事勘验作为一种民事查证措施其任务就是收集和调查民事证据，但是，这种查证措施同其他查证措施相比在查证内容、方式以及查证作用等方面又有自己的特点。首先，从查证内容上看，民事勘验取证内容非常广泛。通过勘验能取得物证、书证等证据，同时，还能获得与案件事实有关的客观环境方面的资料；其次，从查证方式上看，民事勘验不仅采用直接收集和调查证据的方式，而且采用对比检验和查证实验的方式；再次，从民事勘验在查证中所起的作用看，这种查证措施不仅能用来调查和收集证据，而且能用来固定和保全证据，还能用来审核和验证证据。

民事勘验作为一种法定查证措施，必须从严要求，严格依照法律规定的程序实施，勘验时勘验人必须出示人民法院的证件，勘验工作必须有被邀请参加人参加，勘验结果依法制作勘验笔录，勘验笔录应由勘验人、当事人和被邀请参加人签名或者盖章。

总之，民事勘验是由人民法院的审判人员实施的，并在被邀请人、当事人

参加下，依法律规定程序，对与案件事实有关的现场和物证进行勘查、检验，以获取证据的一种民事查证措施。

（一）现场的司法勘查

1. 民事诉讼案件现场司法勘查概述

民事诉讼案件现场的司法勘查，是根据我国《民事诉讼法》第六章、第63条规定的七种证据，并单独规定“勘验笔录”为一种专门证据，第64条第二款规定“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集”，第65条第一款规定“人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝”，第73条第一款关于“勘验物证或现场”的规定，结合本章其它有关条款规定的内容，以及当前司法实践活动日益发展的需要提出的。从这个意义上说，人民法院对民事诉讼案件现场的司法勘查活动，是我国民事诉讼法赋予人民法院负责调查收集证据的职权，但并非是对所有民事诉讼案件都要进行司法勘查，也非单指对某一种具体民事案件现场的司法勘查，而是对所有民事、经济等各种民事纠纷案件中，法定由人民法院负责调查的收集证据，需要勘验取证的民事案件，进行的物证或现场勘验和调查访问等收集证据的活动。

(1) 民事诉讼案件现场的概念、特点

①民事诉讼案件现场的概念

民事诉讼案件现场，是一切适用民事诉讼法的民事、经济等各种民事诉讼案件现场（以下简称民事案件现场）。然而就民事案件现场司法勘查所言的民事案件现场，则只是大量民事案件中的一部分。其中大部分民事案件尽管有现场，但却是不需由人民法院负责收集证据或者是勘验取证的民事案件。因此，做为民事案件现场的概念，它是指人民法院受理并由其负责调查收集证据和需要勘验的，发生民事纠纷案件和存有标的物的地点，以及遗留有与案件有关痕迹、物品的处所。这里所说的标的物和遗留的与案件有关痕迹、物品等，经过查实就是民事案件中的物证。具体地说民事案件现场有以下几个基本要件构成：

a. 必须是人民法院已经受理的民事案件

人民法院是否受理或立案，是决定这一起民事案件是否需要经民事诉讼活动解决的问题，只有由人民法院认为有必要立案审理的民事权利义务纠纷，才有必要进行民事诉讼活动，如经过初步审查不构成民事案件或不属民事案件，即使有物证或现场，也不为民事诉讼案件中需要勘验的物证或现场。

b. 必须是法定由人民法院负责调查取证和需要勘验的民事案件现场

根据民事诉讼法规定和人民法院工作性质，大量民事案件是通过当事人举证，人民法院进行公正审判活动，就可查明事实，分清是非的，故这些案件有无现场没有实际意义。只有符合民事诉讼法规定，是人民法院负责调查收集证据和需要勘验的案件现场，才属本章所研究的民事案件现场。如商品造成人身和财产严重损害的案件，其证据是当事人及其诉讼代理人很难自行调查收集的，而且需要人民法院出面进行物证或现场勘验和现场调查，该案件现场就是本章所说的民事案件现场。

c. 必须是发生民事案件和存有标的物的地点和遗留有与案件有关痕迹、物品的处所

就是说要在客观上存在民事权利、义务纠纷案件的标的物和发生地，以及遗留有与该民事案件有关痕迹、物品的处所，它们才是民事案件现场。一般说来，只要有发生民事案件的标的物和遗留有与案件有关的痕迹、物品，就会造成人身或标的物的变化，出现痕迹、物品所依附的物体与场所，也就有民事案件现场的存在。这是一个统一体的两个方面，它们统一于客观存在的案件事实。但是，虽有民事案件发生地，却没有标的物或与标的物无关，也没遗留有与案件有关的痕迹、物品，该场所就不是本章所研究的民事案件现场。

②民事案件现场的特点

a. 民事案件的现场多发生变化或毁坏

民事案件现场多发生在人们生产、经营或生活之中，加之人们对保护案件现场认识不足，案件现场往往不被人们重视。一旦有民事案件发生，人们往往为减少财产损失或救护被伤害人，急于采取某种行动而不顾保护现场，或急于修整、清扫等照常营业、生产、工作、学习或生活，致使案件现场被当事人或其他人有意无意的搬动、改变或毁坏。在这种情况下，深入对案件现场或对物证材料进行勘验就非常必要。

b. 案件标的物和有关痕迹、物品多有变化或灭失

导致民事纠纷案件发生的标的物和随之而产生或出现的与案件有关痕迹、物品等，是民事案件现场勘验应获取的重要证据材料。然而往往由于当事人未能及时提起诉讼或不知有无勘验的必要，致使标的物或与案件有关的痕迹、物品发生自然或人为的变化、毁损或灭失，如发生在露天场合的民事案件现场，标的物等会受到风、雨、雪、雷电等的破坏；照常生产、经营等活动，会造成标的物或物证材料的散失；时间久了会使含有有毒物质或化学元素出现挥发或消失；人、车、牲畜、机械的运行，会造成标的物或有关痕迹、物品的毁损或灭失；有时当事人甚至会故意制造假象、掩盖事实，使案件标的物或有关痕

迹、物品遭到毁损或灭失。

c. 案件现场多牵扯面较广、专业性较强

需要人民法院勘查、检验取证的民事案件现场，是一般调查收集难以取证或案情比较复杂的案件。比如有的民事案件现场波及到几个省、市、地区，涉及到许多相关单位和个人；有的民事案件现场还牵扯到不同的国家或地区，涉及到不同国家或地区之间的民事、经济、贸易的往来关系；有的民事案件现场专业性较强，实施勘验取证必须熟悉与之相关的专业知识，等等。

(2) 民事案件现场司法勘查的概念、意义

①民事案件现场司法勘查的概念

民事案件现场司法勘查，是指法定的审判人员，为查明案件事实，有权依法对由人民法院负责调查和需要勘验取证的民事案件的标的物和发生地，以及遗留有与案件有关痕迹、物品的处所，实施勘验和现场访问等专门调查活动的总称。它不是简单的民事案件现场勘验，而是一个综合概念，由以下四个基本要件构成：

a. 明确了司法勘查的民事案件现场范围

开展司法勘查的民事案件现场，必须是民事诉讼法规定的要由人民法院负责调查收集证据并需要进行勘验的民事案件现场。否则是不需要或不属于民事案件现场司法勘查范围的。

b. 民事案件现场司法勘查的人员

根据我国民事诉讼法规定，人民法院的审判人员为查明案件事实，有权依法对民事案件进行勘验和调查取证，在必要时人民法院可指定、邀请有关单位或专业技术人员参加勘验。

c. 民事案件现场司法勘查的对象

根据我国民事诉讼法规定，民事案件现场司法勘查的对象主要有两个方面，即勘验的对象和现场调查访问的对象。

按照《民事诉讼法》73 条第一款规定，勘验的对象，是指对民事案件标的物和案件发生地，以及遗留有与案件有关痕迹、物品等证据材料和处所的勘验取证活动。这是从我国民事诉讼特点和实际需要出发的。鉴于有的民事案件有现场存在，不管是否受到毁坏，只要需要勘验，就要通过现场勘查、检验获取发案和标的物情况及有关痕迹、物品等证据材料，以查明案件事实；有的民事案件现场已不存在，或有发案地而无需勘验，可是却有作为物证的材料存在。如标的物或标的物的一部分，或与案件有关的痕迹、物品等证据材料。有鉴于此，就只有对物证材料进行勘查、检验，以取得证据，查明案情。两者都

是为获取证据，对案件现场不同情况采取的实地勘验活动。在民事案件现场司法勘查中，调查的对象是民事案件中的有关单位和个人。深入实际调查访问查明事实，是人民法院对其负责调查取证的案件实现其职权活动的主要工作方法。但在民事案件现场的司法勘查中，对当事人或原告人、被告人、知情人，以及与案件有关的单位和个人所进行的现场访问，则主要是围绕物证或现场的实地勘验所采取的又一种专门调查方法。

d. 民事案件现场司法勘查的基本原则

在民事案件现场的司法勘查中，必须从始至终坚持严格依法办案的法制原则和及时、客观、全面、细致的原则。法制原则是民事案件现场司法勘查的出发点和归宿，只有按照民事诉讼法规定的内容、程序、规则、要求确定和实施勘查，才能把握司法勘查的科学性和准确性；及时（快速）、客观（科学、实事求是）、全面（没有遗漏）、细致（认真、精心）的各项原则，是严格执法，依法勘查的体现和有力措施，只有坚持上述基本原则，才能做好收集证据材料的工作，防止与案件有关证据材料的失落、毁损或灭失，确保民法和民事诉讼法贯彻实施的严肃性和法律性。否则离开司法勘查的基本原则，就难以达到司法勘查的目的，也难完成查明案件事实的任务。

②民事案件现场司法勘查的意义

从司法实践和民事诉讼法规定不难看出由人民法院负责调查勘验的证据，多存在于案情复杂、证据难取、是非不清的一些民事案件中。面对这些情况各异的民事案件现场和不同的勘查对象，只要我们办案人员对其予以足够的重视，认真开展司法勘查，就能够发现、固定、提取和收集到较充分的有价值证据材料。这对提高民事诉讼质量，使民事案件得到准确处理具有重要意义。

a. 民事案件现场司法勘查，是贯彻民事诉讼法的具体体现

我国《民事诉讼法》在证据一章里专门规定“勘验笔录”是一种证据形式，并且为保证民事案件现场勘验的准确和顺利的实施，还专条做了规定。此外，在证据一章里规定的其它证据形式，在需要勘验的民事案件中，有的也是需要通过司法勘查取得的。因此，在司法实践中必须依法积极开展民事案件现场的司法勘查业务，才能使贯彻执行民事诉讼法落到实处。

b. 民事案件现场司法勘查，是收集证据材料的重要途径

人民法院作为审判机关，其在诉讼活动中主要是通过当事人举证、法庭调查和审理获取证据材料实现审判任务，然而根据法律规定深入到发生民事权利、义务争议和标的物所在地，遗留有与案件有关痕迹、物品的处所，发现和收集证据材料，是人民法院依法对由其负责调查收集证据的具体职权。这是保

证人民法院查明事实，分清是非，正确适用法律的需要。否则不仅会影响对物证等证据材料的收集，还会导致与案件有关痕迹、物品等证据材料的变化、毁坏或灭失。其结果将会造成证据不足，事实不清的局面，影响审判工作的顺利进行。

c. 民事案件现场司法勘查，是保全证据的一种方法

保全证据是我国民事诉讼法专门规定的一个重要内容，它是人民法院调查证据之前，对可能腐败、灭失或难以取得的痕迹、物品和防止发生意外失去取得证人证言的时机，采取制作笔录、绘图、拍照、录音、摄像等方法，使证据证明作用保存下来的方法。而这些保全证据的方法，正是司法勘查所要作的工作内容，因为司法勘查的任务就是采用制作笔录、拍照、摄像、绘图、录音等各种专门方法手段，发现、固定（保全）、收集证据材料为查明事实服务的。诚然，司法勘查并非就是保全证据的唯一方法，但是，它却具有保全证据的实际作用，而且具有比其它保全证据的方法来得迅速、准确。故而司法勘查是有利于保全证据的好方法。

d. 民事案件现场司法勘查，是保护当事人合法权益的需要

保护当事人（公民、法人）合法权益是民事诉讼法的根本任务，民事诉讼中的司法勘查，是具体贯彻执行民事诉讼法的重要方面，它是通过对民事案件现场进行勘查、检验和现场调查、发现、固定、提取或收集证据材料，为审判人员查明案件事实真相，实现民事诉讼法服务的。只有依法根据需要进行司法勘查，把司法勘查工作开得越及时、有效，越可使证据确实、充分，就越能迅速、准确地查明事实、分清是非，才能使民事权利、义务关系得以确认，使违法行为受到制裁，当事人的合法权益得到保护。才能维护社会秩序的稳定，保障社会主义建设事业的顺利发展。否则就会因事实不清，证据不足，影响法律的正确适用，使违法行为得以存在，合法权益得不到保障。

（3）民事案件现场司法勘查的性质、任务

①民事案件现场司法勘查的性质

民事案件现场司法勘查，是为实现我国民法和民事诉讼法任务，保证人民法院民事、经济审判工作顺利进行的一种法定职权活动。当人民法院在开展民事、经济审判业务实践中，遇到应由人民法院负责调查勘验取证的案件时，为能够有效地查明案件事实，分清是非，正确适用法律，确认民事权利、义务，制裁民事违法行为，保护当事人合法权益，教育公民自觉遵守法律，维护社会稳定。对民事案件中的物证或现场进行勘验和现场访问等司法勘查，这是人民法院依法采用的一种专门调查职权活动。它既不是一般民事案件都要采用的，

也不是每起民事诉讼活动都需要采用的，而是在符合法定条件下或在复查中认为需要时采取的司法勘查活动。

②民事案件现场司法勘查的任务

a. 及时深入实际了解案件物证材料或现场情况

人民法院对由自己负责调查收集证据的民事案件，只要认为需要勘验，不论是仅有案件标的物或与案件有关痕迹、物品的存在，还是有案件标的物和发案地同时存在，以及遗有与案件有关痕迹、物品及其处所的同时存在，都应不失时机地深入人民群众，深入案件现场，扎扎实实地审查了解与案件有关的物证材料和现场情况。以便及时对案件现场或物证材料进行勘查、检验和现场调查访问等活动，从而防止时过境迁，现场发生变化，证人记忆痕迹淡化，有关痕迹、物品发生变化、毁损或灭失。

b. 发现、固定、提取或收集证据材料

需要勘验的民事案件现场通常存有大量证据材料，它与客观存在的其它物证材料一样，有的经过审查判断、互相印证，即可成为证据，有的则需经过检验、鉴定才能成为证据。可是，如果没有专门人员去发现、固定、提取或收集，它们不是过是客观存在的自在之物，不能为我所用。因此，需要由具有专门业务知识的人员以高度的责任心和事业心，去认真进行勘验和调查，寻找、发现、固定、提取或收集充分的证据材料，以备审查、印证、检验或鉴定。为有效地寻找、发现、固定和提取证据材料，有时还需勘查人员借助某种仪器、设备，以便更加充分地提取或收集证据材料。可见，寻找、发现、固定、提取和收集证据材料，是民事案件现场司法勘查的重要任务。

c. 为查明事实，分清是非提供有力的证据

证据是查明事实，分清是非的基础和前提，对于需要勘验的案件，只有通过对案件现场或物证材料进行勘查、检验和现场访问，才能获得充分的证据材料为供科技鉴定或审查判断所用，保证证据的确实和证明力。其间所获取的以勘验笔录为主的勘验记录，则是其他任何活动所不能获得的极为有力的原始证据。因此，必须努力获取充分、确实的证据，才能实现司法勘查的任务，为查明事实，分清是非服务。

根据我国《民事诉讼法》规定的案件管辖范围，由人民法院负责调查收集证据和需要勘验的民事案件，只是诸多种类案件中的一部分，仍难以逐个分别阐明其司法勘查的重点。本章只从中选择几种民事侵权损害赔偿案件现场和部分合同纠纷案件现场司法勘查的重点，分别做一介绍以掌握一般。

2. 商品造成消费者人身、财产损害纠纷案件现场勘查的重点

商品造成消费者人身、财产损害纠纷案件现场，即被人们称之为商品造成损害赔偿（尚不构成刑事案件）的案件现场。它是由于商品自身存在的问题，使其在流通或使用中给人身或财产造成损害的处所。及时予以保护和勘查收集有关痕迹、物品，对查明案情，依法做出妥善处理有重要意义。

（1）商品造成消费者人身、财产损害纠纷案件现场勘查的概念、特点

①商品造成消费者人身、财产损害纠纷案件现场勘查的概念

商品造成消费者人身、财产损害纠纷案件现场，是指依法由人民法院负责调查收集证据和需要勘验取证的，商品造成消费者人身、财产损害案件的发生地，以及遗留有与案件有关痕迹、物品的处所。其基本构成要件如下：

a. 必须是依法由人民法院负责调查和需要勘验取证的商品造成人身、财产损害的案件现场

人民法院受理的因商品造成消费者人身、财产损害的案件，在具有符合法定的由人民法院负责调查收集证据的条件和需要勘验取证时，该案件现场才是民事诉讼中应由人民法院负责勘验的商品造成消费者人身、财产损害的案件现场。如未经人民法院受理，或不由人民法院负责调查收集证据，不需要勘验的商品造成人身、财产损害案件的现场，或虽为人民法院受理，由人民法院负责调查收集证据和勘验取证，但不属于商品造成人身、财产损害的案件现场，就不是由人民法院负责调查和需要勘验取证的商品造成消费者人身、财产损害的案件现场。

b. 必须是因商品存在问题，造成消费者人身、财产损害的案件现场

《消费者权益保护法》第40条规定了九个方面情况都属于商品存在问题，凡是因经营者提供的商品具有商品存在缺陷，不具备商品应具备的使用性能而出售时未作说明，不符合商品或包装上说明或样品的质量、标准，国家明令淘汰、失效、变质的商品等情况之一，使消费者受到人身、财产损害引起纠纷的现场，就是因商品存在问题，造成消费者人身、财产损害的案件现场。如销售掺杂、掺假、以伪充真等商品，销售额在5万元以上的案件，或因出售假冒伪劣药品，严重危害人体健康的，该案件现场就不属于商品造成消费者人身、财产损害的民事案件现场，而属于刑事案件现场。

c. 必须是商品造成消费者人身、财产损害的现场

商品造成消费者人身、财产损害的场所，是商品造成消费者人身、财产损害的案件发生地，如重复使用的小型液化气罐爆炸伤人的地点，啤酒瓶爆炸伤人的地点，某些质量低劣家电产品起火、爆炸造成人身、财产损害的处所等。如果不是商品造成的损害或未造成人身、财产损害的场所，则不是商品造成消

费者人身、财产损害的案件现场。

d. 必须是遗留有与案件有关痕迹、物品的处所

由于商品造成消费者人身、财产损害后，往往会使人身受到伤害，房屋家具等财物遭受损害，导致某些与人身、财产有关的痕迹、物品遗留在发案地，而且还会使某些痕迹、物品散落或波及到其它地方。如商品发生爆炸会使人体、财物受损，会引起人的血迹和有关物体的残留物等遗留在出事地或飞散到周围相关地点；况且由于人们抢救受害人或财物，也会使某些与之相关的痕迹、物品改变其所在地。这些随之变化了的遗留有与案件有关痕迹、物品的处所，因与案件的发生存有密切的因果关系，都属于案件现场的组成部分，其场所和有关痕迹、物品等证据材料都应纳入勘验范围。这样才能保证全面、客观、细致、及时地发现、提取和收集到充分的证据材料。

②商品造成消费者人身、财产损害案件现场的特点

a. 现场多处于和生产、生活直接相关的处所

商品与人们生产、生活、工作、学习等息息相关，因此，因商品存在问题造成人身、财产损害的场所，多在人们生产、生活、工作、学习的所在地，故其危害性也较大，而且易受变动。尽管有时商品发生问题会在路上或无人的地方，但多因与人密不可分，不出事则已，一出事就往往会造成人身、财产的损害。

b. 现场的损害情况各异

商品的作用、意义不同，造成损害的场所不同，有的损害现场在居民家庭住室内，有的损害现场在厂房、办公室，有的损害现场在公共场所、旅馆、饭店，有的损害场所在旅途中的车、船上。另外，商品存在问题的严重程度和性质不同，所造成损害的对象和程度也不同，有的只造成财产损害，有的只造成人身伤害，有的既造成人身伤害，又造成财产的较重大损害等情况各不相同。

c. 现场易受毁损

诉到人民法院需要勘验的商品造成消费者人身、财产损害的案件现场，通常会给消费者人身或财产造成比较严重的损害，当损害发生时往往会受到人民群众等各方面的救护和医治，故此，造成消费者人身、财产损害的案件现场多在抢救、搬运和医治中被改变或破坏现场的原始状态，还可能使某些与案件有关的痕迹、物品发生灭失。有时还会由于受害单位或个人不知保护现场或拖延了诉至人民法院的时间，致使案件现场受到严重破坏或已不存在，这时可能就只有与案件有关的物证材料可供勘验了。

（2）商品造成消费者人身、财产损害纠纷案件现场实地勘验的重点

①查清商品造成消费者人身、财产损害的原因

勘验商品造成消费者人身、财产损害案件现场，应首先查明是商品自身存在问题造成的，还是由于消费者对商品使用、保管不当，或是其它原因，导致商品造成消费者人身、财产受到损害，只有确属商品存在问题造成的人身、财产损害，才是商品造成的人身、财产损害案件。

②仔细寻找损害人身、财产现场的中心部位

案件现场的中心部位是造成损害人身、财产的发源点、损害比较重和存在较多有关损害证据材料的部位。认真仔细地进行勘查、检验，对于发现和查明造成消费者人身、财产损害的起因有重要价值。如商品造成火灾案件现场，只有找到起火点，才好确定起火原因。

③发现、固定、收集造成损害的商品和有关的痕迹、物品

商品造成损害的现场，多留有造成损害的商品及商品出现问题造成人身伤害、财物损坏的破碎物、残留物、包装物等破坏性的痕迹、微量物。收集到这些痕迹、物品有利于查明事实真相。如通过对商品残留物、包装物的检验可确定商品的品牌、型号、规格、产地、质量、标准等，通过对遗留的微量物、痕迹的检验可查明是什么原因引起商品的爆炸、起火等。因此，必须认真发现，并做好拍照、录像、记录等固定工作，以保证收集到的证据材料真实性、科学性和法律性。

④勘验被损害的人身、财产及相关的痕迹、物品

商品造成消费者人身、财产损害发生后，往往会因抢救治疗等使人身、财产等发生位移或变动。然而实地勘验时，要不因人身、财产所在处所、状态的变化影响勘验工作的进行。既要认真对被损害的人身、财产进行详细的勘查、检验，又要对与被损害的人身、财产有关痕迹、物品进行勘验。如对人身创伤部位和人体组织、排泄物、分泌物的勘验，对具体财物和灰烬、碎片等的勘验，从而既可查清人身、财产损害与商品存在和发生问题的关系，也可查明损害的严重程度。比如通过勘验现场，发现、提取大便或尿液可检验出是否由于食用某种商（食）品和商（食）品中是否带菌造成的中毒。

(3) 商品造成消费者人身、财产损害纠纷案件现场调查访问的重点

①现场调查访问的主要对象

案件当事人、知情人与商品有关的产、运、销单位的工作人员等。

②现场调查访问的主要内容

a. 了解造成损害人身、财产的商品是何时、何处选购的，有无性能、使用说明，商品种类、品牌、标准、型号、生产厂家、单据、保管、使用的情况

等。

b. 了解损害发生前、后商品摆放的位置，有何异常现象、气味、运作是否正常。

c. 了解商品产、运、销和存放是否符合规定要求。

d. 了解造成损害的商品是否经过商品质量检验和商品监督机构的检测、监督，以及经过商检和监督的商品质量、性能标准等是否达到法定要求。

e. 了解对人身、财产造成损害的具体情况和损害的严重程度。

(4) 商品造成消费者人身、财产损害案件现场分析的重点

①分析判断造成人身、财产损害的原因

商品造成消费者人身、财产损害，固然是由于商品自身存在缺陷，或明令淘汰、失效、变质的商品，或不具商品应具备的性能、不符合包装上注明或使用说明等情况造成的。可是，有时也和商品经营者、消费者的保管、使用具有一定关系，而且有的商品并不是独立使用发挥作用的。因此，必须分析研究造成损害的原因和导致损害发生的根源。为此，要分析研究商品所处的位置，造成损害的中心部位，与周围人、事、物、环境的关系，并综合收集的痕迹、物品和现场访问的材料相互印证，分析判断造成损害的原因。如电视机等家电商品的爆炸或毁坏，有的就是由于电线短路造成的，有的则是由于供电部门电压超标引起的等等。分析时不可简单就事论事。

②分析判断造成人身、财产损害的部位和严重程度

分析判断商品对人身、财产造成损害的部位和严重程度，既是分析判断造成损害原因的需要，也是关系到损害赔偿的问题。为此，必须在现场勘验收集到的证据材料、法医或专门医院检查、鉴定的基础上，结合现场访问获得的证言，对商品造成损害的空间范围和人、财物受损伤的数量、部位、后果等进行科学的分析与评断。

③分析研究是否需要进行现场实验，对现场提出处理意见

准确地认定商品造成人身、财产损害事实的过程，是科学研究、综合分析判断的过程，有时一般的现场勘验获得的证据材料和实际情况，还难以准确的认定造成损害的因果关系。为此，当遇有某些较难认定的损害现场，就需要按实验要求进行单项或多项的反复实验，以确认某种现象、损害后果能否发生和危及的范围。经过现场分析后，无论是否取得了现场勘查的预期目的，都应对造成损害的现场是否保留提出意见，以防需要复勘时，现场已不存在现象的发生。

3. 房屋纠纷案件现场勘查的重点

(1) 房屋纠纷案件现场的概念、特点

①房屋纠纷案件现场的概念

房屋纠纷案件现场，是指依法由人民法院负责调查和需要勘验取证的，因房屋建筑、装修、维修、使用发生纠纷所指的房屋及其所在地，以及遗留有与案件有关痕迹、物品的处所。其基本构成要件是：

a. 必须是依法由人民法院负责调查和需要勘验取证的房屋纠纷案件现场

人民法院受理的房屋纠纷案件，在其符合我国民事诉讼法规定的由人民法院负责调查收集证据的条件和需要勘验取证时，该案件现场才是应由人民法院负责调查、勘验的房屋纠纷案件现场。如未经人民法院受理，或虽经受理但不属由人民法院负责调查收集证据，不需要勘验取证，只要由当事人举证，或必要时向有关单位和个人调取证据就可查明事实的案件，或是人民法院受理，由人民法院负责调查收集证据和需要勘验取证的，但却不是因房屋建筑使用等发生的房屋纠纷案件现场，就不是依法由人民法院负责调查和需要勘验取证的房屋纠纷案件现场。

b. 必须是在房屋建筑、装修、维修、使用中发生纠纷所指标的物的所在地

无论房屋归谁占有、使用，只要一方当事人在房屋建筑、装（维）修、使用中，违反有关法规、合同约定，侵犯房屋所有人的产权或他人的居住、使用、人身安全等合法权益，导致纠纷发生所指标的物存在的场所，就是这里所说的房屋纠纷案件现场。并非单指发生纠纷的场所，也非指房屋买卖、租赁关系中发生争议的场所。如甲方建筑的房屋损害了乙方的房山墙、侵犯到乙方的宅基地面积、行走通道或采光，或者是一方装（维）修、使用房屋，降低了房屋的坚固或使用年限，或危及到他人居住、使用的安全或影响他人正常通行的场所，都属于这里所说的案件现场。

c. 必须是遗留有与房屋纠纷有关痕迹、物品的处所

房屋纠纷现场是当事人在建筑、装（维）修、使用中发生的，其行为活动往往会使房屋建筑改变原有状况，或使与房屋纠纷有关的痕迹、物品被搬运、抛弃到不同地方。这些变化了的痕迹、形象、物品，是证明案件发生真实情况的物证材料，其所在的场所就是有可供勘验获取物证材料的案件现场。如果是没有遗留下任何与案件有关痕迹、物品的处所，则由于没有能够证明与案件有密切联系的客观事实，就很难说该地是房屋纠纷案件现场。

②房屋纠纷案件现场的特点

a. 现场多在人们生活集居区或公寓

现代人们多居住生活在人们相对集中的城镇和乡村，因而人们集居区或公寓的房屋往往成为人们建筑、装修、维修、使用过程中违反有关法规合同约定，侵犯房屋所有人或他人合法权益的场所。近年来随着人们生活水平的提高，这类纠纷竟随着房屋建筑、装修等活动的增加而增多，应引起人们的重视，以防酿成纠纷或大的危险。

b. 现场明显可见，易受毁坏

房屋纠纷是在人们生活集居区或公寓中由于一方建筑、装（维）修、使用不当造成的。在施工中和施工后往往会为人所知，会留下或出现改变原状的新形象。然而，因其在人们集居区或公寓中发生的纠纷，因此，房屋纠纷案件现场多会出现既明显可见，又易毁坏的特点，即建筑、装（维）修后，一般会出现一些新变化，以及与装（维）修、建筑施工有关的痕迹、物品，又可能会很快地被清理或扫除。

c. 多遗留有与案件有关的痕迹、物品

凡实施违法建筑、装（维）修、使用房屋的行为活动，就会留下相应的痕迹、物品。尽管事后要清理或扫除，其与建筑、装（维）修、使用行为有关的痕迹、物品仍不会彻底消失，而且有的还会出现非常明显的变化，如凿挖或构筑增添了某个部位，都会遗留有与之相应的痕迹、物品等。

(2) 房屋纠纷案件现场实地勘验的重点

①必须及时勘查、检验房屋的建筑、装（维）修、使用有无违反有关法规与合同约定

房屋的建筑、装（维）修、使用要符合建筑、防火、安全、环保、卫生、房管等有关法规的要求，以及房屋租赁使用合同约定。一般来说房屋纠纷多为违反有关法规与合同造成的。因此，在实地勘验中必须对照有关法规、合同条款和建筑图纸或同样建筑，认真寻找对照查验出现的可疑情况与现象。只要具有违反有关法规条款、租赁使用合同、建筑图纸之一种情形，即为发生房屋纠纷的事实。

②注意发现房屋的建筑、装（维）修、使用，是否侵犯了国家、集体或个人的合法权益

一般说比较明显的侵犯到国家、集体或个人财产和人身安全等合法权益的建筑、装（维）修、使用等活动比较容易发现，可是有些造成建筑物或居住房屋的隐患就难以发现。比如在住宅旁挖下水道不加防护，或施工震动，造成房屋建筑物倾斜，在房屋旁种植竹、树，根枝伸延到他人房屋、建筑物下，危及到他人安全，高层楼房间壁墙被拆除，整修成活动式隔扇可以乱真，如此种

种，不认真勘验是难以发现的，可能有的还需靠仪器测定或请专门技术人员进行检查才能发现。因此，实地勘验中必须注意认真发现侵犯他人合法权益的事实。

③发现、固定、收集与房屋纠纷有关的痕迹、物品

与房屋有关的痕迹、物品很多，诸如施工中建筑、装（维）修、使用的各种建筑材料，如水泥、灰石、砖瓦、木材、涂料、金属配件、备品及建筑器材等；施工后遗留的各种痕迹，如上述建筑材料堆放地、残留物，建筑前后房屋、建筑物形象、结构的变化、挖掘、回填、粉刷、修整、装饰等印迹。这些痕迹、物品往往不为人所重视。然而，如经办案人员认真勘验发现，用文字笔录、（摄）录像等专门方法加以固定和收集，再经科技鉴定或审查判断，即可成为证明案件真实情况的物证。在某些比较严重的房屋纠纷案件中，是有重要价值的。所以要把发现、固定、收集与房屋纠纷有关的痕迹、物品作为一项勘验重点对待。

(3) 房屋纠纷案件现场调查访问的重点

①现场调查访问的主要对象

房屋纠纷案件中双方当事人，知情的房管、建筑、安全防火、施工等单位或个人，房屋的所有人、与纠纷所指房屋相邻的单位或个人等。

②现场调查访问的主要内容

a. 了解房屋纠纷案件中纠纷的焦点或标的物

要通过现场调查访问查明房屋纠纷所指的标的物，是属于乱拆、乱建的房屋，如随意加盖小阁楼、小偏厦，还是翻修上、下水道，任意挖掘的沟、洞、墙壁，或是改造、装修房屋打通的间壁墙、穿凿的顶棚、天花板、地板，或是随意种植的竹、树等。

b. 了解房屋纠纷产生的原因、时间、经过

房屋纠纷产生的原因，是指因建筑、装（维）修、使用等行为活动违反了有关法规、合同约定，或是有损于或危及到国家、集体、个人的财产或人的生命、安全等合法权益，还是有造成人身、财产的危险等；房屋纠纷产生的时间、经过，是指实施违反有关法规、或国家、集体、个人合法权益的建筑、装修、维修、使用行为活动的时间、方法、手段、地点、部位，以及施工前后发生哪些结构状况的变化，是否提出过不同看法或指正，其行为活动和态度有何反映等。

c. 查明实施房屋建筑、装（维）修、使用是否合法和得到有关方面的准许

房屋的建筑、装（维）修、使用是关系到城镇建设规划、环保、卫生、消防、安全等一系列问题的事情。因此，在对房屋纠纷案件现场进行现场访问时，必须在查明当事人实施房屋建筑、装（维）修、使用是否合法之时，应向上述有关房屋建设、管理等部门了解是否经过该部门的审批，并听取他们的意见，以便查明事实、分清是非、明确责任。

（4）房屋纠纷案件现场分析的重点

①分析判断房屋纠纷案件产生的根源

要把现场勘验和现场访问发现、固定、收集来的证据材料综合起来，分析判断房屋纠纷案件产生的根本原因，即分析判断当事人实施房屋建筑、装（维）修、使用的行为活动有无过错（故意或过失），或是双方过错造成的。

②分析研究实施房屋建筑、装（维）修、使用行为的损害程度

实施违法或侵犯他人合法权益的房屋建筑、装（维）修、使用的行为，往往会使国家、集体、个人的财产或人的生命、健康造成损害，这种损害有的是已经发生或将要发生，或有发生某种损害的危险，有的可能仅造成一般的财产损害，或严重的财产损害，有的可能直接伤及人身或给多人身体造成伤害或危及到多人的生命和财产安全。这就需要综合勘查、检验和现场访问所得的证据材料，乃至科学仪器的测定进行科学的分析、判断，确定损害程度为一般、重大或特别重大。

③分析研究是否需要现场实验并提出勘后意见

经过现场分析，应根据分析确定的情况，提出案件现场是否需要保留、或采取何种措施，以及是否需要复勘或现场实验等。一般房屋纠纷案件通过现场勘验即可搞清事实，分清是非。但有时为取得某种数据，或确定某种现象能否发生，或涉及到预测性的有某种危险情况能否发生时，就需要按现场实验要求进行现场实验，有时还需经过专门的科技鉴定才能确定。

4. 购销合同纠纷案件现场勘查的重点

（1）购销合同纠纷案件现场的概念、特点

①购销合同纠纷案件现场的概念

购销合同纠纷案件现场，是指依法由人民法院负责调查收集证据和需要勘验取证的，供需双方在履行购销合同中，因合同所指的产品数量、质量、包装、价格、交货期限等法定内容和双方约定内容问题发生争议，存有争议所指标的物（产品）的所在地，以及遗留有与纠纷案件有关痕迹、物品的处所。其基本构成要件：

a. 必须是依法由人民法院负责调查和需要勘验取证的购销合同纠纷案件

现场

诉至人民法院的购销合同纠纷案件，并非都要由人民法院立案受理，而且也不都需要勘验现场。只有经审查由人民法院受理，并且符合我国《民事诉讼法》第64条第二款规定的条件和需要勘验取证的，该案现场才为购销合同纠纷案件现场。否则，尽管是人民法院立案受理，可是却不符合法定条件，或虽符合法定条件应由人民法院调查收集证据，但不需要通过勘验取证的，该现场就不属于人民法院负责调查和需要勘验取证的购销合同纠纷案件现场。

b. 必须是存有购销合同纠纷所指标的物（产品）的地点

根据我国《经济合同法》规定，购销合同纠纷案件必须是供需双方因购销产品数量、质量、包装、价格、交货期限的法定内容和双方约定的内容发生纠纷的案件，其存在该纠纷所指标的物（产品）的处所，才是购销合同纠纷案件现场。如不为上述法定内容和双方约定内容发生纠纷的产品及其所处的地点，则不是购销合同纠纷案件现场。

c. 必须是遗留有与购销合同纠纷案件有关痕迹、物品的处所

遗留有与购销合同纠纷案件有关痕迹、物品的场所，是查明某些案件事实、分清是非不可少的。诸如购销合同中规定的产品质量不仅和产品存放地有很大关系，而且和产品整个生产、加工、包装等生产过程有很大关系，有的还与运输、交货地点情况有很大关系。那么这些与产品质量相关的处所都可以成为与现场相关的关联现场。如果不把这些处所包括在购销合同纠纷案件现场之列，显然是不科学、不符合实际，也不利于勘验取证工作。反之，未遗留有与购销合同纠纷案件有关痕迹、物品的地方，就不是购销合同纠纷的案件现场。

②购销合同纠纷案件现场的特点

a. 现场环境条件比较混杂、情况各异

由于购销合同纠纷所指的产品种类不同，产生的原因与法定的内容和双方约定的内容有密切关系，因而不同购销合同纠纷案件有不同的现场，而且现场环境、条件也不相同。比如有的交货地点在海港码头或在销方工厂库房，有的产品质量不仅需要对销售的产品本身进行检验，还要看其生产出产品的场所设备是否合乎质量要求标准，如此看来纠纷的案件现场就不仅限于交货的地点，而是有不同的场所。通常不同产品在不同环节发生不同的问题，就会有不同的案件现场，再加上现场所处的自然环境条件的不同，因而其现场肯定是千差万别的。

b. 不同案件现场范围有很大差别

由于购销合同纠纷标的产品不同，纠纷发生的时间、地点不同、产品销售

情况不同，故而现场范围大小有很大差别。有的产品单一，又是在接受产品当时就发生纠纷，其现场一般说范围不会很大。可是有的产品结构比较复杂，是几家生产的部件组装而成，或经过需方进货销售到群众中后发生的纠纷，其案件现场面就宽了。如有的购销（假）农药案，就牵扯到不同地区多户农民耕种的大片土地。

c. 产品的种类和存在的状态各种各样

购销合同纠纷中的产品有工矿产品、农副产品，其本身还具有不同的固有特征、形象和状态。同时由于购销活动环境条件的改变也会使其形像、状态发生变化，如交接产品期限的拖延会导致工矿产品的锈蚀，农副产品的腐败变质；经过检测和没经过检测的产品状态不同；包装质量、运输方法是否符合标准、要求也会造成产品包装和质量的毁损，而使产品和所处的状态发生变化。

(2) 购销合同纠纷案件现场实地勘验的重点

①勘验纠纷所指的产品是否是购销合同规定的标的物

鉴于购销合同纠纷案件的特殊性和此类案件现场情况混杂多样、范围大小不同，标的物（产品）种类纷繁等特点，在实际勘验中必须抓住以购销合同纠纷所指的标的物（产品）为核心的勘查、检验活动。如果没有购销合同纠纷所指产品的存在，即使有发案现场，也无实地勘验的意义。只有客观上存在购销合同纠纷所指的产品，才有深入勘验标的产品自身情况、产品所处的地点和周围环境关系等情况的必要。

②勘验纠纷所指产品的质量是现场实地勘验的中心

在购销合同纠纷案件现场勘验中，必须抓住产品在各个环节上是否存在问题为线索，进行深入细致地勘验。通观审结购销合同纠纷案件的实际看，许多纠纷多出自于产品质量上的问题造成的。因此，在实地勘验中必须把勘查、检验产品质量，当成勘验购销合同纠纷案件现场的中心。

a. 要查明产品质量是否符合购销合同约定的标准，或国家标准、行业标准、企业标准，或一般适用性标准。

b. 根据产品性质、种类的不同，采用不同的检验方法进行认真地检验。诸如对产品的物理或机械性能、化学性能、电磁性能、使用性能、稳定性、质量等级、耗能指标、感官指标、工艺要求和有关防护、卫生、环保、安全要求等方面的检验。

c. 要查明影响产品质量不合标准，是生产、加工的产品自身不合标准，还是由于包装或运输造成的不合标准；是由于存放产品的条件、环境不合要求，还是由于延误产品交接时间造成的不合标准等。

③针对纠纷所指产品存在问题的不同，采用不同方法进行现场实验

购销合同纠纷案件标的产品出现问题具体表现有数量问题、质量问题、包装问题、运输问题、交货期限问题等不同，又各有不同的合同约定标准、国家标准、行业标准、企业标准、或一般性标准，而且产品性质、种类多种多样，因此，应从案件、产品的实际情况出发，按现场实验要求进行现场实验。如对工矿产品，可进行耐高温、耐低温、导电、导磁、强度、硬度、速度、耐酸、耐碱、抗震、抗压等破坏性的现场实验，对机电、车辆产品，可进行生产性的运转试车、开机、工作实验；对农业生产的种子，可进行发芽培育或生长周期试验等。

④注意勘验遗留有与案件有关痕迹、物品的处所

勘验遗留有与购销合同纠纷案件有关痕迹、物品的处所，是为对某些案件获取充分证据，查明事实采取现场勘验活动的组成部分。这是由购销合同纠纷标的物决定的，购销合同纠纷所指的产品数量、质量等都不是孤立的，有与生产、加工、包装、运输、检测等有关，又有交接产品时、交接产品后或在使用中发现存在问题的情况。因此，遗留有与购销合同纠纷案件有关痕迹、物品的现场范围就各不相同，在实践中必须注意勘验这些关联现场。比如购销合同纠纷标的物是种子，交接时没发现，播种后才发现为低劣种子。这时购销合同纠纷双方各自存放着该种子的场所固然是案件现场，此外一切种上该品种种子的土地，可以说都是遗留有与案件有关痕迹、物品的处所，都是可供勘检的案件现场。查清这些土地上的种子和种子生长情况，才能检测出该种子的优劣程度。

⑤注意发现、固定、收集与案件有关的证据材料

在实地勘验中凡是能够证明购销合同纠纷案件情况的，有关产品违反法定标准与合同约定的痕迹、物品等证据材料，都要认真发现，采用相应的方法固定（如文字笔录、照相、录像等）收集和保存。大到成套机械设备，小到零部件、断裂毁损痕迹、残留物、砂眼、瑕疵，以及成吨的农副产品与有关物质含量、成分、酶菌、色彩、气味等，都要因案件不同而注意发现、固定、收集和保存。

(3) 购销合同纠纷案件现场调查访问的重点

①现场调查访问的主要对象

购销合同纠纷案件现场调查访问的主要对象，是购销双方当事人；合同纠纷各个环节上的知情单位和个人，如生产纠纷标的产品的单位与人员，质检、包装、运输和交接产品的单位与人员，以及对该种产品实施监测、检验、管理

的有关部门和人员等。

②现场调查访问的主要内容

a. 了解购销合同纠纷案件中合同订立的是否合法有效。通常说订立购销合同的主体，订立的方式、程序、内容都要符合我国法律和行政法规。供需双方只有在法律和行政法规规定许可的范围内订立购销合同才为有效合同，如果违反了法律和行政法规，无论当事人主观上是否出于故意，都是无效的合同。

b. 了解购销合同纠纷所指的产品是在数量、质量、包装、运输、价格、交货期限、交货地点的哪个环节上违反了法律、法规与合同约定的标准或要求。

c. 当事人是违约，还是不履行或不完全履行合同。

d. 当事人在购销合同纠纷中，是出于故意，还是过失性的过错，其过错是违反一般工商行政法规，妨害经济管理秩序，还是只顾牟取非法利益，不顾危害社会、损害人身健康，违反了国家利益或社会公共利益的行为。

(4) 购销合同纠纷案件现场分析的重点

①分析判断购销合同纠纷案件发生的原因

要综合勘验和现场访问等证据材料，分析判断购销合同纠纷案件是有效合同还是无效合同造成的；是意外原因，还是违约、违法或是犯罪行为造成的。

②分析判断纠纷是哪一方在哪个环节上造成的

要分析判断购销合同纠纷案件是供方当事人还是需方当事人的过错，或是双方过错造成的；是在履行合同的产品数量、质量、包装、运输、价格、交货期限、交货地点的哪个环节上出现的问题都要搞清楚。如某购销粮食合同因部分稻谷有异味而发生纠纷，经过勘验调查查明，原来是供方在装稻谷时，包装袋不够用，而用一部分农药包装袋代替。这就是供货方在包装中使用了不合格包装所致。

③分析判断纠纷是故意还是过失造成的

要分析判断购销合同纠纷，是当事人不知法、法制观念淡薄、或疏忽大意引起的，还是为获得非法利益，利用购销合同形式采取利诱诈欺等手段引起的，或是利用购销合同进行违法犯罪，危害国家、社会公共利益活动引起的，或者是由于意志以外的其它原因引起的。比如某购销成套机器设备合同纠纷案，通过实地勘验发现需方收到的机械设备完全是陈旧机器设备经过清洗涂抹冒充的新机器设备。事实说明合同供方当事人显然不是一般的过失，而是故意以旧充新欺骗行为造成的纠纷案。

④分析判断购销合同纠纷案件造成损害的严重程度

分析判断购销合同纠纷造成的损害，既包括给当事人造成的经济损失和人身损害的严重程度，如购买的拖拉机质量存在问题造成车毁人亡的纠纷案件，其中既有给需方造成的经济（拖拉机报费）损失，还危害了人的生命（驾驶员死亡）；也包括对国家经济管理秩序、对社会公共安全和社会秩序的危害。再如购销的挂历或音像制品中，有淫秽书画、音像等黄色内容，它们都对社会经济和社会治安管理秩序以及人的身心健康构成了危害，但危害后果的严重程度是有区别的，这就需综合司法勘查所得的全面情况进行综合分析判断了。

5. 农村生产承包合同纠纷案件现场勘查的重点

(1) 农村生产承包合同纠纷案件现场的概念、特点

①农村生产承包合同纠纷案件现场的概念

农村生产承包合同纠纷案件现场，是指依法由人民法院负责调查收集证据和需要勘验取证的，承发包双方对农村承包合同标的所指的生产经营项目的权利、义务关系发生争议，其标的的所在地，以及遗留有与案件有关痕迹、物品的处所。具体地说，有以下基本构成要件：

a. 必须是依法由人民法院负责调查和需要勘验取证的农村生产承包合同纠纷案件现场

农村生产经营承包合同纠纷案件多数通过基层乡镇行政部门调解解决，诉至人民法院并由其受理和依法应由人民法院负责调查收集证据和需要勘验取证的只是其中的一部分，这一部分纠纷案件现场就是农村生产承包合同纠纷案件现场。否则就不成其为民事诉讼中的农村生产承包合同纠纷案件现场。

b. 必须是农村生产承包合同纠纷的所指生产经营项目的所在地

农村承包合同纠纷是围绕农村生产承包合同标的所指的农村生产经营活动具体项目的权利、义务关系发生的。无论是土地、山林、水塘、矿藏等，只要是承包合同纠纷标的所指生产经营项目的所在地，就是农村生产承包合同纠纷的现场。如果不存在纠纷所指生产经营项目的所在地，或与合同纠纷无关的项目和场所，它们都不是农村生产承包合同纠纷案件的现场。

c. 必须是遗留有与农村承包合同纠纷案件有关痕迹、物品的处所

农村生产承包合同纠纷案件的发生及其过程与承发包当事人、周围环境、事物有密不可分的关系，因而会在与其相关的处所遗留下一些与承包合同纠纷有关的痕迹或物品。如某人承包山林后，乱砍乱伐树木烧炭出卖，被乱砍乱伐的山林就是承包合同纠纷标的物和所在地，烧炭的处所和存放木炭、出卖木炭的处所就是遗留有与案件有关痕迹、物品的处所，它们都是农村承包合同纠纷案件现场。勘验获取这些痕迹、物品，对查明事实分清是非具有重要意义。

②农村生产承包合同纠纷案件现场的特点

a. 农村生产承包合同纠纷案件现场多具地域性

农村生产承包合同纠纷案件现场，多与农业生产经营活动有关，无论从事农业生产经营活动，还是从事农村工矿、企业生产经营活动，其承包合同纠纷案件标的物及其所在的场所，多在广阔的农村或乡镇，只有少数在城市。

b. 现场多受当时当地自然条件、气候的影响

鉴于农村生产承包合同纠纷地域性和与农业生产经营活动有密切联系，农、林、牧、副、渔等各项生产经营活动，一般说离不开当地的自然条件、地理资源，这些生产经营活动季节性很强，一旦承发包双方在权利、义务上发生纠纷，该纠纷现场的出现肯定与当地当时的地理、自然条件、气候有很大关系，而其存在和保护情况也易受当时当地地理、自然条件、气候的影响或毁损。

c. 现场明显、面宽、情况各异

农村生产承包合同纠纷案件现场，因其是公开进行生产经营活动的场所，故而通常是人所共知，显而易见的。而且因生产经营的项目多种多样，与之相关的部门和人员较多，波及面也就比较宽。如农、林、牧、副、渔等各项生产经营承包合同的纠纷中就有从事农作物生产、水产养殖、林业、果园、茶场、牧场、采矿、工厂、企业等不同场地，有主管这些生产经营项目的农田、水电、林业、工矿、企业、牧业、渔业等管理部门，还有与其从事生产经营活动有业务交往关系的单位和个人的所在地，这些都可能成为遗留有与承包合同纠纷案件有关痕迹、物品的处所。而且其现场情况因生产经营项目不同，以及与之发生关系的单位、部门和数量、情况的不同有所差异。

(2) 农村生产承包合同纠纷案件现场实地勘验的重点

①及时勘验农村生产承包合同纠纷标的所在的场所

人民法院受理的农村生产承包合同纠纷案件在确认为有效还是无效合同后，如需要勘验取证，就应迅速赶赴案发现场，一方面做好现场保护，另一方面着手实地勘验。这里案发现场是指发生农村生产承包合同纠纷标的所在的场所，其中多含有大量能够证明案件真实情况的证据材料。然而由于农村生产承包合同具有地域性和易受当时当地自然条件、气候、地理环境的影响，而且农业生产还有季节性的要求，为保证农时，防止某些证据材料的灭失、毁损，必须及时进行勘查、检验，以便于收集较多较好的证据材料。

②勘验农村生产承包合同规定的生产经营项目及其所在的场所

在需要由人民法院勘验取证的农村生产承包合同纠纷案件中，合同规定的

生产经营项目及其所在的场所往往是纠纷的集中体现或纠纷的焦点。抓住了合同规定的生产经营项目及其所在的场所进行勘验，就可获得有价值的证据材料。为此需要办案人员从不同纠纷案件的实际出发，深入实地认真寻找，发现能够证明案件真实情况的证据材料。如一起承包土地种植合同纠纷案，发包方以承包人荒废了部分可耕地为由，要承包人赔偿损失和解除合同。承包人讲荒地是原来就有的，计划每年开垦出一部分，不同意赔偿和解除合同。为解决这起合同纠纷案件，办案人员身临山村，针对承包土地耕种合同的场所进行了实地勘验。勘验中发现承包人已开垦了部分荒地，剩下的荒地上长着的是多年生的灌木和杂草，足见这片荒地是承包前就有，并非承包人荒废的。从而为这起农村承包合同纠纷案件的迎刃而解提供了可靠的证据。

③勘验一切遗留有与案件有关痕迹、物品的处所

遗留有与农村生产承包合同纠纷案件有关痕迹、物品的多少与分布情况各不相同，这既与承包的生产经营项目重要性和大小有关，又与纠纷的严重程度有很大关系。一般说在相同条件下，承包的生产经营项目比较重大、纠纷比较激烈，其遗留的与纠纷案件有关痕迹、物品和处所就会比较多而且广，反之就会少和窄一些。然而，无论遗留的与案件有关痕迹、物品的多少和分布的范围宽窄，对办案人员来说都不能忽视对遗留有与案件有关痕迹、物品处所的实地勘验，尤其更应重视对那些承包的比较重大的农村生产经营项目和纠纷比较严重的案件现场的勘验，重视对遗留有与案件有关痕迹、物品比较多、场所比较广的现场勘验。比如有的承包后私自变卖生产经营的机械设备，致使乡镇企业濒临倒闭，有的拆毁原来的设施挪作他用，有的纠纷发展到村民间的殴斗、哄抢劳动果实、果树或机器设备、生产资料等。类似这样的承包合同纠纷案件，遗留的与案件有关痕迹、物品和处所往往是较多较广，需要办案人员深入实地进行勘验，努力做好发现、固定和收集证据材料的工作，肯定会获得较多有价值的证据材料，以便为查明事实，分清是非服务。

④注意发现、固定和收集证据材料

农村生产承包合同纠纷标的的项目规模、牵扯范围、复杂程度不同，办案人员在实地勘验中必须结合实际案件情况，充分发挥个人多种感官作用和主观能动性，必要时可借助相应的仪器设备或请有关专业技术人员参加勘验，寻找发现有关案件的各种痕迹、物品，甚至是微量的痕迹、物品，并通过笔录、摄像、录像等方法将有关证据材料固定和收集起来，使之成为证明案件真实情况的证据材料。如查验被砍伐树木的部位、年轮痕迹，可知砍伐的工具和被砍伐的树龄，土地被翻耕或挖掘后会留下新翻耕或新挖掘的工具与痕迹，通过对机

器设备损伤痕迹或遗留下微量物质的检验，可知机器设备损伤的时间是承包前就有的；还是承包后出现的，等等。诚然，这些只是证据材料，若要成为证据尚需经过分析研究，科技鉴定和审查判断，才能确定是否能成为诉讼中的证据。但是，若没有对农村承包合同纠纷现场的勘验，就不会取得作为证据基础的证据材料。可见，在实地勘验中一定要全面细致地作好发现、固定和收集各种证据材料的工作。

(3) 农村生产承包合同纠纷案件现场调查访问的重点

①现场调查访问的主要对象

农村生产承包合同的发包人、承包人、参加承包生产经营项目投标的有关单位、个人和了解签订承包合同过程情况的知情单位和个人。

②现场调查访问的主要内容

a. 农村生产承包合同纠纷案件中的合同是怎样订立的，有哪些单位和个人参加，是否经过民主议定，有无违反国家法律政策、违背国家利益和社会公共利益的问题。

b. 发包人有无发包权，签订的合同有无欺诈、胁迫或其他不正当手段，承包人承包后是否私自转让、转包从中渔利。

c. 纠纷发生前双方的态度、表现如何，是否认为承包指标定的过低或过高，有无毁约或不履行合同的意思表示，有关行政部门是否实施了违法干预。

d. 纠纷发生前当地有无自然灾害或承包人突发性丧失劳动能力的变故。

e. 承包人在承包生产经营期间是否注意了对自然资源的保护，如地力的保护，坡地的水土保持，牧场、水塘的维修、建设，山林、环境的保护等等。

(4) 农村生产承包合同纠纷案件现场分析的重点

①分析判断农村生产承包合同纠纷的性质

要在综合勘验、现场访问等收集来的证据材料基础上，分析该合同纠纷是由于一方或双方违反我国法律、政策和有关规定的无效合同引起的，还是属于有效合同因一方或双方违约引起的，或是触犯我国刑法的犯罪行为造成的。

②分析判断纠纷是否由发包人任意毁约或有关行政部门违法干预造成的

对农村承包合同发生，发包人任意毁约和有关部门的违法干预，一般说来是出于某种故意违法行为引起的。因此，当我们进行分析研究时，如果发现在纠纷发生前，承包方或有关行政部门就有某种意思表示或流露，有不顾客观事实故意单方终止或单方强行收回已签订生效的生产经营项目合同的行为，诸如强行宣布收回土地、山林、企业，或调动部分群众强收强种，或强行闯入生产经营项目所在地捣毁某种设施，导致纠纷或冲突的发生，给承包人乃至国家、

集体造成一定的损失，在群众中造成不同的反映等情况。就可认定为是发包人任意毁约或有关行政部门违法干预造成的纠纷。否则，如果没有事先毁约或干预的动机意思表示，没有单方实施某种违约、违法的行动，即使发生纠纷也与发包人或有关行政部门无关。

③分析判断纠纷是否由承包人违约或搞破坏性、掠夺性生产造成的

农村生产承包合同承包人从事违约、或搞破坏性、掠夺性生产，必然会有客观存在的事实，或者是遗留下违约、搞破坏性、掠夺性生产的痕迹、物品等。如承包人拒交或少交承包费，私自转让转包给第三者，或不顾水土保持乱开山坡地、毁林开荒，或乱开乱采矿藏或毁坏水渠种地等等。有的甚至造成水患、冲淹他人庄稼、住房等严重危害。因而我们可以凭借收集到的证据材料等客观事实做出准确认定。但是，在实际分析中一定要从案件实际出发，做到去伪存真，由此及彼，由表及里的客观公正的分析，查明是否为承包人故意或过失所为，还是他人驾祸于承包人，或是自然灾害所为。不能只看表面现象简单地做出判断。

④分析判断纠纷造成损失的严重程度

农村生产经营项目的承包合同纠纷案件的损失情况，是关系到查明案件事实，分清是非，确定民事责任，赔偿损失，以及是否需要转请公安、检察机关查处的大问题。然而不同的农村生产承包合同纠纷是否造成了损失，损失有多大和损失的严重程度如何等，并不是简单的就可以确认的。这需要办案人员通过现场勘查、检验，现场访问后进行科学的分析和判断，才能为纠纷案件的调解或裁判提供充分的事实根据。比如有的发包方毁约聚集村民毁坏了部分经济林，这除了要依据现场调查材料外，还需要根据实地勘验发现、固定和提取到的毁林面积、砍伐的林木株数、林木的生长情况，以及林木的产量、价值等材料进行综合分析，才能确定损失的大小、严重程度。有的纠纷案件更需综合各种证据材料进行科学分析确定损失情况，如某农村采矿承包合同在实施生产中，发生山体滑坡造成重大人身和财产损失，这就需要认真进行现场分析，确认承包人有无故意或过失和实际损害后果等。如果有事实证据可确认是承包人故意搞破坏性的乱采乱开造成的，并且导致人的死伤、矿井的报废等严重损失，该案就应提交公安、检察机关查处追究刑事责任了。

（二）勘验物证

勘验物证有两种情况：一种情况是物证与现场有联系，勘验物证与勘验现场是同时进行的，是现场勘验的一部分内容；另一种情况是物证与现场没有直接联系，勘验物证是单独进行的。

勘验物证同对物证进行鉴定是有区别的。主要区别点是：勘验物证是对物证可见、可嗅、可听的外在表现形态进行现场观测和记录，而对物证进行鉴定则是由专业人员利用他们的专业知识和专门仪器、设备对物证的内在性能、特征进行分析、认定；勘验笔录不能带有分析、评论性意见，只能对原物质特征进行实录说明，而鉴定结论，不仅要求鉴定人记录看到的客观事实，而且还要求鉴定人必须提出分析、评价意见，当然不能对如何应用法律进行评论。

勘验物证的任务主要有下列几项：一是测量和检验物证具有证明作用的特征。例如，记录物证的数量、形态、位置、外观情况等等；二是检验物证的真伪。主要从两个方面进行检验，一个方面是检验物证的来源，例如，一台发生争议的机器设备，应检验它的商标、铭文、结构、材质以及与该设备有关的档案、购买手续等。第二个方面是检验物证与案件的客观联系，查明物证与案件事实是否在时间上、空间上发生过接触；三是收集其他证据。勘验物证时要注意收集物证本身附着的书证，或者在勘验过程中证人讲述的证言、当事人作的陈述；四是验证其他证据。勘验物证有时可以进行对比检查和查证实验。例如，当事人争讼某台机器加工出来的产品质量不合格，可以当场进行操作，然后对加工的产品进行检验，以确定事实真相，如果有条件的话，当场如有同型号的其他机器，可以将同样的原料用其加工，以该产品与争讼机器的产品对比，就更能增加证明力；五是固定和保全证据。有些案件中的物证属于易损或易腐物品，有些物证是正在使用的物品，为了减少损失，并保存证据的证明作用，可以通过勘验物证来固定或保全物证的证明力。例如，通过测量、绘图、拍照、摄影、录音等技术手段保全物证的证明作用。

勘验物证的准备工作和方法步骤，以及注意事项同勘验现场相同，这里就不再重复了。

（三）对比检查和查证实验

民事勘验除了勘验现场、物证两种主要方式之外，还有两种方式：就是对比检查和查证实验。对比检查是指为了确定当事人争讼的事实是否存在或者在某种情况下是否发生，而对照同样条件进行的比较验证；查证实验是指为了确定当事人争讼的事实是否存在或者在某种情况下是否发生，而模拟原条件进行的实际操作验证。对比检查和查证实验实际上是两种现场验证手段，它们同勘验现场、物证的主要区别就在于是记录证据还是检验证据。勘验现场和物证是实地记录证据，而对比检查和查证实验则是实际检验原有的证据，前者的主要目的在于确定证据的有无，而后者的主要目的在于确定证据的真假。

1. 对比检查的规则和注意事项

对比检查是为了确定当事人争议的事实是否存在或者某种情况下是否发生，而对照同样条件进行的比较验证。因此，进行对比检查必须遵守下列规则：（一）是要选准对照对象和被对照对象，两者之间要有可对比性。例如，在一起烟尘污染菜田造成减产的纠纷中，为了证明污染是否是造成菜田减产的原因，审判人员在污染区内和污染区外各选了两畦长势最好和最差的同种、同期种植的蔬菜，分别称重量算出各区域内蔬菜的平均亩产，经过互相对照，验证了污染区蔬菜存在减产的事实。在这项对比检查中，蔬菜所属的区域、种植面积、品种、生长时间、长势优劣都具有可比性，经过称重量测算，把污染区内外的平均产量相互对照，就验证出污染区内蔬菜减产的事实是存在的这一客观结论；（二）是要在原条件下进行对照验证。对比检查必须在原条件下进行，如果引起某种结果发生的原条件改变了，就失去了检查的基础。仍以前面引用的烟尘污染菜田的案件为例，如果勘验时造成污染的工厂改进了排尘设备，或者周围又增添了新的烟尘污染源，烟尘污染的客观条件就发生了变化，从而就失去了在污染区内外进行测算菜田亩产量变化的客观依据，对比检查的结果也就失去了客观真实性。

进行对比检查应注意以下几点：（一）是对检验的客观条件、选择的对照对象、检验的方法和步骤应当允许双方当事人表态，以确保检验的基础和方法是具有客观性和科学性，从而保证检验结果的准确性；（二）是对涉及专业知识的检查工作应注意请教有专门知识的专家，以保证检验工作的科学性；（三）是做好检查的准备工作、组织工作和安全工作，并注意贯彻节约原则。

2. 查证实验的规则和注意事项

查证实验是指为了确定当事人争讼的事实是否存在或者在某种条件下是否发生，而模拟原条件进行的实际操作验证，因此，查证实验应遵守下列规则：(1) 是实验模拟的条件必须尽量与原条件相似。模拟的条件与原条件越近似，实验结果就越具有客观真实性；(2) 是用作实验的物证必须是依法定程序提取的，必须经过查证属实；(3) 是查证实验必须进行两次以上，以保证实验结果的准确性；(4) 是查证实验应注意请教与双方当事人无利害关系的专业人员，以保证实验结果的科学性和客观性；(5) 是禁止使用危险的、违法的方法进行查证实验。

进行查证实验应注意下述几点：(1) 是要做好查证实验的准备工作，实验前要熟悉案情，选准实验对象，要认真研究和选定实验方法，对实验条件和工作程序可允许双方当事人发表意见，必要时要请专家帮助审定、设计工作计划，以保证实验计划的科学性；(2) 是在实验中要注意监督、看护工作，注意

安全，防止意外事件的发生；(3) 是实验过程和结果要制作详细笔录，特别是对实验中发生的异常情况更要如实记录，以便于全面证实实验结果，保证实验结论的客观、真实及科学性。

（四）对现场、物证的保护

民事、经济纠纷案件从发案、起诉到结案要经过一段较长的时间，就是人民法院已经开始进行勘验的现场、物证，有时也可能一次勘验不完，因此，注意对现场和物证的保护是非常必要的。对现场、物证的保护工作根据保护对象的具体情况一般应采取如下一些方法。

1. 覆盖、包装的方法

对于那些面积、体积不大，又容易灭失的痕迹，或者是具有某种外形特征的物品，可以采用覆盖、包装的方法进行保护。在覆盖、包装时，如果物证是易锈品，在不影响证据证明力的情况下，可以进行涂油等防锈处理措施。覆盖、包装过程应注意操作方法，以防止损坏现场、物证，影响证据的证明力。

2. 技术性保护

对于易腐、易挥发、易变质的物证，或者是对于有毒、有害的物证，如必须保留时可以采用专门的技术措施进行保护。例如，对物证进行冷藏、密封、防腐处理等。

3. 通知有关单位或个人，以及责令当事人对现场、物证进行保护

民事诉讼法第 73 条第二款规定："有关单位和个人根据人民法院的通知，有义务保护现场，协助勘验工作。"对于一些范围较大的现场，或者体积较大、价值高昂的物证，可以通知有关单位、个人或责令当事人对其进行专门保护。如为了防止一方当事人损坏现场、物证或为其他不法行为，必要时，可以责成双方当事人共同派人对现场、物证进行保护。

对现场、物证进行保护应注意以下几点：一是要针对现场、物证的特点选用恰当的保护方法。由人民法院通知有关部门、责成当事人保护现场或物证的，审判人员应加强指导，必要时应亲自到场部署并检查；二是采取保护措施应注意节约原则，在不影响查证科学准确性前提下，应尽量采用方便、经济的保护方法；三是对有毒、有害的现场、物证进行保护时要注意安全，防止造成不必要的损害；四是现场、物证保护时间不易过长，特别是对正在生产使用的现场、物证，应及时采取固定或保全措施。一方面是防止影响证据证明力，另一方面是减少经济损失。

四、民事鉴定

我国《民事诉讼法》第 72 条规定："人民法院对专门性问题认为需要鉴定

的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。鉴定部门及其指定的鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人签订的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。”民事鉴定是人民法院在查证工作中遇有专门性问题需要鉴定时，指派或聘请鉴定人运用其专门知识，根据所提供的案件材料，对专门性问题进行分析、鉴别后作出结论的民事查证措施。民事鉴定的种类主要包括技术鉴定、会计鉴定、痕迹鉴定、化学鉴定、书法鉴定、法医学鉴定等。

民事鉴定是由人民法院依法将需要鉴定的专门性问题交由法定鉴定部门或其他鉴定部门，由该部门的专业人员进行的。有关部门人员有对人民法院交由其鉴定的专门性问题进行鉴定并作出鉴定结论的义务，同时也表明，需不需要鉴定、交由什么部门鉴定等是人民法院依法决定的，决定进行民事鉴定是人民法院的职权。一旦人民法院将需要鉴定的专门性问题交由有关部门，就在人民法院和接受鉴定的部门之间设立了一种法律上的权利义务关系，被通知的单位必须按着人民法院的要求履行鉴定义务。这种以人民法院的单方意志设立的权利义务关系，同民法上的委托关系是有原则区别的。在委托关系中，被委托人可以接受委托，也可以拒绝委托，即使接受了委托以后，仍然可以在一定条件下辞去委托。但在人民法院依职权通知有关部门执行鉴定任务时，作为义务人的有关部门不得拒绝履行自己的法定义务。如果鉴定人有正当理由不能完成鉴定任务时，只能向人民法院提出改变决定的要求，人民法院经审查后如接受了这一要求，撤回了通知，才能解除鉴定部门的法定义务。

用民事鉴定方法获取的鉴定结论同其他查证措施获取的证据，例如，书证、物证等在证明对象的特征上是有区别的。其他证据大都是用来证明直观形态的案件事实，而鉴定结论则是用来证明那些必须靠专门仪器或专门知识才能确认的隐蔽形态的案件事实。例如，要查明某件产品内在质量的事实，就不能只靠直观，而要靠专业人员进行技术检测才能查明事实。总之，用其他的查证措施获取的是直接观察到的案件事实有关的证据，而用鉴定措施所获得的是依靠专门手段观察到的有关案件事实的专门性问题的分析结论。

民事鉴定作为一种法定查证措施，在实施中必须依法定程序进行。鉴定对象必须是与案件事实有关的某一专门性问题，鉴定人必须是符合法律规定的部门的专业人员，他们也必须与案件没有直接的利害关系。另外，鉴定人在鉴定时应当对鉴定对象所属的案件材料进行必要的了解。鉴定结论，应由鉴定人签名或盖章，并加盖鉴定单位公章，证实鉴定人的身份。只有严格依照法定程序

实施鉴定措施，才能保证获得的鉴定结论具有内容的科学性和形式的合法性，才能作为定案的根据。

（一）选定鉴定项目

人民法院在审理民事、经济纠纷案件的过程中往往会遇到一些专门性问题，对这些问题靠审判人员自身的知识、法院的技术条件和已知的证据不能作出结论。例如，人身伤害的程度、后果；标的物的质量、性能；人的精神状态是否正常；当事人之间债权债务状况等等。为了查明这些专门问题的真相，就可以采用民事鉴定的措施，交由有关部门指派专业人员进行鉴定。而要进行鉴定，首要的任务，就是选准需要鉴定的专门问题，即选送鉴定项目。根据我国民事诉讼法的规定和审判实践的经验，选择鉴定项目应掌握下列标准：

1. 鉴定项目必须是专门性问题

所谓专门性问题，是指必须经使用专门的仪器、设备或必须由具备专门知识的人员才能检验、判断真实情况的问题。也就是说，专门问题必须是涉及某一个特定的科学、技术领域的问题，对于这些问题不依靠专门的技术手段或经验丰富的专家就不能作出正确的结论。

在审判实践中，对专门问题从鉴定手段上主要可以分为三种情况：（1）主要靠专门仪器、设备才能检验出真实情况的专门性问题。例如，对某种合金制品的材质配比发生的争议，要查清这一争议的事实真相，主要靠金相分析仪器进行检验。再如，对排放的烟尘含硫量是否超标发生争议，查明烟尘含硫量的事实，就主要靠化学测试仪器进行检验。在这类专门问题的鉴定中，用于检测的仪器、设备是鉴定的主要技术条件；（2）主要依靠专业人员的知识和经验才能判明事实真相的专门性问题。例如，海上发生的两艘船舶相撞事故，双方当事人对碰撞原因、碰撞过程和各自应负的责任发生了争议，对于碰撞原因、过程这些专门问题，靠专门仪器是无法判明事故真相的，要判明案件事实，就必须依靠航道方面的专家对案件材料进行分析，利用他们的航海知识和经验对事故原因、过程作出科学的判断；（3）既靠仪器设备，又靠专门知识和经验才能判明事实真相的专门性问题。例如，对人身伤害程度和后果发生争议，要判明这一事实的真相，既要借助各种医疗设备对伤情进行检查，又要借助医生的知识和经验才能对伤害程度和后果作出客观、公正的判断。

总之，被选定为鉴定项目的必须是依靠专门仪器、设备或者依靠专门知识、经验，或者既靠专门技术设备又靠专门知识和经验才能判明案件事实的专门性问题。除此之外，案件中遇到的其他方面的问题，不能用民事鉴定措施来解决。

2. 鉴定项目必须是需要采取鉴定措施才能解决的专门性问题

人民法院选择鉴定项目的标准不仅仅是案件中的专门性问题，而且这些专门性问题应当是用其他查证方法无法解决的，有必要由人民法院采取民事鉴定措施才能解决的。如果用其他查证措施就能解决的专门性问题，甚而没有必要对专门性问题进行解决的这类专门性问题也就不能被选作鉴定项目。本身属于专门性问题，但是依法或其他规定没有必要选作鉴定项目，在审判实践中主要有下面几种：(1) 能依法推定的问题无需进行民事鉴定。例如，我国《工矿产品购销合同条例》第 15 条和第 16 条分别规定了需方提出产品质量问题异议的期限和供方答复需方异议的期限，如果需方对产品质量提出异议时超过了期限，则依法应推定该产品质量合格，如果供方答复需方异议超出了期限，则依法推定产品质量不合格。在查证工作中，如果遇有这种情况，对于双方争议的产品质量状况就没有必要再作民事鉴定了；(2) 已有证据证明的问题就不能再选作鉴定项目。例如，在对产品质量发生的争议中，如果一方已经提供了国家鉴定机关的鉴定报告书，并且经人民法院调查确认原鉴定报告书是真实的，则没有必要再把这一问题选作鉴定项目了；(3) 双方当事人已经自行解决的问题不能再选作鉴定项目了。例如，双方当事人对债权债务数额发生了争议，经双方组织会计人员核对账目，查清了欠款数额，就可以不再进行会计鉴定了；(4) 能通过其他查证措施查明真相的问题没有必要作鉴定。例如，双方当事人对案件有关的某种现象是否存在或在某种条件下是否会发生产生了争议，如果能通过对比检查或查证实验查明事实真相，该问题就没有必要被选作鉴定项目了。例如，甲厂说乙厂卖给自己的一台 3 吨叉车质量不合格，理由是该叉车起重到两吨半时举重臂就产生裂缝。为了查明甲厂说的现象是否会发生，审判人员组织双方进行现场实验，当该车举重两吨半重的物体时，进行到第四次果然在举重臂上出现了裂缝，从而证实了甲厂的主张是正确的。在这种情况下，对于双方争议的叉车质量问题就没有必要进行鉴定了。

总之，在选择鉴定项目时必须注意掌握两个标准，一是鉴定项目必须属于需要依靠专门手段或专门知识、经验才能判明真相的专门性问题；二是这些专门性问题必须是通过其他途径不能解决的，有必要由人民法院采取民事鉴定措施，否则就不能对这些专门性问题作出结论。

（二）选择鉴定单位和鉴定人

民事鉴定是由具有专门知识的人利用其掌握的知识、经验或仪器对专门性问题进行检测研究从而获得鉴定结论的，因此，鉴定质量的高低很重要的因素取决于鉴定单位的技术力量和设备水平。考察鉴定单位的技术力量和设备条件

要根据鉴定类型的具体情况确定。例如主要依靠检测设备鉴定的，要注意考察鉴定单位的仪器设备条件；主要依靠专业人员的知识、经验作鉴定的，要注意考察鉴定单位的技术力量；对于涉及多学科、多专业、多种类型人员或多种仪器、设备才能完成的鉴定工作，可分别交由各有关部门指派专业人员组成鉴定组，共同完成鉴定任务。选择鉴定人要考虑鉴定任务的需要，如果鉴定任务主要是解决理论方面的问题，则要提醒鉴定单位选择在基础理论上有造诣的专业人员作鉴定人；如果鉴定任务主要是解决实践方面的问题，则要提醒鉴定单位选派有丰富实践经验的专业人员作鉴定人。

根据民事诉讼法第72条规定："人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。"所以在有法定鉴定部门时，人民法院就不应选择其他部门鉴定，这为鉴定工作的客观、公正、权威性提供了保证，同时为人民法院实施民事鉴定措施提供了具体依据。只有在没有法定鉴定部门的情况下，才由人民法院指定鉴定单位，才需按上述方法选择鉴定单位、鉴定人。

不管是法定鉴定部门，还是指定鉴定部门及其鉴定人，都要在鉴定前审查其是与本案有无利害关系。凡与该案件当事人有隶属关系的部门，或者与案件当事人有经济上利害关系的部门，不能作为鉴定部门。凡与案件当事人有隶属关系、亲属关系和其他利害关系，或者是案件证人的人，不能作本案鉴定人。在一般情况下，确定鉴定单位、鉴定人时可以通知双方当事人，征询他们有无申请回避的意见。在人民法院将鉴定项目交由鉴定部门以前，当事人对预先得知的鉴定人提出回避请求，审判人员应认真加以审查，理由正当的应当接受，重新依法确定鉴定部门，如果理由不正当的，应按原计划交由该鉴定部门鉴定。在鉴定项目交由有关部门鉴定后，当事人才得知回避事由，并向人民法院提出回避申请的，是否准许，由审理该案件的合议庭的审判长决定。决定可以采用口头形式，也可以采用书面形式，申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次。复议期间，被申请回避的鉴定人，不停止鉴定工作。人民法院对复议申请，应当在三日内作出复议决定，并通知复议申请人。

（三）准备鉴定材料和提出鉴定要求

鉴定材料是鉴定人完成鉴定任务的前提条件和研究基础。鉴定材料是否真实可靠，是否充分完备，直接关系到鉴定结论的可靠性。因此，在鉴定前人民法院一定要认真审查鉴定材料，为鉴定人提供可靠、充分的工作基础，从而确保鉴定结论的科学性。

准备鉴定材料的工作要求主要有两条：一是要保证鉴定材料的真实性。即

用以进行鉴定的材料必须是经过查证属实的。例如，对一件产品质量进行鉴定，送检的样品必须是发生争议的物证，如果物证是假的，所作出的鉴定结论必然也是假的。这里所说的真实性，只是指送检材料必须是双方当事人真正争议的物证或其他证据材料，而不是指争议的材料本身是真的还是假的。因为在许多情况下，鉴定的目的就是要确定真伪。例如，双方当事人对一件金饰品的内在成分发生争议，在对该饰品的金含量进行纯度鉴定时，鉴定任务就是要确定该饰品的真假。因此，人民法院对送检材料必须查明确属双方当事人争议的材料，鉴定对象的真实性是仅对这点而言的；二是要保证提供鉴定所需要的材料是充分的。即为了保证鉴定人能完成某一项鉴定任务，必须使鉴定人得到足以作出鉴定结论的全部材料。为鉴定人提供多少案件材料才算充分是因案而异的，没有一个统一的具体的标准。达到充分的标准只有一个，那就是以使鉴定人能够作出正确的鉴定结论为止。在有的鉴定工作中，所需的鉴定材料只有一件，例如，对某件产品材质是什么金属进行的鉴定，只要提供争议的一件物证就可以作出完整的鉴定结论了。而对某个事故原因进行的鉴定，则需要很多证据材料，必要时还要让鉴定人看现场、询问当事人或证人等。因此，人民法院要根据鉴定人工作的需要，在使他们能够作出完整的、科学的鉴定结论所需要材料的范围内为他们准备充分的案件材料。

人民法院为鉴定人准备鉴定材料之后，还要提出具体的鉴定要求。鉴定要求实质上就是人民法院向鉴定人提出的鉴定任务。提鉴定要求，或者说提出鉴定任务，要有一个适当的标准，而不能无边、含糊，根据审判实践经验，我们认为，基本要求有三点：明确、具体、可行。明确，就是指提出的鉴定任务必须明白、准确，使鉴定人能够明了鉴定工作的目的和任务；具体，就是指鉴定项目必须有特定的工作内容和确切的工作要求，而不是含糊、笼统、漫无边际的原则性任务；可行，就是人民法院提出的鉴定项目必须是鉴定人在现有设备、技术条件下可以胜任的工作。

要选准鉴定项目，在具体工作上，还应该注意下述几点：一是全面地熟悉案情，在充分了解当事人争议焦点的情况下，把那些必须通过鉴定解决的问题找出来；二是要注意征询当事人对鉴定项目的意见，因为需要进行鉴定的专门性问题往往是当事人争讼的用其他方法解决不了的问题，当事人一般对这些问题比审判人员了解得多，充分听取他们的意见对选准鉴定项目有利。但是，有些当事人出于自己的私利不支持进行鉴定，遇有这种情况，对于必须进行鉴定的问题，人民法院要不受当事人不同意见的影响，依职权决定采取鉴定措施；三是注意征询鉴定部门的意见。按照民事诉讼法规定的精神，进行民事鉴定由

法定鉴定部门进行鉴定，没有法定鉴定部门的，才由人民法院指定。所以，听取法定鉴定部门的意见尤为重要，这些部门一般来讲属于在该类问题方面有权威性发言权的单位，它们的技术、装备水平，管理制度和纪律都会强于一般同类单位，为了选准鉴定项目，听取他们的意见是必要的。另外，在鉴定人开始鉴定工作以后，人民法院也应经常与之保持联系，注意对鉴定中出现的问题随时加以研究和解决。

（四）鉴定结论的性质

鉴定结论是指鉴定人运用自己的专门知识或专门仪器、设备，根据所提供的案件材料，对人民法院所指定的案件中的专门性问题进行分析、鉴别后所作出的结论。按照民事诉讼法的规定，它属于一种独立的证据，既不同于证人证言，也不同于勘验笔录。这是因为：证人证言是证人就他耳闻目睹的案件事实所作的陈述，而不是他对这些事实作出的判断；勘验笔录是审判人员行使职权对与案件有关的场所、物品、人身等进行直接观察、检查所做的客观记载，也不对案件事实作出主观结论；鉴定结论则是鉴定人将自己的专门知识，用于分析、鉴别案件内有关专门性问题的结果。

鉴定结论是在鉴定材料基础上对案件事实的专门性问题作结论，也就是说鉴定结论只能就人民法院指定的某一案件事实作出分析和结论，不能就法律问题作出结论，有关法律问题的结论，应由审判人员依法解决。例如，在人身损害赔偿案件中，对于损害的程度和后果双方当事人争执不休，人民法院将该专门性问题交由国家规定的部门进行法医学鉴定，该部门最后出具的鉴定结论，只能是对受害人的伤情、后果这些事实作出结论，而不能就侵害人应承担什么样的法律责任作出结论，比如赔不赔偿、赔多赔少等不属于鉴定结论的内容范围。这是因为对法律问题的决定，不属于鉴定部门或鉴定人的职权范围，而属于人民法院行使审判权的职能，只能由人民法院在查明案件全部相关的事实的基础上，根据法律的规定自行作出判定。

总之，鉴定结论具有科学性强、可靠性高的特点，依法作出的鉴定结论具有证据效力，我们应当尊重。但是人民法院自己职权范围内的任务则不能交由鉴定部门，任由鉴定部门对案件事实从法律上下结论，这样，很可能会损害当事人的合法权益。在这里我们需要强调，鉴定结论不是当然的证据，按照我国民事诉讼法的规定，对鉴定结论也必须查证属实，才能作为定案的根据。

（五）各种具体鉴定简介

1. 司法物理鉴定

(1) 概述

司法物理鉴定是指接受委托的鉴定人运用物理学知识对诉讼中的有关检体进行固定、提出、检验后所作出客观、科学鉴别和判断的一种活动。

物理学在自然科学中是其他自然科学的基础。物理学的科学成果为收集、检验、审查判断物证提供了有利的条件，为司法实践中应用物理学知识开辟了极为广阔的领域。如应用力学原理研究痕迹的形成；应用光学的原理研究物证的发现；应用电学原理、机械振动和机械波等理论制成各种金属、炸药、人体组织的探测仪，寻找物证；应用电学原理制成测谎仪审查判断言词证据；应用静电技术提取粉末足迹，显现字迹压痕；应用电脉分析法检验血液、唾液、精斑等微量物证等等。总之，物理学的各种知识在司法实践中广泛地被应用。

(2) 司法力学鉴定

司法力学鉴定是鉴定人运用物体机械运动规律对检体进行检测后所作出鉴别和判断的一种活动。以下仅从力学原理方面叙述司法力学鉴定原则。

物体的运动是绝对的，民事案件中常涉及物体的运动。

①分析交通工具的速度。在交通工具肇事案件中，为了准确定性，通常需要应用运动学知识计算推断肇事车辆的行驶速度。计算公式为：$V=\sqrt{2gus}$（V是速度，g是重力加速度，u是路面系数，s是擦带长度）。

②计算高坠物体的位置。民事案件中会涉及到高坠物的案件，需要计算物体坠落的位置。物体坠落的位置可由下落方向、下落点与抛出点之间的水平距离来推断。下落的方向取决于物体抛出速度与风速的合速度方向；下落点与抛出点之间的水平距离等于水平方向的合速度与下落时间的乘积。

③推断人员在场的时间条件。根据嫌疑人的出发地点到现场的距离，及所借助的交通工具，运用运动学知识计算到达现场所需的时间，从而分析推断其能否到达现场，为审判提供科学依据。

(3) 司法光学鉴定

在司法实践中，光学知识被用于发现、记录、鉴别、复制物证。

①可见光检验

人们用肉眼观察物体有很大的局限性，因而借助于几何光学知识，应用透镜、反射镜、棱镜等，有目的地将其组合起来，构成光学仪器来满足司法实践中收集、审查证据的需要。

a. 运用可见光观察分析物证。利用放大镜和立体显微镜将被观察的物体放大，开阔视野，显现特征，是发现、观察物证的有效方式。

b. 运用可见光比较检验物证。利用双物比较显微镜，可以在同一视野中

对两个物体进行对接或比对。利用投影系统，可将样本和检材同时投影于同一平面，以便对各种痕迹物证进行分析、比较、重叠等检验。利用偏光显微镜，可观察晶体特征、生物体及细胞分析等。利用金相显微镜可鉴别、分析金属和合金的显微结构，以与现场上残留物进行比对分析检验。

c. 运用可见光显现、记录物证。用来显现和记录物证的光学仪器是照相机。利用照相机可对物证的各种客体采用原物大、扩大和显微摄影、翻拍、阴影和脱影摄影、分色摄影来显现、记录。

②红外线检验

红外线是可见光红色端以外的一种波长为760—4200毫微米的不可见光线。红外线有其独特的性质，如不同物质对红外线的反射能力、红外线对某物质的透过能力及红外线的反射能力、红外线对某物质的透过能力及红外线散射性等在显现和检验物证中具有极重要的作用。

利用红外线仪器，可以显现被某些染料污染的文字、邮戳等；可以揭示被墨水掩盖的文字、印记、图像、痕迹、鉴别不同墨水添改的文字、数字；可以显示肉眼无法看清的痕迹；可以在云雾中或稀薄尘埃的现场进行勘验和摄影。

③紫外线检验

紫外线是可见光紫色端以外的一种波长为1—400毫微米的不可见光。一般紫外线较之可见光、红外线的吸收大、散射大、透射力弱，因此，利用紫外线仪器，可以将在可见光下看不见或看不清的细微痕迹、图案、文字和细小物质显示出来；可以鉴别在可见光下难以区别的物质和痕迹的异同。

④激光检验

激光是由受激辐射产生的光。激光具有三个重要特征，一是亮度极高，比太阳的亮度还要高 10^{10} 倍；二是方向性极强，即发散角小，能做成一束平行光，沿一条直线传播；三是单色性极好，或颜色极纯。正是激光的这些特性，使其它光源无法与之比拟。

利用激光显现潜在手印；利用激光进行全息照相；利用激光显现模糊字迹；用小角度激光散射法鉴定单根纤维；利用激光检验微量物证；利用激光透射计确定死亡时间。

(4) 司法声学鉴定

司法声学鉴定是指鉴定人运用声音的产生、传播规律及声波的特性，对检体进行检验后所作出鉴别和判断的一种活动。

①声纹的鉴定

声纹是指将人的声音输入声音分析仪处理所得能表现声音的波形、声强、

共振峰频率、频谱包络、时长等声学特性的图像。它具有人各不同的特性，所以司法实践中称之为声纹。

a. 声纹的特性

(1) 声纹的特定性，即声纹因人而异的特性，这为声纹鉴定提供了客观依据；(2) 声纹的稳定性，即一个人的声音在长时间内保持基本声纹特征不变的性质，这为声纹鉴定提供了客观可能性。

b. 声纹的鉴定

声纹鉴定的主要任务是通过嫌疑人与样本声纹比较鉴别，确定是否为同一。

(1) 声纹鉴定的准备：了解有关案情，收取有关语声样本。

(2) 声纹鉴定的步骤：一般可分为预备检验、分别检验、比较检验、综合评定、鉴定结论。

(3) 声纹鉴定的证据效果

人声鉴定技术可分析案件当事人的性别、年龄、所在地，为诉讼提供科学有力的证据。

美国一所大学做过35000次声纹鉴别试验，失败率仅6%，以后改进仪器，鉴别成功率在不断提高。

②物声的鉴定

物声是指发自各种物体的声音。现场收集的各种物声，经分析其声波的性质，也可以认定该物质与案件的联系，间接地证明物主与案件的关系。

各种物体一经形成，其结构、理化性质等就具有一定的稳定性，因而在一定条件下发出的声音也具有一定稳定性。至于其构造无论是宏观还是微观上与其他物体都存在着一定的差异，这就形成物体的特征性。所以，不同物体发出的声音也具有特定性和稳定性。例如，通过分析汽车的鸣笛声、自行车铃声、打火机声、电话铃声、BB机声等物声确定这些物品与案件的联系，从而为诉讼提供证据，达到以物找人的目的。

物声鉴定的原理、方法、步骤与声纹鉴定相同。

2. 痕迹鉴定

(1) 概述

痕迹鉴定是基于辩证唯物论和同一认定的理论，运用有关自然科学的原理方法，研究与案件有关客体的反映形象形成机理、变化规律、发现和提取方法，检验和鉴定技术及档案管理等的一门应用性科学，它是司法鉴定科学的一个重要分支，包括手印、足迹、工具痕迹、牙齿、车轮、分离痕迹等。

司法鉴定中所指的“痕迹”是以案件中的物证为基础，以法庭上的证据作用为前提。痕迹是指与案件有关的造型客体作用于承受客体后所形成的反映形象。该反映形象不仅显示造型客体接触部分的外表结构形态特征，还反映出与案件有关人或物自身的其他信息。

痕迹鉴定主要理论是根据客体的特定性和稳定性。所谓特定性就是某一客体有别于其他客体的绝对性。但是，反映客体特定性的特征在痕迹中不一定全部出现，因此，某痕迹就不具备鉴定条件。所谓稳定性就是某一客体在一定时间内保持自身重要特征，具有相对不变的能力。但是，不同客体的稳定性并不相同，如指纹比工具痕迹的稳定性强。

痕迹鉴定的主要对象是人和物两类。种类分为“同一认定”和“种类认定”。同一认定主要解决先后出现的两个客体是否同一问题。同一认定是根据痕迹中反映的细节特征组合做出鉴定结论。种类认定是根据痕迹中反映出某一种类或客体共同具有的特征做出种属鉴定结论。

(2) 手印鉴定

手印是指手抓取和握持所留下的痕迹。手印是反映手掌面的花纹结构形态特征，掌面花纹包括指纹和掌纹。

①指纹的特征

a. 人各不同。作为客观存在的每个人的指纹都具有特殊性，每个人的指纹只有自身同一，就是同一个人不同区域之间的指纹也各个有别。用数理统计方法推算，证明目前在世的人不可能有两个相同的指纹。

b. 基本不变。指纹的结构形态是自胎儿四个月形成乳突花纹于死后 4 年的尸体始终保持基本不变。

c. 触物留痕。因手掌面往常附着汗液、油垢、灰尘等物质，用手触摸客体时就会留下手印。

d. 认定人身。手印能直接反映人的手接触部分外表结构形态特征，故利用手印可认定遗留手印的人。

②手印的作用

a. 提供诉讼证据。鉴别遗嘱、契约、协议、合同上的手印是否为当事人所按捺印，可为审判提供证据。

b. 帮助分析案情。根据手印的数量、异同、纹线的粗细、密质及长宽比值确定当事人的生活特征和职业特征。

③手印鉴定步骤、方法

a. 预备检验。掌握有关情况，如手印提取，固定方法、形成条件、变化

因素、保管、包装、运送状况；查验送检材料，如检材手印、种类、数量是否相符，样本手印能否实现鉴定要求。若需补充应及时提出。

b. 分别检验。就是通过检材手印和样本手印，正确认识两者特征。其顺序是先检材手印、后样本手印。

c. 比较检验。对检材和样本手印分别检验后，对两者特征结合进行全面比较，以确定其符合点和差异点，为解决是否同一问题提供依据。常用方法有：对照法、连结法、重叠法。

d. 综合评断。主要是对检材、样本手印特征的符合点和差异点进行全面、客观地分析。特别评断差异产生的原因、性质。

④手印鉴定书的编写

手印鉴定书分文字和影件两部分组成。文字部分内容包括一般项目（检材和样本手印有关情况、送检要求等），手印检验（对检材、样本的检验方法、手段、两者特征发现、比对过程和结果），分析说明（对特征的符合点、差点进行评断、论述认定或否定的科学依据），鉴定结论（简要回答送检要求、准确表达鉴定结果）。最后，由鉴定人、复核人签字或盖印。同时加盖单位鉴定专用章。影件部分内容包括检材手印所在方位，检材手印和样本手印全貌。两者特征比对影件两份，一份按顺时针方向将各个特征分别编号标出，表示相同或差异，通过影件既可固定检材手印物证，又可直观两者特征比对结果，助于理解文字描述。

（3）工具痕迹鉴定

工具痕迹（又称器械痕迹，简称工痕）是指在机械力的作用下，加载客体使承载客体与其接触的部分发生塑变时，形成的立体反映形象。

①工具痕迹的特征

a. 不易被破坏。工痕的存在是因承载客体自身变形的结果，它不是由于造型客体的分泌物或脱落物附加在承受客体之上所形成的痕迹。因此，工痕不易被人为的擦蹭或自然界风雨的侵袭，使其破坏或消失。

b. 出现率较高。在案件现场或出事地点，多数案件的有关人须借助或使用工具达到排除障碍物或破坏目的物，故此，在各类现场或出事地点都会留有工痕。

c. 易于发现提取。工痕是立体反映形象，较明显易见，一般勿须特殊物理或化学方法处理。对大件客体上的工痕可制成模型。

d. 利用力学特征。工痕的形成主要是力作用的结果，力有大小、方向、作用点三要素。根据工痕的形象的表现，可依力学原理获取更多的信息。

e. 利用附着物质。经常使用的工具所接触各类物质，即附着物（如金属粉末、染料等），可留在工痕中，提取、利用这些附着物，可确定某工具与某承载客体接触否，根据甲乙两客体附着物互换的顺序，可明确案件的真伪等。

②工具痕迹的作用

a. 认定作案工具，提供诉讼证据。通过鉴定，对送检工具做出认定结论，可证实某类或某把工具，曾在有关活动过程中被使用过，而为诉讼提供证据。

b. 推断工具种类，划定调查范围。工痕的形象可反映加载客体接触部分的结构形状、大小或规格，使调查工作的重点突出。

c. 分析案件性质，帮助识别真伪。工痕的形成是物与物相互作用的结果，其发现和变化是遵守客观物质自身规律而不以当事人的意志为转移。

d. 利用工具痕迹，提供并案依据。若在多起案件中，发现所使用的相同工具、手段、技巧和方法，就可将多起案件合并分析和开展调查工作。

e. 根据行为技巧，判定人物特点。工痕位置，作用力的大小、方向、角度等，均可反应出行为人的身高、体力、动作习惯，根据其使用的工具种类，技巧和熟练程度，可分析行为人的职业。

f. 收取自然样本，确定嫌疑线索。自然样本指不以作案为目的所形成的工痕。利用自然样本与有关工具进行鉴定，可以确定现场遗留物为谁所有，或者确定现场工痕与嫌疑人家中的工痕是否为同一工具所形成，从而发现和确定有关工具。

③工具痕迹的分类

工具痕迹可有几种分类方法

a. 按形成痕迹的工具分为：一般工具（如钳、剪、刀、斧），专业工具（如电工、钳工、农村、铁路），代用工具（如石块、棍棒）……等等。

b. 按形成痕迹的方式分为：撬压痕迹、打击痕迹、擦划痕迹、剪刀痕迹、切削痕迹……等等。

c. 按工具痕迹的承载客体分为：金属上的、木质上的、纺织品上的工具痕迹……等。

d. 按加载与承载客体的接触状态分为：静态接触形成的工痕、动态接触形成的工痕。

e. 按形成痕迹的作用力，作二层次划分：即以力的不同作用结果为第一层次的分类标准，可分为凹陷痕迹，线形痕迹；以力不同作用方式为第二层次的分类标准，可分为撬压凹陷痕迹、打击凹陷痕迹和擦划线形痕迹，剪切线形痕迹。

④工具痕迹鉴定

工痕鉴定的主要任务是解决现场工痕是否为送检嫌疑工具所为，即同一问题的认定。鉴定步骤、方法与手印的基本相同。

a. 预备检验：重点了解工痕所在现场位置、形成条件和过程；使用嫌疑工具范围、时间长短、存放保管条件等。

b. 分别检验：注意现场工痕特征的稳定性、可靠性，如提取时发生变形、包装和保管不当所形成新的特征等。

c. 比对检验：可在比较显微镜下进行，也可放大同倍对接线条。

d. 综合评断：对差异点主要考虑两者形成条件是否相同；放大倍数、放置角度是否一致；嫌疑工具是否再次使用或维修发生变异等等。

工痕鉴定书的编写与手印鉴定书的要求相同。

(4) 其它痕迹鉴定

①牙齿痕迹（又称咬痕）：主要指牙齿咬食物或破坏客体时所遗留的痕迹。

牙齿是咀嚼食物的工具，有时也做自卫和攻击的武器。实践中有用牙齿咬断器物、撕毁证件，开启瓶盖、摄取食物而遗留牙印。牙印多是凹陷状和线条状痕迹，通过牙印鉴定可认定身份。

人的牙齿因种族、生理、环境、治疗、职业、生活习惯等不同，可通过牙齿形成的咬痕鉴定确定是否为某人所遗留。

在诉讼实践中常遇到动物咬痕，与工具痕迹形象相似，易误认为工具形成的破坏痕迹。动物咬痕系多次噬咬，受力不均，每次咬切方向不同，所形成咬断面不整齐，边缘呈锯齿状。

②车辆痕迹：是指车辆作案或肇事时由车轮、车体或附带部件所遗留的痕迹。车辆痕迹可分为机动车辆痕迹和非机动车辆痕迹。

车辆痕迹的鉴定可对车辆进行同一认定，推断车辆的种类，推断车辆行驶速度、方向。

车辆的特征可从车体、轮胎、附属物进行分析。

③分离痕迹：通常指某一整体物，在外力的作用下被分离成若干部分时所形成的痕迹。

分离痕迹可分为断离痕迹和脱离痕迹两大类。断离痕迹是指无异体联结的完整体，受外力后使原整体被分成若干部分时所形成的痕迹；脱离痕迹是指有异体联结的组合体，受外力后，使原结合体被分解成若干部分时所形成的痕迹。

3. 文件鉴定

(1) 概述

文件，一般指机关、团体、企事业单位或个人之间，在工作和生活交往中形成的书面材料。

文件鉴定是指运用文字学、语言学、生理学、心理学、物理学、化学等社会科学和自然科学的理论与技术，检验各种诉讼案件中的书证物证，鉴别判定其与案件事实、当事人或嫌疑人的关系，为诉讼活动提供线索和证据的一种活动。

文件鉴定中的文书，泛指一切以文字、图形为表现形式的各种书证和物证。

文件鉴定的对象包括笔迹、票证、印刷品、印章印文、损坏文书、掩盖文字、人像照片及文书物质材料，等等。故此，文件鉴定可分为书写文件鉴定，印刷文件鉴定，伪造文件鉴定，损坏文件鉴定，其它文件鉴定及文件材料鉴定。

文件鉴定最常用的检验原理及方法是同一认定法。常需借助理化知识与技术，如针对某些物质受紫外光源激发能发生荧光和磷光的特征，运用光致发光技术将文件中消失的印记、涂改的字迹显现出来，将伪造的票证揭示出来，将纸张、油墨的异同反映出来；依据纸张压痕部位薄膜上静电位改变的原理，使用静电痕迹显示仪将压痕字迹显现出来；依据文件与掩盖物质的具体情况，选用化学试剂溶解掩盖物质，将其减薄、消除，显现被掩盖文字，等等。

(2) 书写文件鉴定

书写文件鉴定（又称笔迹鉴定）是指通过对检材和样本两部分的笔迹特征进行分析比较，在鉴别两者书写习惯的总体特殊性是否同一的基础上，确定是否同一人所写的一项专门技术。

①笔迹鉴定原理

笔迹，即书写笔画痕迹，是个体书写技能和习惯的外部表现。书写技能和习惯特征是笔迹鉴定的主要依据。

书写习惯是指人们通过长期学习和反复练习而巩固下来的不易改变的书写文字，表达思想和行为方式，包括书写动作习惯、文字布局习惯、书面语言习惯。

书写习惯的形成即书写动力定型的形成，是指经过反复学习和训练，从大脑皮层到书写运动器官建立起连锁式的条件反射，形成比较稳定的神经系统支配下的书写活动体系，具有客观的反映性。书写习惯的客观反映性是进行笔迹鉴定的客观基础。

书写习惯具有绝对的变化性和相对的稳定性。其绝对变化性是缓慢的、部分的，有一个由量变到部分质变的过程；其相对稳定性是书写动力定型的特性和语言文字规范的制约所决定的。书写习惯还具有普遍性和总体特殊性。其普遍性是人们的书写习惯具有共同性；其总体特殊性是由于个人内在的生理基础和外在的客观条件不同所决定的书写习惯形成的差异。书写习惯的相对稳定性是笔迹鉴定的基本条件，书写习惯的总体特殊性是笔迹鉴定的鉴别依据。

总之，书写习惯具有的客观反映性、相对稳定性、总体特殊性是笔迹鉴定认定同一的科学依据。

②笔迹特征

笔迹特征是书写活动特点的具体反映，是笔迹个性的具体征象，笔迹特征的总和说明个人书写习惯的特殊性。

笔迹特征分为：

a. 书写水平特征，是指个人在书面交往中表现出来的书写技能的高低。一般从文书布局是否恰当合理、结构是否严谨适宜、笔画是否规范均匀，运笔是否自然流利等方面综合分析。

b. 整体布局特征，是指全篇笔迹在纸面上的分布特点。一般在书写活动中对字、词、句以及行、段、款的分布安排习惯，可反映个人书写习惯的一个侧面。

c. 书面语言特征，是指文字记录下来的语言习惯特征。包括语言、词汇、语法等方面的特点，具体可分为语言水平特征、方言词特征、外来词特征、社会习惯语特征、熟语特征、程式语特征、不规范的构词特征、句式特征等等。

d. 字形字体特征，字形特征是指字的外部轮廓和基本形态；字体特征是指文字体式的规格流派特点。

e. 字的写法特征，是指文字的基本组成形式。可分为现行规范写法，异体字写法，习俗简化字写法，行草写法，简缩写法，错别字写法。

f. 字的结构特征，即搭配比例特征，是指字的各部位之间的组合形式。属于比较稳定的笔迹细节特征，笔迹鉴定时经常选用。搭配特征指笔画之间或偏旁部首之间连接、交叉、搭配位置的高低远近特点。比例特征指笔画或偏旁部首之间的大小、长短、宽窄的比例关系特点。

g. 笔顺特征，是指字的笔画或偏旁部首的先后书写与顺序特点，此特征稳定性较强，一般不易伪装，是笔迹鉴定结论的重要依据。可分为规范笔顺、通用笔顺、特殊笔顺。

h. 运笔特征，是指书写笔画的起笔、行笔、连笔和收笔的动作过程以及

笔力特点。运笔特征能以细微差别反映书写习惯上的本质差异，是笔迹鉴定中运用最多的一种特征。

i. 标点及其它符号特征，分标号（包括引号，括号，破折号，省略号，着重号，书名号，间隔号等），点号（包括句号、逗号、顿号、分号、冒号、问号、感叹号等），其它符号包括重略号、调号、删除号、改错号、添插号、保留号等）。

③非正常书写笔迹特点

非正常书写笔迹包括故意伪装笔迹和书写条件改变笔迹。前者是指书写人为逃避罪责、嫁祸于人或出于其他目的，故意改变自己笔迹或摹仿他人字样而形成的虚假笔迹。后者是指书写人选用非正常书写工具、书写承受物、书写环境时写成的文字材料。

a. 改变书写速度笔迹的特点：降低书写速度表现为字迹呈一笔一画书写特点、笔画呆板、不连笔或连笔少及连笔特征变化，易出现繁体字等；加快书写速度表现为笔画呈一笔连一笔书写特征，连笔增多，顿压减少，笔画省略，字形简化，搭配失调，运笔变形等。

b. 改变字样笔迹的特点：指书写人改用自己不常用或不擅长用的字体。多以楷书或者自由体的书写习惯为基础。

c. 改变笔画形态笔迹的特点：常写成弧形字，曲线字，点线字，尺画字，空心字或重描字等。

d. 左手伪装笔迹的特点：一般表现为书写水平降低、文字行列不整，字行及笔画左高右低，字形不正，结构失衡，大小间隔欠均，笔画参差不齐，易出现反字，反起笔或字组左右颠倒现象。

e. 摹仿笔迹的特点：摹仿笔迹是指仿照他人笔迹写的文字。分为临摹、套摹、凭记忆摹仿等。

f. 书写条件改变笔迹的特点：包括利用某些硬性工具在承受物上刻写而成的刻划字，采用非正常书写姿势、利用剪切客体物拼组字句或用针线在客体物上缝成的组拼字，颠簸条件下书写的字迹，等等。

④笔迹鉴定的程序、方法

笔迹鉴定的程序是受理、检验、定论。

a. 受理：根据送检部门的委托，依法受理笔迹鉴定。1）了解有关案情；2）查验送检检材；3）核实附审样本；4）办理受理手续。

b. 检验：分别检验、选择特征；比对检验、标示异同；综合评断，作出结论。

c. 定论：就是对检验结果出具书面表达形式的鉴定书。

(3) 印刷文件鉴定

印刷文件主要是用纸张印刷加工的制品，如书报、刊物、证件、表格、单据、图案、稿纸、信纸及宣传画等。

印刷文件鉴定主要指通过对书证物证的印刷加工特点进行分析，以判断其印刷顺序、印刷工具及印刷方法，同样本比对的研究、确定其来源及与样本之间的关系，为诉讼活动提供线索和证据。

①印刷品鉴定

印刷品的生产一般有制版、印刷、装订、裁切等工序。每道工序都会在印刷品上留有痕迹而形成其印刷加工的特征。

印刷品的鉴定常需进行印刷版型的鉴别、同版印制品的鉴别，同刀纸鉴别以及确定检材与样本纸的页距等。

书刊类印刷品一般是铅活版印刷，每种书刊册与册之间有同版印页、每册页则无同版。封皮有用铅字排版、照相机制版印刷，多色套印。根据比对图文结构的细节特征、比对同色图文的局部变异，比对文字符合的具体特征来鉴别确定是否为同版印刷；根据装订痕迹、撕裁痕迹特征确定是否为同本纸张；根据裁切特征确定是否相同刀纸等。

报纸类印刷品常为铅整版印刷。根据报纸中缝印版上特殊标志以区分是否为同版报纸。报纸上的漏字，倒字及图文变形特征亦具有鉴别意义。

②打印文件鉴定

打印文件是指由打字机直接打印或打成蜡纸稿再油印的文件。

打印文件鉴定须确定打印文件的打字机种类、具体的打字机和打印人。其主要依据打字机和钢字在文件上反映的特征来检验鉴别。打字机的特点和打字员的技能习惯特征会在打印文件上反映出来。

根据打字机主动机构间距特征和钢字符号特征判断打字机种类；通过对打印文件与可疑打字机打印样本反映的打印特征进行比对，确定具体打字机；分析检验打印文件，选择打印技能习惯特征同嫌疑人打印样本所反映的相应特征进行比对、判断、确定打印人或澄清嫌疑人。

③誊写油印文件鉴定

誊写油印文件是指用铁笔在垫有钢版的蜡纸上刻写，再用油印机印刷而成的文件。

誊写油印文件鉴定，是根据油印文字线条上的墨点分布等特征，判断誊写所用的钢版种类及版纹结构。根据观察比较嫌疑钢版与誊写油印文件反映的版

纹结构，密度是否相同，钢版上留有的刻写字迹、线条痕迹与文件上特征，确定具体书写用钢版；根据对油印文书上笔画线条、图案线条特征，确定铁笔种类和笔尖的粗细；根据各种格式的蜡纸同油印文件的字迹进行套叠、测量，推断刻写所用蜡纸的规格格式；通过分析油印文件所具有油印特点，确定所用油印机种类及油印方法，等等。

(4) 伪造文件鉴定

①全部伪造文件鉴定

全部伪造文件是指仿照真实文件制作或想象编造而形成的假文件、假票证。其常见方法有：照相复制版印刷、雕刻制版印刷、铅字排版印刷或铅字盖印、誊写油印、手工描绘、变印及剪拼伪造。

全部伪造文件鉴定主要从其制作方法、内容构成、版面差错及其他细节伪造特征上辨别。

②局部伪造文件鉴别

局部伪造文件是指利用真实文件加以局部涂改所制成的假文件、假票证。其常用方法有擦刮、消退、添改、挖补、接贴等。

局部伪造文件鉴定主要运用理化技术确定伪造事实及其手段，显现、辩读、查明被污损的原文。

③印章印文鉴定

印章（又称图章、印戳）分公章、私章、专用章。印文是指印章在承受客体上盖印出的印痕。

鉴别印章的真伪一般通过对印文的分析鉴定而实现的。印文特征是印章、印面结构特点的具体反映。鉴别印文，要将可疑印文同真印文进行比对分析，根据两者特征总和的异同综合评断。

(5) 损坏文件鉴定

损坏文件是指原貌变形变色的文书，包括被撕碎的文书、被烧毁的文书、被浸泡粘连的文书、被搓揉污损的文书等。

整复破碎文件的具体方法是搜集分类、整理拼合、固定复原；整复烧毁文件的具体方法是软化展平固定修复，显现内容；整复浸泡粘连文件的具体方法是分离粘连纸张，施胶加固晾干，显现恢复原文。

(6) 文件材料鉴定

文件材料包括纸张、墨水、油墨、印油、圆珠笔油、胶水、浆糊等。文件材料鉴定是通过理化等技术对文件材料物质的种类、成分、规格、版号及其来源进行分析判定。

4. 法医学鉴定

(1) 概述

法医学鉴定是指接受委托的法医学鉴定人运用法医学知识对诉讼中某些专业性问题进行检验、分析、鉴别和判断的一种活动。

法医学鉴定可分为法医临床学鉴定、法医病理学鉴定、法医物证学鉴定。

(2) 法医临床学鉴定

法医临床学鉴定是指运用法医学、临床医学的理论、技术对被鉴定人在诉讼活动中涉及的专门性问题进行判定的活动。

①法医临床学鉴定的范围

a. 损伤：致伤原因（机械性、物理性、化学性、生物性等），致伤性质（他伤、自伤、意外伤等），损伤程度（重伤、轻伤、轻微伤），致伤工具，伤残程度，损伤后的医疗评价（损伤的治疗及康复时间、费用的合理性、后期治疗费用的预估等）。

b. 疾病：被鉴定人伤前是否患有某种疾病或潜在性病理改变；损伤与疾病人关系。

c. 诈伤（病）、造作伤。

d. 有关性问题的法医鉴定。

e. 其他。

②法医临床学鉴定的方法

法医临床学鉴定的基本方式有：现场勘查、活体检验、资料审核、物证检验。

a. 现场勘查。判断致伤原因或损伤性质，常常需要进行现场勘查，以收集和发现有关痕迹及物证。对勘查的现场应尽可能恢复原来条件，甚至可进行模拟。

b. 活体检验。分为一般检验、特殊检验。一般检验是指运用临床医学上的视、触、叩、听等方法，了解创口、瘢痕的长度、形态、关节活动度、神经系统阳性体征等；特殊检验是指应用理化仪器的方法、确定是否存在客观体征，如X线拍片、CT扫描、核磁共振、B型超声等影像学检查，判断有无器质性损伤；血、尿、脑脊液等体液的化验，判断有关部位的损伤与否等。

c. 资料审核。主要是对鉴定有关的文字资料，影像学资料进行审查，以确定其客观性、相关性、科学性。

③损伤

损伤是指人体受到致伤因素的作用，致使组织器官的结构遭受破坏或功能

障碍。致伤因素可分为物理性（如机械、电流、射线、温度等）、化学性（如强酸、强碱等）、生物性（如植物、动物、微生物等）三类。其中以机械性损伤在法医临床学鉴定中多见。

a. 损伤程度的评定

损伤程度分为重伤、轻伤、轻微伤。

重伤是指使肢体残废或毁人容貌，使人丧失听觉、视觉或其他器官机能，其他对人身健康有重大伤害的损伤。具体规定见两部、两院 1990 年颁布的《人体重伤鉴定标准》。

轻伤是指机械、物理、化学及生物等各种外界因素作用于人体，造成组织、器官结构一定程度的损害或部分功能障碍的损伤。具体规定见两部、两院 1990 年颁布的《人体轻伤鉴定标准（试行）》。

轻微伤是指各种外界因素作用于人体，造成组织、器官结构的轻微损害或短暂的功能障碍的损伤。

b. 伤残程度的评定

伤残程度是指由于损伤所致人体残疾的程度。包括精神的、生理功能和解剖结构的异常，以及生活、工作、社会活动能力的不同程度丧失。

目前，我国对伤残程度的等级划分尚无统一规定，全国性行业标准有：1992 年卫生部、劳动部印发的《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准（试行）》、1992 年公安部印发的《道路交通事故受伤人员伤残评定》。

c. 损伤评定的时机

损伤评定的时机是指损伤后所择评定的时间。

①损伤程度的评定时机。可分为两种，其一，对毁容、功能障碍的，要待其治疗后体征固定时进行损伤程度的评定；其二，对其一以外的，一般在伤后一段时间内即可进行损伤程度的评定。

②伤残程度的评定时机。由于伤残程度具有永久性特征，故此，评定均应在其治疗后体征固定时进行。

④诈病造作病（伤）

诈病是指身体健康而假装患有某种疾病者。诈病的特征：①夸大的症状；②矛盾的症状；③反常的病程；④突然的恢复。

造作病（伤）是指故意损害自己或授意他人损害自己的身体所导致的疾病或损伤。造作伤的特征：①数量较多，大小近似；②排列整齐、方向一致；③程度较轻、浅表均匀；④试刀痕。

⑤人身伤害赔偿

a. 损伤的认定：损伤是人身伤害赔偿的前提。损伤认定的依据：①经法医学检验后确认的有关损伤。②经医疗部门检验后所出具客观的相关的病情资料。③法医学鉴定时对损伤特征的检验。

b. 赔偿的原则。①被害人的经济损失与加害人造成的损伤相适应的原则。②对被害人的经济赔偿与加害人的赔偿能力相适应的原则。③对被害人的经济赔偿来源一般仅限于加害人本人所有财产的原则。④对被害人的经济赔偿与当地经济状况、人均生活水平相适应的原则。⑤无民事行为能力或限制行为能力人的赔偿责任，一般由其法定监护人承担相应责任的原则。⑥按伤害过程中的过错，承担赔偿责任的原则。

c. 赔偿的范围。

根据《民法通则》第 119 条的规定，结合审判实践，赔偿范围包括：

①医疗费：是指被害人受伤后在医院诊治所支付的费用，一般包括挂号费、检验费、药品费、手术费、住院费及其它必须的治疗费。对医疗费用的审查应掌握如下原则：一是对症原则，即诊疗措施必须具有针对性；二是必需原则，即采用的诊疗措施是必不可少的；三是适时原则，即诊疗措施只限于有意义的适应症存在。

②误工费：是以医疗期限为限。医疗期限是指损伤后用于诊疗及康复所必需的医疗终结时间。误工费的范围：有固定收入的，按固定收入给予赔偿金；无固定收入的，参照当地当时同工种、同行业、同等劳动力水平的平均收入或其上一年同期收入水平给予赔偿金。

③残疾补助费：是指因受害人致残造成劳动能力全部或部分丧失所支付的赔偿金。

④其它：

营养费：是指受害人通过日常饮食不能满足受损机体对营养的一般需求，即需以其他食品作为补充所支付的费用。

护理费：是指受害人因生活不能自理而需他人陪护所支付的费用。陪护人一般以 1—2 人为限。陪护人有固定收入的以误工费方式计费；无固定收入的一般按当地、当时临时工的工资标准计费。

就医交通费、住宿费、伙食补助费以及致人死亡的丧葬费、抚恤费，死者生前扶、抚、赡养的人必要的生活费等。

⑥损伤与疾病

损伤与疾病的关系。在法医临床学中，有被鉴定人于伤前存在某种病理性改变，而损伤后诱发或加重其症状。这就存在损伤与疾病的关系。

损伤与疾病的关系分为：

a. 无因果关系：是指损伤与疾病之间无任何联系。

b. 直接因果关系：是指损伤后致使人体的健康组织或器官结构的完整性破坏，所出现的症状、体征。

c. 间接因果关系：①诱发因素：是指损伤诱发或加重了潜在性病变的发生、发展。②辅助因素：是指损伤在疾病的发展过程中只起辅助作用。

(3) 法医物证学鉴定

法医物证学鉴定是指运用现代科技手段研究和认定诉讼案件中有关物品检材与案件关系等问题的一种活动。

法医物证是指与诉讼案件有关的人体残存组织、分泌物、排泄物，如血液、唾液、粘液、毛发、骨骼等。

法医物证学鉴定对民事诉讼有着重要作用，例如离婚案件中的生殖能力，医疗纠纷中的输血、输液等，往往要借助于法医物证学鉴定，为审理案件提供科学证据。

①血型

血型是人类各种血液成分的遗传多态性标记，是人体的一种遗传控制性状。

狭义的血型是指红细胞膜上的抗原差异，即红细胞血型。广义的血型是指血液、组织、体液、分泌液的遗传学标记。

鉴定血型的基本方法因不同血型而异，大致可分为三类：1. 血清学方法，鉴定 A、B、O 血型；2. 生物化学方法，鉴定红细胞酶型和某些血清型；3. 细胞培养方法，鉴定白细胞抗原 HLA。

a. A、B、O 血型

A、B、O 血型是指人类红细胞膜上所含有的 A、B 二种血型物质或同种异体抗原。有 A 抗原的人为 A 型，有 B 抗原的人为 B 型，既有 A 抗原又有 B 抗原的人为 AB 型，既无 A 抗原又无 B 抗原的人为 O 型。应当指出，O 型人红细胞膜上并不是什么抗原都没有，而是含有 H 抗原。

b. MN 血型

MN 血型是指人类红细胞膜上存在的 M 和 N 抗原。有 M 抗原的人为 M 型，有 N 抗原的人为 N 型，既有 M 抗原又有 N 抗原的人为 MN 型。

c. Rh 血型

Rh 血型易被破坏，只在新鲜血液中检出。红细胞膜上有 Rh 抗原的人称 Rh 阳性，没有 Rh 抗原的人称 Rh 阴性。黄种人 Rh 阴性 $<1\%$，白种人 Rh 阴性

约 15%，黑种人的介于黄种人、白种人之间。

Rh 血型在医疗纠纷上多见于输血反应。Rh 阴性的人经输入 Rh 阳性的血液或者 Rh 阴性的妇女孕育 Rh 阳性的胎儿后，其血清中可出现抗 Rh 抗体，在再次输入 Rh 阳性血液时，就可发生输血反应，或妇女再次怀孕 Rh 阳性胎儿时其抗体经胎盘进入胎体内，可引起胎儿溶血性疾病。

d.HLA 系统

HLA 系统是人类白细胞膜上的一种抗原。目前已检出 120 余种特异性。根据受控制的遗传座位不同，可分为 A、B、C、D、DR、DQ 和 DP 等七个系统。根据检测方法不同，可分为血清学检出的抗原（简称 SD 抗原）和淋巴细胞培养方法检出的抗原（简称 LD 抗原）两大类。

由于 HLA 的高度多态性，在人群中 HLA 表现型相同的可能只有千分之一，排除率很高，因此，在法医学个人识别及亲子鉴定中是一个非常有用的方法。

②亲子鉴定

亲子鉴定（或称亲权鉴定）是指应用医学和遗传学等理论、技术以判断可疑父母和子女之间是否存在亲生关系的方法。

在民事案件中需作亲子鉴定的有：怀疑孩子不是亲生；婚外生育需确定孩子的生父；失散多年的父子、母子认亲；怀疑医院调错婴儿；确定人工授精及试管婴儿的亲生父母；移民需确定其亲生关系。近年来，亲子鉴定也用于计划生育的工作中。

a. 根据血型判断亲子关系

血型的遗传规律可概括为：①孩子不可能带有亲生父母均无的血型基因；②孩子必定得到亲生父母每方的一对等位基因中的一个；③除了在亲生父母都带有相同基因（如 A）的情况下，孩子不可能带有两个相同基因（AA）；④某个基因在双亲中的一方或双方为纯合子时（AA），必定要在孩子中表现出来（A）。

b. 应用 DNA 技术判断亲子关系

DNA（脱氧核糖核酸）分子是构成细胞染色体的物质。DNA 分子由核苷酸组成，一个 DNA 分子由四种核苷酸组成键。人类 DNA 分子含有几十万至几百万个核苷酸，按四种不同核苷酸配对，就有千的几十万至几百万次方，而不同的组合就带有不同的遗传信息。因此，世界上没有两个生物体基因组合对子完全相同的 DNA 分子。

DNA 链上的核苷酸排列很多，有着不少重复序列。这种重复的次数不同，具有遗传性，通过电泳技术分出基图带，即遗传性 DNA 图谱。据计算，两个

生物个体（除单卵双生外）DNA 遗传图谱完全一致的机率在 20 亿—300 亿分之一，世界上基本没有 2 个人有完全相同的 DNA 遗传图谱。因此，DNA 遗传图谱用于个人识别和亲子鉴定的可靠性比血型大得多。由于 DNA 的个人特异性如同指纹，所以又有 DNA 指纹之称。DNA 体外扩增技术（PCR）是目前较为可靠的亲子鉴定方法。

c. 其他方法和技术

亲子鉴定除依靠血型、DNA 技术外，还可根据其他单基因遗传特征辅之。①根据体态进行亲子鉴定：体型、相貌、头发、肤色、色素痣、身高、肢长、指纹等。②根据月经周期、怀孕时间、分娩时间可推算亲子关系。③根据性交与生殖能力进行亲子鉴定。

③血痕检验

血痕是指遗留在载体上的血液干燥斑迹。

血痕检验的目的：是否为血，是否为人血，何种血型，以确定与案件当事人的关系。血痕检验的程序如下：

血痕检验程序

肉眼检查

↓

预试验

－　　　　+

不是血痕　　可能是血痕

(或被破坏)　　↓

确证试验

－　　　　+

不是血痕　　肯定是血痕

(量太少或被破坏)　　↓　　↓

种属试验

－　　　　+

不是人血　　肯定是人血痕→
- (量太少或被破坏)
- 其他检验
- ①出血部位
- ②出血时间
- ③出血量
- ④出血者年龄
- ⑤出血者性别
- ⑥两份血的同一认定

↓ ↓ ↓ ↓

红细胞血型	血清型 Hp	红细胞酶型	其他血型
ABC MN P 其他	Gc Gm 其他	PGM1 GLO1 ESD 其他	

* 在有条件及经验的单位，有时可省略确证试验这一步骤

④分泌物检验

分泌物是指人体器官腺体分泌的物质，如精液（斑）、唾液（斑）、汗液（斑）、乳汁（斑）、阴道分泌物等。其中以精斑、阴道分泌物和唾液斑的检验常见。

由于人体全身各组织细胞及体液中存在着与红细胞表面一样的 A、B、H 血型物质，所以，人体分泌物可检出血型。其中，唾液、精液的血型物质含量最高。但是，A、B、H 血型物质分两类红细胞和组织细胞上的血型物质蛋脂溶性，体液、分泌物中的血型物质属水溶性。脂溶性血型物质是所有人都会有的，而水溶性血型物质的分泌能力则不是每个人所具有。一般，依唾液中是否分泌 A、B、H 血型物质，而将人类分为分泌型和非分泌型两种。因此，不是所有的分泌物都能测出血型。

5. 司法化学鉴定

(1) 概述

司法化学鉴定是指运用化学分析的专业知识和技术方法对案件中某项可疑物质所进行定性、定量的一种活动。

毒物是指在一定条件下能引起机体功能障碍或器质性损害的较小剂量的化学物质。由毒物作用所引起的疾病称中毒。由中毒致死的称为中毒死。

发生中毒需要毒物达到一定的剂量。引起中毒的毒物最小剂量称中毒量。引起中毒致死的毒物最小剂量称为致死量。出现中毒时血液中的毒物浓度称中毒血浓度。引起死亡的血液中的毒物浓度称致死血浓度。

一种毒物所造成机体损害的大小不同，常用毒性大小来表示。根据毒物对人体和动物致死量的大小，将毒物分为 5 级。

毒物的急性中毒毒性分级

毒性分级	名称	对人的可能致死量	
		g/kg	60kg 体重的总量（g）
1	剧毒	< 0.005	0.1
2	高毒	0.005 - 0.05	0.3

3	中毒	0.05 - 5.0	30.0
4	低毒	5.0 - 15	250.0
5	微毒	> 15	> 1000

毒物的种类按毒理作用分为，腐蚀毒：如强酸、强碱；实质毒：如砷、汞；酶系毒：如有机磷农药、氰化物；血液毒：如一氧化碳、亚硝酸盐；神经毒：如醇类、麻醉药、中枢神经兴奋药。

毒品是指非治疗性的麻醉药和中枢神经兴奋药。

(2) 中毒的法医学鉴定

①疑为中毒案件时法医学检验的必要。

②中毒案情的调查：中毒者身份、中毒经过、中毒者近期情绪。

③中毒案件的现场勘验：中毒未死者，应积极抢救；收集现场药品；注意呕吐物和排泄物；遗书；信件等。

④中毒症状分析：各种毒物具有不同的毒理作用，可反映不同的症状，据此可推测毒物。

⑤中毒尸体的法医学检验：包括尸表检查和尸体剖验。

⑥毒化取材、保存及送检。

⑦毒物化验。

⑧分析结果的判断：(1) 阳性结果，一般可肯定中毒，如为弱阳性，则可能有毒物进入体内；是否分析过程中出差错；是否为死后进入尸体。(2) 阴性结果，可考虑几种可能，检材收集及时否；毒物是否被尸体腐败所分解；检测手段是否灵敏；操作者是否精确、熟练。

⑨制作鉴定书，并由检验人签名，加盖鉴定单位公章后，发往委托单位。

6. 司法精神病鉴定

(1) 概述

司法精神病鉴定是指司法机关委托专门的鉴定机构对被鉴定人作出其精神状态与法律关系判定的一种活动。

司法精神病鉴定的基本任务是解决精神疾病有否及与法律的关系，对被鉴定人的精神状态和有关法律问题做出评定，为司法机关提供科学依据。

在民事诉讼中，司法精神病鉴定的任务表现有：1. 确定案件当事人的精神状态及其民事行为能力；2. 确定案件中有关证人的精神状态及其作证能力；3. 特定事件之后精神失常的性质与事件的关系；4. 对确定精神疾病患者建议

相应的医疗措施等。

鉴定机构是指受司法机关委托对被鉴定人进行司法精神病鉴定的专门机构。目前的鉴定机构有：1. 专门鉴定机构：是指省、市司法精神病鉴定委员会。由人民法院、人民检察院和公安、司法、卫生机关的有关负责干部和专家若干人组成，下设鉴定小组，承担具体的鉴定工作。2. 委托鉴定机构：是指由公、检、法、司和卫生部门有关领导协商一致，委托精神病院、大学中的精神卫生系和法医与精神病学专家共同组成的专门鉴定机构。

司法精神病鉴定的方式主要有：

①门诊鉴定。指委托机关将被鉴定人送往鉴定机构的检查室进行的鉴定。是最常见的方式。

②外出鉴定。鉴定人到被鉴定人所在地进行的鉴定。

③住院鉴定。将被鉴定人送往精神病院或指定特设的机构进行住院观察的鉴定。

④缺席鉴定。根据熟悉被鉴定人的知情人反映的客观资料所进行的鉴定。只要被鉴定人活着且在境内，一般不作缺席鉴定。

(2) 司法精神病鉴定的程序

①委托：司法精神病鉴定由司法机关委托。案件承办人、被告人、被害人、代理人、监护人、民事案件的当事人等有权向司法机关申请司法精神病鉴定，但是否委托，由司法机关决定。委托单位在鉴定前必须收集如下材料：a. 被鉴定人的身份资料；b. 案情简要；c. 鉴定的理由、要求；d. 被鉴定人的个人生活史；e. 被鉴定人的既往病史；f. 被鉴定人的家族史；g. 案情与精神状态的关系（①可疑精神异常的发生时间、原因、表现、过程及诊疗情况；②案情对精神状态影响的意义；③周围对被鉴定人精神状态的态度、意见等)。

②受理：委托单位将提请鉴定的书面委托及其有关案卷材料、收集材料送交鉴定单位后，鉴定单位经初步审查认为基本完备，即接受委托并登记到册。如鉴定单位认为材料不全，可建议委托单位补充，待补充完备后再接受委托。

③鉴定：鉴定单位的鉴定人先须认真审阅鉴定材料，并对被鉴定人进行精神、躯体和神经、心理系统的检验，综合分析，作出鉴定结论，制作司法精神病鉴定书。

④鉴定书：司法精神病鉴定书是鉴定人对被鉴定人的精神状态及有关法律问题作出结论性意见后所制作的书面文件。

司法精神病鉴定书一般包括：a. 一般项目（委托单位、委托事由、被鉴定人身份、鉴定材料、鉴定方式)；b. 案情摘要；c. 被鉴定人既往史资料摘

要；d. 被鉴定人精神、躯体、心理、神经的检验；e. 分析说明；f. 鉴定结论。最后是由鉴定人和鉴定单位签名盖章。

(3) 司法精神病鉴定人的资格、权利和义务

①资格：最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、卫生部颁发的《精神疾病司法鉴定暂行规定》中第13条规定，具有下列资格之一，可担任鉴定人。a. 具有五年以上精神科临床经验并具有司法精神病学知识的主治医师以上人员；b. 具有司法精神病学知识、经验和工作能力的主检法医师以上人员。

②权利：a. 要求委托单位提供所需的案件材料；b. 通过委托单位，向被鉴定人的工作单位和亲属以及有关证人了解情况；c. 根据需要，要求委托单位将被鉴定人移送至收治精神病人的医院住院检查和鉴定；d. 向委托单位了解鉴定后的处理情况。

③义务：a. 鉴定时，应履行职责，正确、及时地作出鉴定结论；b. 解答委托单位提出的与鉴定结论有关的问题；c. 遵守法定的回避原则；d. 保守案件秘密。

(4) 民事行为能力及其它有关法定能力

①民事行为能力

民事行为能力是指公民能够通过自己的行为，取得民事权利、承担民事义务的能力和资格。包括公民进行合法行为而取得民事权利、承担民事义务的能力和公民对其违法行为承担民事责任的能力。《民法通则》将公民的民事行为能力分为完全民事行为能力、限制民事行为能力和无民事行为能力三种。

②责任能力

责任能力是指公民辨认和控制自己行为的能力，即辨认自己行为的意义、性质、作用、后果并加以控制的能力。目前，我国司法精神病鉴定对责任能力采用三分法，完全责任能力、限制责任能力、无责任能力。

③诉讼行为能力

诉讼行为能力主要是指在诉讼过程中，诉讼主体以自己的行为行使诉讼权利、履行诉讼义务的能力。按民事诉讼实践分为完全诉讼行为能力和无诉讼行为能力两种。

④性自我防卫能力

性自我防卫能力是指女性在受到性侵犯时，通过对两性行为的辨认能力所作出的自我防卫反应的能力。

(5) 伪装精神病

伪装精神病是指为了减免法律责任或谋取某种利益而故意伪装精神失常。伪装精神病属于诈病。

①伪装精神病的特点

a. 一定的目的性。

b. 症状的简单性。伪装的精神症状常常简单，易于模仿。

c. 症状的夸张性。伪装的精神症状多带有过分渲染或想像性成分。

d. 症状的反常性。伪装的精神症状不符合疾病规律，多为孤立的，与整个精神活动缺乏联系和协调性。

e. 症状的多变性。

f. 症状的阶段性。

伪装精神病中还应注意两种特殊类型：1. 在原有精神疾病的基础上夸大病情；2. 真正的精神病人，在病态的基础上伪装成精神正常的人，医学上称作“反面伪装”。

②伪装精神病的鉴别

a. 心理学方法：诈病不是精神疾病，要分析其动机、目的，同时运用不同的暗示方法进行观察。还可利用心理测验及生理指标测验寻找伪装的根据。

b. 药理学方法：用麻醉药物使其处于意识模糊状态，在脱离抑制的情况下诱导出实情。

c. 临床观察方法：通过对被鉴定人一段时间的临床观察，发现其伪装精神症状的破绽。这是鉴别伪装最主要的、最常用的方法。

7. 司法审计鉴定

(1) 概述

司法审计鉴定是指诉讼中为查明案情，指派或聘请专业人员，运用审计学原理和会计专门知识，对与案件有关的财务事实依法进行审核检查的一种活动。

①司法审计鉴定的总任务。是确认与案件有关的财务事实，判明是非，为解决经济纠纷提供线索和证据。具体有：a. 确认会计核算资料的真伪；b. 确定行为的性质、时间、手段；c. 确认合同纠纷的责任和数额；d. 确认违约赔偿损失；e. 确认保险财产损失的事实。

②司法审计鉴定的作用。在民事审判中，主要体现在：a. 为诉讼提供证据；b. 为正确处理民事、经济纠纷提供资料；c. 堵塞漏洞，消除隐患，预防经济犯罪，减少经济纠纷。

③司法审计鉴定的对象。主要包括：a. 记载和反映被审单位的财政财务

收支的会计凭证、账簿、报表等以及有关的计划、预算、经济合同等资料；b. 提供被审单位有关经营管理活动信息的经营目标、预测、决策方案，经济活动分析等资料；c. 客观反映被审单位已经发生、正在进行的遗漏或隐匿财政财务收支及机关经营活动资料。

(2) 审计机构、人员和分类

①审计机构。在我国，可分为国家审计机关、内部审计机构和社会审计组织三种。而社会审计组织又分为审计师事务所和会计师事务所。

②审计人员。我国的审计人员包括国家审计机关、内部审计机构和社会审计组织中的全部审计人员。审计人员是以批准注册的审计师、会计师为主，必要时，也可聘请工程师、经济师、律师等专业技术人员。

③审计的分类。按内容和目的不同可分为：a. 财政财务审计。其内容是对被审单位的财政收支、财务收支活动进行审查。其目的是确定被审单位会计资料、报表的真实性、正确性，财政财务收支活动的合法性、规范性。b. 财经法纪审计。其内容是审查各种贪污、侵占国家、集体资财的事项。其目的是维护国家财经法纪，保护国家、集体、个人三者利益，维护社会主义经济秩序。c. 经济效益审计。其内容是审查被审单位财政财务收支及其经营管理活动的经济效益性。其目的是促进被审单位改善管理，提高效益。

(3) 司法审计鉴定的程序

目前，我国诉讼法中只对鉴定做了原则性的规定，对司法审计鉴定的程序尚未具体规定。根据司法实践，司法审计鉴定的程序一般为：

①委托：依案情的需要，司法机关的承办案件人员出具经领导批准后的书面委托书，将书面委托书及有关案卷、资料交由司法审计鉴定的部门，经其审查符合条件，鉴定部门接受委托。

②鉴定：鉴定部门接受委托后，将有关资料交由鉴定人进行司法审计鉴定。鉴定人待收集、审核有关资料后，对证据进行归纳、整理、分析，把审计证据有机地联系起来，形成客观、科学的证据。最后，综合评断，作出鉴定结论，制作司法审计鉴定书。

③签发：司法审计鉴定书经鉴定人签名并加盖鉴定部门印章后，连同委托单位提交的有关资料一并发往委托单位。

(4) 司法审计鉴定常用方法

司法审计鉴定的常用方法可分为审查书面资料的方法和证实客观事实的方法。前者通常称为查账方法，按应用的技术又分为审阅法、核对法、复算法等；按审查资料的顺序又分为顺查法、逆查法；按审查资料的数量又分为详查

法、抽查法。后者一般包括盘点法、调节法、鉴定法等。

现就审查书面资料的方法中主要内容简述如下：

①审阅法（即审阅原始凭证）

原始凭证是各单位一切现金、银行存款、财产物资发生收付增减的凭证，也是藉以记账的依据。其中，审阅现金支付原始凭证的重点是：a. 凭证名称；b. 填制凭证日期；c. 填制凭证单位名称；d. 接受单位名称；e. 经济业务内容；f. 所购物品验收否，支付劳务费用批准否；g. 支付凭证的日期、付款单位、数量、单价、金额等内容有否涂改、挖补、刮擦等迹象；h. 支付凭证号码。而审阅现金收款原始凭证的重点是：a. 收款凭证是否集中管理、领用登记，空白凭证有否整本遗失或被盗；b. 使用的收款凭证号码是否连续，作废的收款凭证是否收回；c. 收款凭证的内容填写是否完整，计算是否正确，书写是否规范；d. 复写的字迹、颜色是否一致；e. 填写收款凭证的日期与收款入账的日期是否相应；f. 是否存在越规定范围、限额收取现金。

②核对法

核对法是指将两种或两种以上的相关书面资料相互对照，核查其内容是否一致，计算是否正确的一种方法。一般采用如下方式：

a. 记账凭证同所附原始凭证核对，账户记录同记账凭证核对；b. 原始凭证同原始凭证核对；c. 现金库存账面数与实际数核对；d. 银行存款余额与银行对账单核对；e. 购物付款凭证与实物核对；f. 库存物资账面数与实有数核对；g. 工资劳务费用与收款人核对。

③复算法

复算法常结合审阅法一起进行。运用复算法要注意：1. 单张单项的收付款凭证要复算数量乘单价是否与开具的金额相符；2. 单张多项、多张多项的收付凭证要复算各项明细金额数是否与合计金额相符。

(5) 对司法审计鉴定书的审查

委托单位收到司法审计鉴定书后，须对鉴定书认定的鉴定结论进行审查，以判断其可否作为定案的证据之一。

a. 审查鉴定书内容是否完整，结论是否明确，附件是否齐全。

b. 鉴定人是否按程序进行鉴定，审计过程是否科学、全面。

c. 鉴定中所依据的财政财务资料是否可靠。

d. 鉴定书中提供的资料是否充分，推断是否合理，有无相互矛盾之处。

e. 司法审计部门和鉴定人是否符合法律法规的要求，特别是鉴定人是否属于法定回避人员。

8. 实物价格鉴定

(1) 概述

实物是指具有实际应用呈相对静止状态的客观存在的物质。

实物价格是指凝聚在实物上的社会必要劳动的货币表现。

实物价格鉴定是指接受司法机关委托的鉴定人，依据国家价格管理法规、财产折旧办法、核价原则及计价方法，按照特定的程序、方法，对价格不明或难以确定物品的现存实际价值进行核实，以书面形式作出鉴定结论的一种活动。

①实物价格鉴定原则。是指在实物鉴定时所必须遵循的准则。其包括：

a. 真实性原则。要求实事求是，从实际出发，按客观规律办事。

b. 科学性原则。要求根据具体的鉴定目的和不同的鉴定对象，运用科学的方法，选择恰当的标准，制订科学的方案，以保障实物鉴定结论的准确、合理。

c. 合法性原则。要求实物鉴定全过程必须遵循国家的有关法律、法规和各种规章制度，严格依法办事，特别是严格按国务院的规定程序、准则、方法办事。

d. 公正性原则。要求鉴定人公正无私，不偏袒任何一方。

e. 专业性原则。要求鉴定人具有相关的专业技术理论和实际工作经验。

f. 匹配性原则。要求实物鉴定价格标准的确定、方法的选择，必须严格与鉴定的特定目的相匹配。

g. 贡献性原则。实物中往往有积极部分和消极部分之分，若抽出其中积极部分，其他部分就会出现贬值。实物鉴定要求将其消极部分计入积极部分的交易成本，使这些损失从积极部分交易价格中得到补偿。

h. 可行性原则。要求在坚持真实性和科学性的前提下，使鉴定操作方法简便易行。

凡是价格不明或价格难以确定的物品，都必须进行价格鉴定，办案人员不得擅自定价，更不得抬级抬价或压级压价，也不能不加分析地按原物进价或账面价计算。未经鉴定的擅自估价，不具有证明效力；若价格明确的物品，也须取得当时、当地市场销售价格证明后，再按有关规定计价，可不作鉴定。

②实物计价方法。根据国家有关规定，结合司法审判实践，实物计价方法可归纳为：

a. 属于国家定价和国家指导价的物品，应按当时、当地国家规定价格或指导价格的最高限价以内计算。国家定价的物品，若在合同约定期限内国家价

格调整时，按履约时的价格计算；若逾期履行的，按不利逾期履约一方的价格计算。

b. 属于市场调节的物品，应按当时、当地市场零售价的中等价格计算。若当事人约定物品的价格不违反国家有关规定的，可按约定价格计算。

上述 a.b. 项中的物品若陈旧或残损，还应根据该物品的残旧程度，比照重新购置价折算。

c. 生产领域的产品、成品，应根据其不同价格形式，分别计算；半成品可根据其在生产过程中实际所处的阶段，比照成品价格计算。

d. 农副产品，按当时、当地农贸市场同类产品的中等价格计算；大牲畜，按当时、当地大牲畜交易市场同类同等大牲畜的中等价计算。

e. 进出口物品，应根据其不同价格形式分别计算。

f. 金、银、珠宝等制作的物品及文物，按当时、当地国有商店零售价计算；国有商店没有出售的，按国家主管部门核实的价格计算。

g. 同类的大宗物品，以多种价格购进的，应根据购进时的价格形式和其所处的收购、批发、零售等不同环节，按当时、当地市场销售价格分别计算；难以区分的，可按此类物品的中等价格计算。

h. 残次品，按主管部门核定的价格计算；废品按物资回收利用部门的收购价格计算；伪劣产品，按其实际价格计算。

i. 已灭失的物品，应按该物品有关原始形态的证据进行其价格鉴定。

(2) 房屋建筑物的价格鉴定

①房屋建筑物的分类

a. 按用途性质分类：最基本的分类为生产经营用和非生产经营用。

b. 按建筑结构的材质分类：

①砖石结构：指由砖、石等用砂浆砌成的结构。

②砖木结构：指建筑物的墙、柱用砖砌筑，楼板、房架采用木材制作的结构。

③钢结构：指建筑物的梁柱、房架等承重构件用钢材制作，楼板用钢筋混凝土制成，墙体用砖或其他材料制作的结构。

④钢筋混凝土结构：指建筑的梁柱、外墙、承重墙、房顶、楼板均以钢筋混凝土制作，隔墙用砖或其他材料制作。

⑤混合结构：指建筑物的梁柱、档板、楼梯为钢筋混凝土，房顶为钢筋混凝土制作，墙体为砖砌。

⑥框架结构：指建筑物的承重结构件用型钢或钢筋混凝土组成，使整栋房

屋的梁、柱形成一个完整的框架式结构，楼板放在梁上，墙体仅起围护作用。

⑦其他结构：指上述以外的各种结构。如竹结构、木结构、竹木结构、简易建筑物等。

②房屋建筑物价格的构成

房屋建筑物价格的构成主要是房屋建筑的造价。造价又包括下列基本要素：

a.建筑成本：指房屋建筑红线以内的基地处理、房屋设计到整宗房屋交付使用过程中发生的全部合理费用。这是房屋价格的主要构成部分。其中包括：(1) 房屋建筑安装工程费；(2) 土地补偿和改良费；(3) 勘察设计费；(4) 管理费；(5) 配套费；(6) 贷款利息。

b.税金。

c.建房利润。

d.其他附加费用：包括人防费和住宅建设市政基础设施大配套费。

e.国家征收的土地使用费。

③房屋建筑物价格的影响因素

房屋建筑物鉴定的特点，就是不但要考虑其本身的成本和实际磨损，还要考虑多种经济、社会和国家政策的影响。主要影响因素有：

a.物理因素：指房屋建筑物本身的自然物理性状的因素，这是决定房屋建筑价格的关键因素。

b.土地因素：房地是不可分割的，土地使用权的出让价格影响房价。

c.环境因素：指在一定区域内的微观环境。环境因素有的是有形的，如交通、道路、绿化、噪音、废气等；有的是无形的，如治安状况、地段开发程度等。

d.经济地理因素：由于我国的政治、经济、文化发展在各地区的不平衡，所以，不同地区经济因素对房屋建筑物价格产生的影响也有差异。

e.政策因素：主要指国家关于房屋建筑物交易政策、税费政策等，也包括有关的金融政策及其他政策。

④房屋建筑物价格的鉴定方法

房屋建筑物价格鉴定的方法很多，其基本方法是市场法、成本法、收益法，只是因鉴定对象、范围和目的要求不同而具体内容和形式不同而已。

a.市场价格类比法。此法又称买卖实例比较法或市场资料比较法。它是房地产鉴定中最重要、最常用的方法。是以市场上相同或类似房屋、建筑物为参照物，参照其交易价格来确定被鉴定房屋、建筑物价格的方法。

b. 重置成本法。是以房屋建筑物或建筑改良物重新建造的费用，扣减综合折旧后求得房屋建筑物价格的方法。

c. 收益还原法。是将房地产的的年纯收益额，按适用的资本化率（亦称还原率)，折算出收益的现值，将各年收益现值汇总作为房地产鉴定价格的方法。

⑤在建工程价格的鉴定

在建工程是指正在施工和虽已完工但尚未交付使用的建筑工程和安装工程。

在建工程价格的鉴定，在正常情况下一般按重置成本法来估价。在建工程的资产可分为在建工程物资和在建工程两部分。以下，主要介绍在建工程价格的鉴定。

在建工程包括已完工和未完工两种。已完工程可参照房屋建筑物价格的鉴定方法。未完工程的价格鉴定方法主要有：

a. 形象进度法。其基本做法是，首先将被鉴定的未完工程根据其构造划分为若干部位，如土建工程一般划分为基础工程、结构工程和装饰工程三个部分。对每个部位，按其预算价格计算出其在工程总预算造价中的百分比，即构成比；然后，根据未完工程各部位在鉴定时的实际完成程度及各部位占工程总预算造价的百分比，求出未完工程的完成进度；最后，用未完工程的完成进度比率乘上工程预算总造价，即可求出未完工程的价格。

形象进度法实际是以工程预算为依据，只有在预算编制比较科学、预算定额比较合理的条件下，使用较简便。

b. 预算调整系数法。这是根据决算与预算差异的经验数据，将未完工程已完工作量由预算口径调整为重置成本的方法。

工程决算与预算的差距，主要由以下各部分构成：工作量差异；建筑标准差异；材料和设备等物耗的量差和价差；间接费计提基数的差异。

c. 重置核算法。这是根据工程的实际进度和现行物价与费用标准，分别确定直接费和间接费，并对不可预见费和预算外费用按实际发生数参照现实条件加以适当调整，以确定在建工程价格的方法。这种方法的重点，是采用现行物价和费用标准核算直接费用。其间接费用可按直接费用的一定标准计算分配率进行核算。

(3) 宝玉石的鉴定

宝玉石是指外观美丽，有光泽、有透明度、有硬度的非金属矿物质及其制品的统称。

在民事诉讼中，常有涉及宝玉石类物品的估价鉴定。故此，宝玉石及其工艺制品的司法鉴定就成为鉴定行为对象中的新项目。

①宝石的一般特征

a. 形态。能作宝玉石材料的矿物（岩石），其形态就是“晶体”和“致密块状”的，一般不能是松疏土状，皮壳状等形态。其中，晶体作宝石者最多；致密块状形态的矿物，以玉石材料为多。所谓致密块状，是指细小矿物集合体，肉眼不能分辨其颗粒界限者。

b. 颜色。宝玉石矿物要求其颜色鲜艳美观，颜色好，是宝玉石矿物首要条件。一般而言，颜色以是否“柔和悦目”和“引人喜爱”为其评价原则。

宝玉石矿物显现各种不同颜色的原因是非常复杂的。一般分为：①自色，是指宝玉石矿物固有的化学成分中的有色元素所产生的颜色；②他色，是指宝玉石矿物的化学组成虽为无色，而由微量色素离子混入所致；③特色，是指有些宝石由于物理因素导致其颜色的现象。

c. 光泽。投射在宝玉石表面的光线被反射就构成宝玉石的光泽。显然，反射力愈强，光泽就愈强。

按强弱程度，宝玉石矿物的光泽可分为：金刚光泽、玻璃光泽、脂肪光泽、蜡状光泽、丝绢光泽。

d. 闪光。这是宝石学的专有名词，泛指宝玉石发亮的闪光，也称“火”。其概念不等于颜色或光泽。

一般宝玉石中常见的闪光可分为：一般闪光、宝光、变色闪光、丝状闪光、七彩金刚闪光、星状闪光、猫眼闪光等。

e. 硬度。是指一种物质对另一物质机械侵入时所表现的抵抗程度。包括耐刻、耐钻、耐压等性质。在宝玉石方面主要指“刻划硬度”。常用摩氏硬度计作为标准。硬度分级见下表。

矿物名称	摩氏硬度级	维氏压入硬度 kg/mm^2
滑石	1	2.4
石膏	2	36
方解石	3	109
萤石	4	189
磷灰石	5	536
正长石	6	795

矿物名称	摩氏硬度级	维氏压入硬度 kg/mm^2
石英	7	1120
黄玉	8	1427
刚玉	9	2060
金刚石	10	10060

测定某一宝玉石的硬度，就是将欲测者与上表中某两级代表矿物相刻划比较，看是否损伤，以定出相对高低。

实践中，还常用铜钥匙作为3度，普通小刀作为5.5度，玻璃片作为5.5度，以辅助测试矿物硬度。

f. 脆性。是指被击碎、压碎、撞碎的难易程度，脆性大是宝玉石重要缺点之一。

g. 解理。是指宝玉石矿物沿一定方向呈光滑平面破裂的能力。这种光滑破裂平面称为解理面。其产生原因是结晶架格中质点的结合力依质点间的距离而转移。

一般把矿物的解理分为：极完全、完全、中等、不完全、极不完全5级。其中，除极完全解理者无宝玉石矿物外，其余4级都可有宝玉石材料。

h. 裂开。是指矿物在受力影响下，因某种原因而沿某一方面破裂的性质。它不同于解理的在于，裂开面不是很平滑，且常只有一个方面发生，而解理则沿该结晶方向，在矿物的各个部分都能发现。

i. 绵纹。是指一种宝玉石矿物晶体中常见的内部"暗伤"裂纹。这不是晶体自身固有的特性，而是在一定质地条件下受外力影响而出现的现象，所以，不是一个晶体到处都均匀分布。

j. 化学性质。化学性质稳定是宝玉石矿物的重要特征。一般，宝玉石矿物在空气中不氧化是起码条件；在酸、碱中及较高温度下，均应不发生任何反应才较理想。

②伪宝玉石的鉴别

宝玉石的真伪，一般可通过其特征进行鉴别。

a. 假钻石。钻石是经过琢磨后的金刚石。而假钻石常用两种物质制造，即玻璃质和人造晶宝石（又称锡兰石）。其特征：①光泽不闪烁；②闪光不光芒；③表面能受损（即"起毛"）；④外观似乎"完美无疵"；⑤微观有造作痕

迹；⑥仪器检测指标不符。

b. 假红宝石。特征：①色浮无宝光；②表面能"起毛"；③内部无绵纹；④内有小气泡。

c. 假闪山石。特征：①多为人工烧制品（又称料或烧料）；②无闪光；③内有气泡。

d. 人造祖母绿。特征：①色不鲜艳，如绿玻璃；②无光泽；③内有小气泡；④内部绝无直线状的"蔗渣纹"绵纹；⑤有裂纹、有杂质。

e. 料翠。即伪劣翡翠。

评价翡翠及其制品，一般从"翠（一种绿色）、"水"（其质地）、"地"（除翠以外的其他颜色的部分）、"完美度"（指裂纹、杂质、痕迹等缺陷的程度和重量大小的合适与否）四个方面衡量。

料翠的特征：①多为玻璃质、赛璐珞、硬塑料等质地的东西人工烧制品，即料或烧料；②比重较轻（2.5 左右）；③颜色绿得"一片过"，色过分均匀，有的则"翠"、"地"分离；④表面常有皱纹；⑤硬度较低（5 左右）；⑥内有气泡；⑦敲其声清而脆，似玻璃杯。

f. 人造碧玺。特征：①多为玻璃制品；②色泽不鲜艳；③无闪光；④内有小气泡。

宝玉石鉴定的估价，先须鉴别其真伪优劣，再按国家主管部门的标准核实分别计价。

第二节　民事诉讼证据保全

一、民事诉讼证据保全概述

我国《民事诉讼法》第 74 条规定："在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。"根据这一规定，证据保全是人民法院在证据可能灭失或以后难以取得的情况下，根据诉讼参加人的申请或者依职权通过采取相应的查证技术、措施保存证据或证据信息的一种民事查证措施。

按照《民事诉讼法》的规定，需不需采取证据保全措施，要看证据是否处于以下两种情况之一：一是出现证据可能灭失的情况。例如，民事、经济纠纷案件的现场在发案后因生产、生活需要或自然因素影响，可能被破坏而丧失证

明作用；证人因受伤或疾病可能死亡而丧失重要证言；某些化工产品因超过保管期而丧失质量鉴定作用等等；二是出现证据可能以后难以取得的情况。例如，书证、物证可能要被邮运出境；肇事船舶可能要驶离我国水域等等。凡是具备上述情况之一的，就可以采取证据保全措施。

具体采取证据保全措施可以根据诉讼参加人的申请，也可以由人民法院依职权主动进行。诉讼参加人包括当事人、共同诉讼人、诉讼代表人、诉讼代理人和第三人，其中诉讼代表人包括共同诉讼代表人、集团诉讼代表人两种，诉讼代理人又包含法定代理人、委托代理人、指定代理人三种情况。上述诉讼参加人都有权向人民法院提出证据保全的申请。在审判实践中，因采取证据保全措施可能造成他人财产损失的，应由申请人提供财产担保。人民法院主动采取证据保全措施的，可以责令受益人提供财产担保。申请人拒绝提供财产担保的，除了涉及国家和社会公共利益的情况之外，人民法院可以驳回诉讼参加人的申请或不采取证据保全措施。

在诉讼参加人提出证据保全的申请时，应提交申请书，一般应在申请书上写明：一是需要保全的证据的内容；二是证据同案件事实之间的联系，即证据能证明什么问题；三是对此项证据采取保全措施的理由等。人民法院应及时审查申请人的申请，如果确有必要的应立即采取证据保全措施，如果不应该采取证据保全措施的，人民法院应该作出不予保全的裁定。

证据保全的方法一般是采用相应的民事查证技术、措施保存证据或证据信息。因为被保全的证据种类不同、情况不同，所以，对不同证据采用的保全措施也不同。比如，对书证的保全一般应收集保存原件，不能保存原件的，应进行拍照、复印或抄录。如果书证的纸张、字迹、印文等具有物证意义，应保存原件，不能保存原件的应进行技术、笔迹、印文鉴定，保存鉴定结论；对物证的保全能保存原物的应尽量保存原物，如果不能保存原物或原物不易长期保存，应进行勘验、鉴定，保存勘验笔录或者鉴定结论。如果能保存原物，而原物又不属于易腐、易变质或者有毒、有害物品，应采用科学的方法进行保存；对现场的保全一般应采用现场勘验的方法，用勘验笔录、照片、录音、录像、绘图等技术手段保存现场的证据信息；对视听资料的保全应保存照片底版、录音带、录像带、计算机芯片等，如果不能保存原物的，应进行相应的复制，保存复制件；对证人证言、当事人陈述的保全应通过调查询问、照相、录像、录音等手段保存证人证言、当事人的陈述笔录，以及调查询问笔录、照片、录像带、录音带等。

采取证据保全措施应注意的问题有下列几点：一是证据保全的手段应同证

据保全的任务相适应。选用证据保全手段时应首先弄清被保全的证据是用什么方式承载案件事实信息的，然后从有利于保存证据所记载的案件事实的信息这一保全的根本任务出发，选用适当的保全手段。例如，一份合同书或一份书面遗嘱，如只是具有书证作用，可以采用拍照、复印或者抄录的方法进行保全；如果该书证同时具有物证作用，则应采用鉴定的方法进行保全；二是凡采用鉴定方法进行保全的，应注意按鉴定要求首先确认该证据确属双方当事人争讼的证据，然后才能进行鉴定，保存鉴定结论；三是保全证据应注意保全范围要全面。案件证据是互相联系的，在保全某一证据时，如果不注意同时保全与它紧密相连的其他证据，则可能失去保全该件证据的意义。例如，两辆车相撞后，在采取证据保全措施时，既要对甲车保全，也要对乙车保全，同时还要对现场进行保全。如果只保全一个方面，其余方面的证据灭失以后，被保全的证据也不能全面证明一个完整的案件事实；四是采取证据保全措施要及时进行，要注意节约和安全，防止不必要的损失和浪费。

二、科学技术民事诉讼证据的保全

科学技术民事诉讼证据的保全，是指在科学技术民事证据有可能灭失或者以后难以取得的情况下，人民法院根据诉讼参加人的请求或依职权采取措施，对其加以固定和保护的制度。因为审理涉及科学技术民事证据的纠纷案件，也同其他民事纠纷案件一样，都要经过立案、审理，有的一审以后当事人提起上诉，直至申诉引起再审程序。在此期间，一些科学技术的民事证据由于自然或人为的原因，可能造成消失、损失，必须采取相应措施，加以固定，保存，以有利于案件的审理。一般情况下，科学技术民事证据保全的条件是：一，证据可能灭失。如证据的载体可能自然变质，失效，或者被人为的消磁处理，改作他用、损坏、销毁等。二，以后难以取得。如录音带、录像带的持有人即将出境出国，旅游人员收集、保留的证据等。科学技术民事证据保全的提出，可以在起诉之前，也可以在起诉以后。诉前申请保全的，人民法院认为需要采取保全措施的，应通知申请人在一定期间提出诉讼，起诉后申请保全的，由人民法院审查决定。不服保全裁定的，可以向作出保全裁定的人民法院申请复议一次。复议期间，不停止裁定的执行。

科学技术民事证据的保全同其他民事证据的保全相比，有很多相同的地方。一是保全的条件相同，都是可能消失或者以后难以取得；二是保全的提起相同，都是依当事人申请或者人民法院依职权提起；三是保全的程序相同，都是可以诉前也可以诉后提出；四是保全的目的相同，都是为了有利于案件的顺

利审理。当然，也有不同之处。例如：保全证据的类型不同。科学技术民事证据保全的大多为视听资料，很少涉及其他类型。又如：保全证据的方法不同。由于科学技术民事证据具有物理、化学方面的物质特性，所以证据保全需要遵循其科学原理，必须采用相应的技术手段和严密的管理制度进行证据保全。

由于科学技术民事证据的特殊属性，证据保全过程还要特别注意把握以下两点：

第一，运用科学技术设备，原始原貌固定保存。

科学技术的民事证据尤其是视听资料，大多是一些磁性物品，容易发生自然消磁现象。根据试验，只要带有强磁性的物体从保存证据的柜前经过，就会导致磁带软盘消磁。温度、湿度、光线也会使磁带、软盘变质，直至所证明的案件事实化为乌有。还要注意保密和防止人为的剪辑、拼接、复制和更换。因此，应当运用科学技术设备，包括防磁抗磁设备，除湿设备，恒温设备，密闭设备等，并注意设备使用过程的监测与保养，保证设备的正常运转。同时，建立健全制度，严格管理使用手续，完好地保持证据的本来面貌。

第二，灵活运用保全措施，注重保全社会效果。

有些科学技术的民事证据，例如涉及专利、商标等纠纷案件的证据，其既具有证明案件事实的证据性质，又具有生产设备和技术产品的财产性质。采取证据保全措施，可能影响技术成果向生产力方面的转化，或者影响技术产品的经营销售。因此，可以根据保全的对象，采取灵活的保全措施。如对技术设备，可以照相、摄像保全，对实物可以就地保全，但允许在可能范围内，不影响案件审理的情况下，继续运转工作。对技术产品，照相、摄像存卷以后，可以准许继续售完，尽量避免国家资财的浪费，尽量发挥社会财富的经济效益。

第三节 民事查证的一般方法与步骤

民事查证方法是指人民法院在审理民事、经济纠纷案件中运用查证技术、措施收集和调查民事证据的工作方法和工作步骤。

民事查证技术是审判人员进行查证工作的基本技能，民事查证措施是审判人员进行查证工作的基本手段，而民事查证方法则是审判人员运用查证技术、措施完成查证任务的方法和步骤。

民事、经济纠纷案件具有种类繁多，案情各异的特点。每一类案件、每一种案件、每一宗案件都有各自的特点，因此，查证方法是千差万别的。但是，

所有民事、经济纠纷案件都属于民事类型的案件，都适用同一的民事诉讼程序，因而，这些案件在查证工作方面又有一般的、共同的查证方法。本章的任务就是研究、探讨所有民事、经济纠纷案件查证方法的一般规律，从而再用从各个具体案件查证工作中抽象出来的一般规律去指导每一个具体案件的查证实践。但是，这里有一个问题应当引起注意，民事查证的技术、措施是法定的，是相对固定的，而民事查证的方法，即运用查证技术、措施的方法和步骤则是灵活的，也就是按照具体情况具体分析的原则，针对不同案件的不同情况灵活运用查证的一般规律去指导对具体证据的审查判断。

本章对民事查证方法的研究是按查证方法包括的内容分部分进行论述的，一部分是关于民事证据的收集和审查判断；一部分是关于查证工作的一般步骤。

一、民事查证的一般方法

民事查证工作作为人民法院收集和调查民事证据的一项具体的审判活动，表现为从准备到实施、再到获得全部证据的一个完整的工作过程。在这个由不同阶段、不同内容组成的完整的工作过程中，进行每一个阶段、每一项内容的工作都有各自的方法，但是本章只就主要阶段、主要内容的查证工作方法进行阐述。这些方法包括：一是进行查证工作的思想方法和工作方法；二是制服伪造、隐藏证据行为的方法；三是审查判断证据的方法。

（一）进行查证工作的思想方法和工作方法

在整个民事查证工作中人民法院的审判人员始终处于主导地位，他们既是现场指挥员，又是战斗员，他们随时随地都要研究面临的查证任务，并根据查证工作的需要和可能对选择哪种查证技术、措施完成查证任务作出行动决策，而正确地决策依赖于用正确的思想方法去分析判断面临的任务。查证工作的思想方法和工作方法就是指导审判人员在查证工作中审时度势，根据需要和可能正确选择查证技术、措施完成查证任务所必须遵循的思维、决策规律。这些思想和工作方法主要包括：正确地认识和划分当事人的举证责任同人民法院的查证责任；调查工作与研究工作交替进行；科学地安排工作顺序；收集证据与学习法规同步进行这四种基本方法。

1. 正确认识和划分当事人的举证责任同人民法院的查证责任

在查证的实施阶段，首先应解决证明责任的承担问题，即明确哪些证据应由当事人负责举证，哪些证据应由人民法院查证。目前，在划分证明责任方面存在的主要问题是忽略当事人的举证责任。表现为受理案件之后，审判人员对

证明责任的承担问题不注意进行认真地研究和分工，当事人能提多少证据就算多少，剩下的就自己去查，形成“当事人一张嘴，审判员跑断腿”这样的局面。造成这一问题的原因除了法律规定不够完善之外，主要还是一些审判人员对我国民事诉讼法规定的证明责任缺乏正确的认识，他们分不清当事人举证责任同人民法院查证责任之间的关系，因而，在实践中就出现了偏差。为了解决这一问题，必使审判人员先从理论上对证明责任的概念及承担原则有一个正确的认识。

证明责任是指谁对案件事实有提出证据加以证明的义务。我国民事诉讼法规定的证明责任是双重的，即当事人对自己主张的案件事实负有证明责任，人民法院对全案事实负有证明责任。当事人的举证责任同人民法院的查证责任是有根本区别的：（一）从证明责任产生的根据上看，当事人的举证责任是依据诉权产生的，它是当事人提出诉讼主张时相应产生的一种诉讼义务。这种义务来源于主张，主张多义务就多，主张少义务就少，不提主张就没有义务；而人民法院的查证责任是依据审判权产生的，只要审理案件就负有查明案件事实的义务。（二）从证明责任的义务范围来看，当事人举证责任的义务范围仅仅是限于他的主张范围，超出其主张的范围，他就不负有举证责任；而人民法院的查证范围不仅包括当事人主张的范围，而且包括当事人主张以外的全部案件事实。（三）从不履行义务的后果看，当事人对自己的主张不举证（不包括不能举证）时，举证责任人就要承担败诉的法律后果；而人民法院不履行查证义务，不是对当事人的败诉承担责任，而是要对造成错判承担工作失职的法律后果。

根据我国民事诉讼法中规定的证明责任制度，对于当事人主张的这一部分事实，实际上存在着当事人举证和人民法院查证并存的双重证明责任，但是，两者不是简单的并列关系，而是在证明顺序上有先后之分，在证明关系上有证明与再证明之分的。即当事人对自己的主张负有首要的证明义务，当他不能取证时才由人民法院去查证，如果当事人举出了证据，人民法院则负有对他举出的证据进行审查、验证的义务。

根据上述分析，人民法院的查证任务包括下述三个方面：第一，属于当事人举证责任的范围，但由于客观原因，当事人不能举证的。如证据在外地，相距很远，当事人又行动不便时，应由人民法院取证；第二，当事人举证范围以外的证据；第三，对当事人提供证据需要加以证明的情况。

所幸的是，尽管我国民事诉讼法对于当事人举证责任和人民法院的查证责任规定笼统、原则，但是最高人民法院关于适用民事诉讼法的有关问题的意见

中，对此问题进行了解释，（具体内容，我们已在第三编第八章中进行了阐述，这里不作赘述了。）这为我们实际工作提供了权威性的依据。但我们也不能忽视主观的问题，对证明责任划分除理论上不清之外，也还有其他认识问题，比如，担心当事人举证质量差、容易出现伪证、不去细核不放心，也有的人担心当事人未必能及时提供证据，会拖延案件的审理时间等。如果不从主观上澄清认识，很难改变人民法院在查证方面疲于应付的被动局面，因此应对此引起足够的重视。

总之，人民法院的审判人员在开展查证工作的时候，应当按照民事诉讼法的规定和最高人民法院的有关解释对查证任务进行分析，凡属于应当首先由当事人举证的，就及时责令当事人举证，由当事人为自己的主张搜集、取证。凡属应由人民法院查证的，由审判人员采取民事调查、民事询问、民事勘验或民事鉴定措施去调查和收集证据。

2. 调查与研究工作交替进行

收集和调查证据的过程就是审判人员对已经发生过的案件事实的认识过程。审判人员查明案件事实应带着问题去做调查工作，收集到证据以后对证据由表及里、由此及彼、去粗取精、去伪存真地研究分析，发现疑点后再去调查，收集到证据以后再进行研究，这一过程交替地、反复地进行，直到收集到全部证据，彻底地查明全部案件事实为止。调查研究不能走过场，要树立求实的、公正的、艰苦的工作态度。所谓求实，就是在调查研究中要重证据、重事实，力戒凭主观臆想进行猜测、推断，把调查研究的根基牢牢地扎在事实的土地上；所谓公正，就是调查研究工作不偏袒，不以个人好恶为转移，不管是符合自己预料的，还是不符合自己预料的证据都要收集。不管是顺耳的还是逆耳的情况都要作如实记录；所谓艰苦，就是进行调查研究工作要有吃大苦、耐大劳的精神。一件真实的证据往往要经过反复调查取证、反复辩论、反复推敲才能被选择出来，在这一次又一次的反复过程中，审判人员一定要具备坚强的毅力和吃苦耐劳的精神。在查证工作中，任何懒惰、侥幸心理都可能会导致错证、漏证，从而酿成冤、假、错案。

总之，调查工作与研究工作交替进行，忽视了调查，研究工作就会脱离客观实际，成为主观臆测；忽视了研究，调查工作就会失去准确的目标，影响查证的效果，就可能走弯路。只有采取调查与研究工作交替进行的查证方法，才能少走弯路，使查证工作步步前进、层层深入，从而用最少的代价获取最大的工作成果。

3. 科学地安排工作顺序

查证工作是一项内容繁多、情况复杂的工作，特别是遇到一些复杂、疑难案件的时候，查证任务往往呈现出纷繁缠绕、杂乱无序的局面，要在一团乱麻中理出头绪，做到处惊不乱、有条不紊地开展查证工作，就必须学会科学安排查证工作顺序。

科学、合理地安排查证工作有多种方法，常用的方法有三种：抓主要矛盾、因果分析、分解综合。

(1) 抓主要矛盾的工作方法

马克思主义哲学认为，任何事物都是由既相互对立又相互统一的矛盾组成的。在这些矛盾当中并不是都对事物的存在、发展起决定作用，总有一些矛盾起主要作用，有些矛盾起次要作用。哲学上把事物中决定着存在、发展方向的矛盾，称作主要矛盾，人们认识事物、处理问题，前提条件就是能认清主要矛盾，主要矛盾解决了，问题就解决了（当然又会出现新问题）。具体到民事查证工作，在对一个案件进行审理时，就要查清案件事实，排除疑点，这当中会有许多矛盾，我们就要对它们进行分析，找出其中起主要作用的矛盾，主要矛盾解决了，就朝着查清案情迈进了一步，这时候没有解决的次要矛盾或新出现的矛盾会上升为主要矛盾，这时候还要围绕主要矛盾工作，直至将全部案件事实查清为止。

用抓主要矛盾的方法安排查证工作能使查证工作重点突出、方向明确，避免眉毛胡子一把抓、手忙脚乱，从而收到事半功倍的成效。

(2) 因果分析的方法

运筹学是研究工作方法论的学科。运筹学中的因果分析法是把一个复杂事物中的若干个要素按因果关系排列出来，然后按各要素间的互相制约关系决定解决问题的顺序。一个案件的查证工作也是由若干项具体工作组成的，在安排工作先后顺序的时候，也可以把各项具体工作作为一个个要素抽出来，然后按因果关系进行排列，使第一步工作能为第二步工作提供条件，第二步工作又能为第三步工作提供条件。这样有序地、按部就班地进行查证工作，能避免重复劳动，减少工作量，使整个查证工作节奏和谐、有条不紊、周密细致、科学合理，从而明显提高工作的质量和效率。当然，在实践中不能教条化，第一步查证工作陷入僵局，也可以从下一步搞起，再反过来解决难题，而不能坐等条件，延误审理。

(3) 分解综合的方法

分解综合的方法是一种逻辑分析方法，它的基本原理是：对一个复杂的事物，可以分解为若干个要素来认识，对一个完整的事物，可以分解为若干个部

分来认识，这就是分解法；所谓综合法就是对于若干个有相同特点的事物，可以找出它们的共性，“合并同类项”，从而用统一的方法认识事物，解决矛盾。

分解综合法对于正确分析案情，科学地安排查证工作具有十分重要的作用。一个复杂的案件一般是由若干个简单的问题组成的，因为多种法律关系、多个法律事实、多对矛盾纠缠在一起，使案件就呈现出多头多绪的外在形象。为了把一个复杂的案件查清楚，就不妨运用分解的方法，把全部案件中的每一个问题单列出来，按轻重缓急排成顺序，逐一查证，最后查清全案事实。分解复杂案件的方法主要有三种：①对于一些长期的纠纷可以分成若干阶段进行查证。例如，在一起房屋确权纠纷案件中，双方争议的房屋经历了解放初期、文革、复查登记几个阶段，为了查清房屋所有权归属，审判人员采取了分段查证的方法，很快查明了事实真相；②是对于一些多标的、多原因的纠纷，可以分成若干单项逐一查证。例如，在一起企业财产保险索赔纠纷案件中，投保的工厂有几千种设备、原材料遭受海潮淹没受损，受损财产完好程度不一。因起诉时距受灾的时间已经有一年半之久，受损财产有的已修理后使用，有的未使用，有的已灭失。对于这样一宗复杂案件的查证工作，审判人员采取分解的方法，把几千台设备和其他受损财产按种类、损失程度、现状分为若干单项，逐一查证，最后准确地查明了投保人财产损失的全部事实；③是对于一些多种法律关系交织在一起的纠纷，可以把每一对法律关系分解出来逐对查证。例如，在一起连环式合同纠纷案件中，甲把货卖给乙、乙把货又卖给丙、丙卖货给丁。为了查清全案事实，审判人员按甲乙、乙丙、丙丁三对法律关系分别查证，最后顺利查明了全案事实。分解的方法也就是把复杂的查证工作先进行简化、把笼统的问题具体化、把一般问题个别化。先认识每一个阶段，再认识全过程；先认识每一个局部，再认识全局；先认识每一个侧面，再认识整体。这种查证方法，就能集中优势兵力，逐个解决查证中的难题，积少成多，一步一个脚印，最后查清全部案情。

在查证工作中运用综合的方法也有重要意义，它的基本要求就是把有相同点的若干单项问题集中起来，统一认识、统一查证、统一解决。例如，一宗复杂案件中若干个问题都要用同一种查证措施解决的，应把这些问题归纳在一起，采用一种查证措施一次性解决。这样可以减少重复劳动，提高查证工作的效率，节约人力、物力和时间。

分解法和综合法是经常混合在一起使用的。一个复杂的案件，在分解之后往往又要把同类问题综合起来认识统一查证。分解是综合的前提，只有经过分解才能对复杂的案件包含的问题有具体的认识；综合又是分解的归宿，在对具

体问题认识的基础上，把它们归纳在一起，才能够发现共性，对整个案件有统一的认识，使证据形成一个完整的证明体系，保证查证工作的质量。

4. 收集证据与学习法规同步进行

民事、经济纠纷案件具有种类繁多、行业性强的特点，国家对公民、法人的民事、经济活动设立了许多管理部门，制定颁布了许多政策、法规，随着市场经济体制的建立，规范主体资格与行为的法规会越来越多，再加上经济生活是动态的，法规也免不了修改，因此当事人行为的合法性认定也往往受影响。所以，要查清当事人行为时涉及到的有关政策法规，也是人民法院查证工作的一大任务。在审判实践中，许多政策法规往往并不是普遍施行的，而只在有关部门、行业有效，这些部门、行业以外的人往往不了解这些政策法规。如果作为承办案件的审判人员在审理案件时不了解与案件有关的政策法规，很难正确审理该案件。为了防止这类现象的发生，审判人员在审理每一个具体案件时，在进行民事查证工作时，要注意在收集和调查证据的同时，要向当事人或有关部门、行业的工作人员收集与处理案件有关的政策法规。事实上，查证与运用的法规是密不可分的，寻找的证据总是和法规所要求的法律事实一致的，脱离法规要求去觅证、求证是不可能的。所以，审理案件时，只有一面查证，一面学习、收集有关的政策、法规，才能查明案件事实，保证审判质量。

（二）制服伪造、隐藏证据行为的方法

在民事查证工作中，有时会遇到个别当事人、证人故意伪造或隐藏证据的情况，本节结合有关的理论研究成果和审判实践经验，介绍几种主要对策。

1. 利用矛盾，各个击破

在民事、经济纠纷案件中，当事人、证人伪造或隐藏证据的动机主要是为了保护自己的非法利益。但是，当事人之间，当事人与证人之间，证人与证人之间利益或关系总是不平衡的，总是有矛盾的。利用矛盾、各个击破的策略基础就是建立在当事人、证人以及他们相互之间利益不平衡的事实之上的。正是由于相互关系上有矛盾，他们才不是铁板一块，经过审判人员剖明道理，他们之中有些人当认识到伪造或隐藏证据的法律责任超过自己的非法利益的时候，一般就能如实地提供证据。

在实施利用矛盾、各个击破的策略时，审判人员可以利用的矛盾，一般有下列几种：（一）两方对立的当事人之间的矛盾。民事、经济纠纷案件都属于当事人之间的权益之争，一方当事人极力隐匿、伪造的证据，正是另一方当事人极力寻求、揭露的证据，而作为案件事实的证据又是在当事人之间民事、经济交往活动中产生的，一般都是双方知晓的。审判人员在查证中遇有一方当事

人伪造或隐藏证据的情况时，应注意向对立的另一方当事人进行调查了解；（二）同一方当事人中各派之间的矛盾。在共同诉讼中或者无独立请求权的第三人参加的诉讼中，或者法人参加的诉讼中，共同原、被告之间、具有帮助诉讼关系的第三人与原告或被告之间、在法人的法定代表人与别的工作人员之间，都可能存在内部利益矛盾，这些矛盾都可以被审判人员利用，从而攻破伪证、匿证防线；（三）当事人与证人之间的矛盾。伪造或者隐藏证据的证人一般都是与当事人有某种依存关系的人，但是证人中有的与当事人原告或被告一方存在矛盾，有的在发生诉讼后为分担内部责任会发生一些新的矛盾，有的还会在伪证活动败露后为承担法律责任发生矛盾。这些矛盾也是可以被审判人员利用来攻破伪证、匿证防线的；（四）证人之间的矛盾。一个案件如果有两个以上的证人，他们各自与当事人之间的关系是不均衡的，他们之间的关系也未必一定和谐，这样，证人之间的矛盾也是可以被利用的。

总之，在民事、经济纠纷诉讼中，当事人、证人及他们之间的利益不平衡、不一致是客观存在的，在发现他们之中个别人有伪证、匿证行为的时候，审判人员要细心观察和分析他们之间的矛盾，并恰当地利用这些矛盾，从而揭露伪证、揭示隐证，最后获取真实的证据。

2. 寻找空隙，攻其不备

故意掩盖事实真相的当事人、证人一般在诉讼前或诉讼中对不利于自己或与自己有利害关系的人的证据都要设立或疏或密的屏障，例如，在知情人间统一口径、订立攻守同盟等。审判人员要获取真实的证据，就要寻找他们设立的屏障的空隙和薄弱环节，以出其不意、攻其不备，突破他们设置的防线。寻找漏洞、薄弱环节的方法主要有下面几种：（一）寻找伪造、隐匿证据的人不能控制的证据存留处所。例如，已经收入档案的书证，已经和伪造、隐匿证据的人分道扬镳的证人等；（二）寻找伪造、隐匿证据的人因认识疏漏或时间紧迫等原因未来得及掩盖的其他线索；（三）寻找伪造、隐匿证据的人防卫体系的薄弱环节。有些故意隐瞒真实情况的人在与他人订立攻守同盟时，因为当时考虑不周，所以在细节上未完全统一口径，或者有的同盟人对掩盖意图、重点缺乏一致认识，这些偶然性都可能使他们的防线出现薄弱环节，审判人员在查证中应做仔细调查，发现缺口，穷追不舍，以获取真实的证据。

3. 运用心理矛盾，揭露伪造、隐匿行为

民事查证中运用心理矛盾在这里是指针对伪造、隐匿证据的人的心理特点，通过加强其伪证恐惧感迫使其供述出真实情况的司法心理战术。

任何隐瞒真实情况或作虚假证明的人，都有害怕被揭露真相后需要承担道

义上或法律上责任的心理恐惧感，这种心理压力会使其表现出多疑和矛盾的心理特征。针对这一心理特征，审判人员可以采用布疑阵和扩大矛盾两种心理圈套，加大其心理压力，迫使其说真话。

布疑阵就是在接触有伪造、隐匿证据行为的人时，向其若隐若现地展示已掌握的证据，使其加大对自己设立的屏障的怀疑，在政策法律威慑下被迫说出真实情况；扩大矛盾就是在掌握了一定证据的前提下，先不揭露其虚假的供述，而是有意让其肯定或扩大自己的虚假陈述，当其编圆了谎话之后，再用已掌握的证据揭露其陈述中的矛盾，让其做详细的解释，使其陷入不能自圆其说的窘迫境地，加强其心理压力，迫使其如实陈述。

心理圈套作为一种司法心理战术同逼供、诱供等违法取证手段是有本质区别的。首先，两种方法的思想基础不同。逼供、诱供是建立在唯心论的思想基础上的，它是查证人事先不做艰苦的努力，手里没有真实证据，却又主观猜测、臆想而采用的一种主观主义的取证方法；心理圈套是建立在唯物论思想基础之上的，它是在经过深入调查并已经掌握了一定的真实证据之后，在原有基础上进一步扩大战果的一种科学取证方法。其次，两种方法使用策略性质不同。逼供、诱供使用的是违法的、反科学的恐吓、欺骗手段；心理圈套使用的是合法的、科学的心理学和逻辑学的科学原理。再次，两次查证方法后果不同。逼供、诱供因为缺乏事实根据和法律根据，取得的证据往往是虚假的，陈述人往往翻悔；而运用心理圈套取得的证据是建立在原有证据基础之上的，是用科学的方法、合法的方法获取的，因而这些证据具有客观性和科学性、合法性，陈述人是难以随意毁掉的。

运用心理圈套要在掌握了一定数量证据的基础上进行，实施这种方法时不能违背宪法和其他法律侵害他人的民主权利、人身权利，严格按照心理学、逻辑学的科学规律办事，对因此获得的证据，严格依照民事诉讼法规定的查证程序与相关的证据对照、印证，否则，也会滑到逼供、诱供的违法行为行列中去。

4. 说服教育、法律攻心

在同个别当事人、证人伪造、隐匿证据行为作斗争的工作中，采取任何对策都离不开政策法律教育。进行该工作主要有两方面：一方面对法律意识淡薄的人，通过教育能增强他们的法治观念，使他们正确认识自己的法律义务，从而自觉地配合人民法院进行查证工作，积极地向人民法院提供证据或证据线索；另一方面，对那些明知故犯伪造、隐匿证据的人，进行政策法律教育是要他们对违法行为的严重后果有清醒的认识，尽快打消侥幸心理，动摇他们对抗

到底的错误思想，从而使其悬崖勒马，知错改错，如实地向人民法院提供证据。

进行政策法律教育宣传要研究工作对象的心理状态，要讲究方式方法，注意选择适当的时机，讲解政策法律要严肃认真、深入浅出、细致入微，真正用法律打动工作对象的心，使他们经过受教育能真正懂得法律规定的内容，真切领会到法律制裁对他们将造成的利益损失和良心谴责，从而自觉地履行如实提供证据的法律义务。

（三）审查判断证据的方法

人民法院在民事查证工作中，收集到一件证据、一部分证据或者全部证据的时候，都会遇到对证据如何进行审查判断的问题。审查和判断证据实际上是两步既相联系又有区别的工作。审查证据是第一步工作，是指对每件证据的来源、形式和内容进行具体的检查，确认其是否具备证据条件。判断证据是第二步工作，是指对每件证据的真伪进行识别，确认其在证明案件事实中的地位和作用。审查是判断的前提和基础，判断则依赖于审查的结果。

1. 审查证据的方法

对证据进行审查的目的在于确认其是否具备证据条件，能否作为证明案件事实的根据，必须具备关联性、客观性和合法性三个条件。关联性是指证据必须是与案件事实有联系的，必须是源于案件事实过程的。客观性是指证据在内容上必须是真实反映案件事实情况的。合法性是指获取证据必须符合法定程序、证据必须具备法定形式。确定一件证据是否具备诉讼证据的条件，一般应从下面三个方面进行审查：

（1）从证据来源方面进行审查

证据来源有四层含义：①从证据与案件事实的联系来看，证据是来自于案件事实的哪一个阶段、哪一个部分、哪一个具体问题，即证据是与案件事实哪一个情节相联系的；②从产生证据的方式看，证据是直接产生于案件的事实过程还是间接产生于案件的事实过程的；③从提供证据的主体看，证据是当事人、证人提供的，还是人民法院通过其他途径获得的；④从取得证据的方式看，证据是通过什么途径、采取什么方法获得的。弄清证据来源的方法有两个：①从证据本身的记载来认定。例如有的书证本身就记明了书证的制作背景、制作时间、制作地点、制作人和提供信息的人、提供时间、提供地点等情况。②从其他证据提供的情况来认定。例如，当事人提供了一份书面合同，从当事人陈述、证人证言和其他证据中能了解到该合同书的来源情况。弄清证据来源就能明确证据是怎样产生的，是什么人、用什么方式取得的。审查证据来

源对于确认一件证据是否真实可靠、是否具备诉讼证据的条件有重要的意义。例如，一份书面证言如果是由当事人自己写好，事后再迫使证人签字的，这份书面证言就不具备诉讼证据的条件。再如，一份书面遗嘱如果是在被继承人死亡后，由继承人写好后再加盖被继承人印鉴的，这份书面遗嘱也不具备证据条件。

(2) 从证据形式方面进行审查

证据形式是指证明案件事实的证据存在于外部世界的方式。我国民事诉讼法第63条规定了7种具体的证据形式，对于每一种形式的证据，法律规定了它的形式要件，不具备法定形式要件的材料就不能成为诉讼证据。例如，一份鉴定结论要有书面形式，要有鉴定人的签名或者盖章，并且要有鉴定单位盖章证明鉴定人身份。如果鉴定结论缺乏其中任何一个形式要件，它就不具备诉讼证据的条件。形式是为内容服务的，法律对证据规定一定的形式，目的在于保证证据的客观真实性。从形式上对证据进行审查具体作用有三点：①确定证据的类别。分清证据属于书证还是属于物证，或属于其他种类的证据，就能确定证据的类别，才便于根据不同种类证据的具体特点对证据进行审查判断。②确定证据条件。不具备法定形式的证据不能作为诉讼证据使用。③证据形式对证明当事人在民事、经济交往活动中行为是否具有法律上的效力有重要作用。例如，按土地管理法规的精神，一份征用土地的协议如果没有国家土地管理部门在协议书上签署批准意见并加盖公章，该协议就无效。

(3) 从证据内容进行审查

证据内容就是指证据材料所证明的问题。审查证据内容就是要求查明证据证明的问题是否是本案的问题，是否是本案事实本身的问题，是否是本案事实本身真实的问题。审查方法应分三步走：①把证据证明的问题与涉讼的案件联系起来进行分析，确认该证据证明的是否是本案的问题。②把证据证明的问题与涉讼的案件事实联系起来进行分析，确认该证据证明的是否是关于本案事实方面。③把证据证明的问题与全案联系起来进行分析，确认该证据证明的问题与本案的真实事实是否相关。

2. 判断证据的方法

对证据进行判断，目的是确认证据的真伪及其在证明中的地位和作用。分析判断证据也仍然要围绕证据条件进行，但主要的目的在于确定证据的真伪，分析判断证据的方法实质上就是确认一件证据是否符合诉讼证据条件、是否是真实的证据的一整套研究原则和认识规律。这些分析判断证据的原则和认识规律主要有下述几个方面：

(1) 客观公正地分析证据

审查判断证据首先要持客观公正的态度，也就是要持实事求是的态度。在一宗具体的案件中，围绕每一个事实都可能有若干个证据，有否定证据、有肯定证据、还可能有部分肯定部分否定的证据，对于这些证据的取舍，不能先入为主，不能主观武断，而要从它们与本案事实的联系方面、客观性方面实事求是地进行分析。凡是能证明案件真实情况的材料，无论是肯定的、还是否定的都要如实地选择出来作为认定案件事实的根据。审查证据还要持公正的态度，所谓公正就是要求审判人员在审查证据时站在正确行使国家审判权的立场上，既不偏向原告、也不偏向被告，只要是真实的证据，无论对谁有利或对谁不利都要确认其证明力，都要选择出来作为定案的根据使用。

分析判断证据，只有采取客观公正的态度才能不受外界的或自身的主观因素的影响，才能对证据的真伪进行实事求是的判断，从而才能依照事实的本来面目选择出客观的、真实的证据。

(2) 全面、联系地分析证据

每一件具体证据在没有经过审查确认之前，即使是原始证据或直接证据，都可能是完全虚假的或部分虚假的，这就是要求对证据的分析要持全面的、辩证的看法，既看到真实的一面，又看到可能存在的虚假的一面，决不能采取简单的、片面的、轻率的肯定一切或否定一切的方法。另外，证明某一个案件事实可能有若干件证据，这些证据在内容上应当是一致的，如果证明同一个问题的几件证据在内容上不一致，其中必然有真假之分，所以，在分析证据时应当把全案各种证据联系起来进行对比研究，通过对比，才能发现矛盾，鉴别真伪，从而才能从大量材料中选择出真实的证据。

在分析判断证据时只有坚持全面、联系的方法才能克服主观片面的唯心论和形而上学倾向，才能在对比中正确地分析和鉴别证据。

(3) 具体、细致地分析证据

每一件证据都有它的具体特点，因此，分析判断证据要采用具体问题具体分析的方法。即不凭老经验、不带框框，而是针对每一件证据自身特点对其进行认识和鉴别。分析证据要认真细致，对证据的每一个细节问题、每一点矛盾、每一处疑点都不轻易放过。实践证明，很多伪证制造得都是很精密的，要识别伪证，必须有过细的工作态度。只有过细，才能明察秋毫，才能从细微末节处发现破绽，揪住狐狸尾巴，揭穿事实真相。

分析判断证据是一项难度相当大的工作，只有坚持具体、细致的分析研究方法，才能从真伪混杂的材料中挑选出真实可靠的证据。

二、民事查证的一般步骤

民事查证的一般步骤是指审理民事、经济纠纷案时进行查证工作的一般工作顺序。科学、合理地安排查证工作步骤能最大限度地利用人力、物力和时间，能显著地提高查证工作的效率。

民事查证的工作步骤是根据查证工作的内容确定的，民事查证工作的内容按时间先后顺序可以分为三大阶段的工作，即查证的准备阶段、实施阶段和收集证据阶段。根据这一内容，查证工作可以相应分为准备、实施和收集证据三大步骤进行。在每一步工作中又有若干具体的工作内容和工作步骤。

（一）查证准备

民事查证工作是一项法律性、政策性、时间性和艺术性很强的工作，是整个审判工作的基础和中心。“凡事预则立、不预则废”。要高质量、高效率地完成查证工作任务，在开始查证前必须做好充分的准备工作。查证的准备工作主要有三个方面：确定证明对象、确定证据线索和确定查证技术措施和制定查证计划。

1. 确定证明对象

证明对象是指需要用证据加以证明的案件事实。查证工作的目的就是通过收集证据证明案件的事实真相。因此，在查证准备阶段首先要确定证明对象。确定证明对象一般应从以下几方面着手进行：

(1) 根据当事人的争议焦点确定证明对象

当事人在案件中的争议焦点是指在诉讼过程中当事人之间相互争执的事项。简单的案件可能有一两个争议焦点，复杂的案件可能有若干个争议焦点。当事人在案件中提出的争议焦点一般都是事实不清造成的，审判工作的任务就是查明模糊不清的事实，进而才能依据查明的事实判明是非责任，依法解决纠纷。所以，在一般情况下当事人争议焦点的事实应当列为案件查证工作的证明对象。

当事人在案件中的争议焦点一般在起诉和答辩中就能反映出来，但有时随着诉讼的进行，当事人还可能会提出一系列新的争议焦点，遇有这种情况，审判人员应随时注意从当事人新提出的争议焦点中补充新的证明对象。

从当事人争议焦点中确定证明对象不应忽略对争议焦点的审查，能够成为证明对象的争议焦点必须是与案件有关的问题，如果当事人争议的事项不属于涉讼的案件中的问题，则不能将其列为该案的证明对象。

(2) 根据国家干预原则确定证明对象

人民法院审理民事、经济纠纷案件不仅是为了解决当事人之间的权益纠纷，更重要的是通过行使审判权代表国家对当事人的民事、经济活动进行法律监督，用法律手段调整民事、经济秩序，保护合法、制裁违法、揭发犯罪、巩固社会主义经济基础。因此，在确定证明对象时不仅要注意当事人之间争议的问题，而且也要注意根据国家干预原则把当事人在民事、经济活动中是否有危害国家和社会公共利益、是否有违法犯罪行为列为证明对象，并对其展开查证工作。

(3) 根据审判程序需要确定证明对象

我国民事诉讼法对人民法院审理民事、经济纠纷案件的程序作了严格、具体的规定，例如，人民法院对案件的主管和管辖分工问题；当事人的诉讼主体资格和诉讼地位问题等等。这些问题有时也可能成为当事人的争议焦点。但是在大多数情况下，当事人主要是关心他们的实体利益问题，而往往不争议程序问题。当事人对程序问题可能争议也可能不争议。但是，受理案件的人民法院却不能忽视这些问题，否则就可能因违反法定程序而造成错案。比如应由甲区人民法院审理的案件，乙区却受理了，这样乙区因没有管辖权而审理该案件构成违法，裁判不发生法律效力。所以，人民法院在查证工作中应特别注意把涉及程序的问题列为证明对象，如是否是合格的当事人等，主动进行查证工作。

(4) 根据证据间的矛盾或脱节现象确定证明对象

当事人在起诉或答辩中一般都已提供了一些证据，但是，这些证据之间往往有矛盾或者有脱节、不衔接的问题，人民法院应注意把这些问题提炼出来确定为证明对象，通过查证解决证据间的矛盾，补齐脱节的环节，查明全案事实。

(5) 根据查证中发现的新问题确定证明对象

人民法院在对证人或其他有关人员进行调查时，往往会发现一些新的问题，因此，人民法院应随时注意收集和研究新发现的问题，从其中选择出有价值的问题，列为证明对象进行查证。

总之，人民法院在查证准备阶段应认真阅读和分析诉讼材料，把审查中发现的问题提出来列为证明对象进行查证。在确定证明对象时，审判人员的思路应尽量开阔一些，以免因考虑面过窄造成重复劳动或漏查证据。

2. 确定查证线索

查证线索是指有关证据下落的信息。在查证准备阶段，在确定了证明对象之后，就要确定查证线索，即明确到什么地方、找谁去收集和调查证据。寻找证据线索的途径主要有以下几方面：

(1) 向当事人、证人或有关部门了解查证线索

民事、经济纠纷案件的当事人、证人是亲自接触过案件事实的人，在一般情况下，他们都能提供比较准确的查证线索。另外，民事、经济纠纷案件涉及的有关管理部门也较多，有些部门的工作人员处理某类纠纷有很丰富的经验，他们有时也能提供出很有价值的证据线索。所以，审判人员在确定查证线索的时候，应当注意向当事人、证人或有关部门的工作人员进行调查和了解。

在遇有当事人、证人有严重违法犯罪问题或者有伪造、隐匿证据行为的情况下，向他们了解证据线索时应该持慎重态度，如果必须向其了解时，也应采取相应的策略或防范措施。

(2) 通过审阅诉讼材料，从分析案件事实发展过程中涉及的人或事来确定查证线索。

在民事、经济纠纷案件发生和发展过程中，往往会涉及到一些人或事，例如，在货物买卖过程中，订立合同、付款提货、运输等项活动经常要办理很多手续，要涉及许多经办人。民事、经济纠纷案件在发生、发展过程中遇到的这些环节都可能存留一些证据。审判人员在审阅诉讼材料，向有关人员进行调查了解时应注意从中寻找出查证线索。

另外，在查证过程中，随着调查工作逐步向深入发展，还可能发现一些新的证据线索，审判人员应随时注意了解和分析新出现的线索。

在查证准备阶段，收集查证线索思路应当尽量开阔一些，对收集到的查证线索应当进行认真的分析研究，从中选择出那些与本案关系最密切的、最重要的、最有价值的线索优先列入查证计划进行查证。

3. 确定查证技术、措施，制定查证计划

在查证准备阶段，确定了证明对象和确定了查证线索之后，就要确定查证的技术、措施，并制定查证工作计划。

我国地域辽阔，各地情况千差万别，每一个具体案件都有各自的特点，因此，选择查证技术、措施不能千篇一律，而是要根据当时当地的具体情况，根据每一个案件的具体情况，根据需要和可能两方面的因素来选择查证的技术和措施。选择查证技术、措施需要考虑的因素有下述几点：①是要考虑案件的复杂程度。复杂的案件主要是根据案件包括的法律关系多、法律事实变化大、纠纷成因复杂、双方当事人争议有重大原则分歧，或者案件的标的物数量多、金额大等情况。在一般情况下，复杂的案件应采用种类较多或难度较大的查证技术和措施，才能准确、及时地查明案情。②是考虑当事人的条件。主要应考虑当事人提供证据的能力、思想觉悟、法律意识、经济负担能力和对案件所持的

心理态度等因素。当事人条件好的，一般可采用难度较小的查证技术、措施。例如，当事人有条件和能力提供充分证据的，则可以主要采用责令当事人举证的查证措施。当事人有足够的技术力量，又有较高的觉悟和持积极的态度的，遇有需要查证的技术问题时也可以组织他们自行检测，未必一刀切地采取民事鉴定措施。③是要考虑国家和社会公共利益。有些案件在国内、国外有重大影响，或者涉及到当事人有违法犯罪行为的，应尽量采用能确保证据质量把握性强的查证技术、措施。④是要考虑到法院的办案条件。我国各地人民法院的办案条件有很大差别，即使同一个人民法院，在不同时期、不同情况下，能使用的办案手段也是可能有差别的。审判人员在确定查证技术和措施时一定要在现有条件下，根据查证工作的需要选择最适宜、最有效的手段。

具体确定查证措施一般应按下列顺序进行：①证据保全。在查证准备阶段，如果遇有证据可能灭失或者以后难以取得的情况时，应当根据诉讼参加人的申请或者由人民法院依职权及时采取证据保全措施。总之，在具备证据保全条件时，为防止案件陷入无法审结的境地，应当将证据保全措施列为首选措施。②民事勘验。在查证准备阶段，凡发现有现场或物证的案件，应及时采取民事勘验措施，以防止因延误时间造成现场或物证的灭失或改变。③责令当事人举证。在查证准备阶段，凡发现那些应当由当事人负责举证的事项而当事人尚未提供充分证据的，应采用责令当事人举证的措施，指令他们依法提供证据。④民事调查、民事询问。对于当事人提供的证据有疑问的、由于客观原因当事人无法举证的、应由人民法院负责查证的及案外单位或个人持有本案证据的等情况，人民法院应采用民事调查和询问措施主动地去收集和调查民事证据。⑤民事鉴定。凡是有通过其他查证手段不能解决的专门性问题时，应采用民事鉴定措施，由人民法院交由有关部门指派有专业知识的人进行鉴定，查明事实真相。

在明确了证明对象、查证线索和查证技术、措施以后，就要着手制定查证工作计划。查证工作计划的内容应当根据查证工作的繁简程度确定，一般应该包括以下几项内容：①查证工作的任务。即通过查证工作要收集哪些证据，证明哪些问题。②查证的途径和手段。即到什么地方、找谁去收集和调查证据，用什么措施去获取证据。③实施查证工作的步骤、策略和注意事项。制定查证计划的基本要求主要有三点：①计划内容要力求周密、细致、全面，尽量避免失误和疏漏。②措施要切实可行，工作方法、步骤要有科学性，要保证查证的质量和效率。③设计的查证策略要有针对性，要注重效果，不能故弄玄虚，不能走形式，不能摆花架子。只有在充分准备的基础上，经过通盘考虑精心设计

出查证计划，才能对查证工作的实施起到科学的指导作用。

（二）查证实施

经过充分的准备以后，民事查证工作就进入了具体实施的阶段。在实施阶段要解决的主要问题是查证工作的步骤问题，即先查哪些方面的证据、后查哪些方面证据的问题。查证工作步骤作为工作程序是为工作内容服务的，因此，确定查证工作步骤的依据是查证工作要完成的工作内容。

审理民事、经济纠纷案件一般要查明四个方面的事实：一是要查明当事人的诉讼请求是否属于人民法院管辖和受诉人民法院管辖的事实；二是要查明当事人诉讼主体资格和诉讼地位的事实；三是要查明当事人在诉讼的民事、经济活动中行为性质和行为效力的事实；四是要查明当事人争议的实体民事权益的事实。上述四方面的事实中前两项属于程序上的事实，后两项属于实体上的事实。从程序和实体的关系来划分，应首先查程序上的事实后查实体上的事实。在程序上的事实中，管辖问题对当事人的诉讼主体资格和诉讼地位具有决定的意义，所以，应当先查有关管辖问题的事实。在实体上的事实上，当事人行为性质和行为效力事实对当事人争议的民事权益具有决定的意义，所以，应当先查有关当事人行为性质和行为效力的事实。根据以上分析，民事查证工作的步骤应按下列顺序进行：

1. 查证当事人的诉讼请求是否应由人民法院主管和应由受诉人民法院管辖的事实

民事诉讼中的主管是指人民法院同其他国家机关对各类纠纷案件在管辖范围上的分工。人民法院的主管是指在人民法院内部各级法院、各地人民法院对一审案件在管辖范围上的分工。

决定当事人的诉讼请求是否应由人民法院主管的根据是当事人之间涉讼的实体法律关系的性质和法律对某些特殊种类案件的管辖分工的规定。人民法院主管的民事、经济纠纷案件必须是属于在平等主体之间发生的民事、经济法律关系规定的纠纷。认定一起纠纷案件是否属于民事、经济性质的纠纷应从法律关系的主体地位和内容两方面的事实进行查证。民事、经济法律关系的主体必须是在法律关系中处于平等地位的主体；民事、经济法律关系的内容，即权利义务是根据自愿、平等、等价有偿和诚实信用原则建立的。在查证实施阶段，审判人员应根据上述特征对涉讼的法律关系性质进行查证，经查证认定该涉讼法律关系确属发生在平等主体之间的民事、经济法律关系的，才能由人民法院作为民事、经济纠纷案件进行审理。另外，法律对管辖分工有特殊规定的案件，应按法律规定的条件进行查证，经查证证明该纠纷应由人民法院主管时，

才能予以受理。认定人民法院内部对一审民事、经济纠纷案件的管辖分工应从四个方面的事实进行查证：(1) 查证当事人主体身份的事实。例如，当事人中有外国人的，属于涉外管辖案件，按级别管辖原则应由中级人民法院受理。再如，在离婚案件中，如果被告人是现役军人的，应按特别地域管辖原则由原告所在地人民法院受理。(2) 案由类别的事实。不同案由类别的案件也决定管辖的分工，例如，侵权纠纷案件由侵权行为地人民法院管辖；合同案件由合同履行地或者合同签订地人民法院管辖。(3) 当事人行为地的事实。在一般地域管辖中都是按当事人行为地确定管辖的。(4) 案件影响范围的事实。例如，应由基层人民法院管辖的案件如果案件影响范围大则可能由中级人民法院或更高一级的人民法院管辖。(5) 标的物的事实。如以不动产为争讼标的的案件，一般原则由不动产所在地的人民法院管辖。

总之，查证当事人的诉讼请求是否由人民法院主管，应当查证当事人涉讼的实体法律关系性质的事实。查证当事人的诉讼请求是否应由受诉法院管辖，应当查证当事人身份、案由类别、当事人行为地、案件影响范围和标的物的事实。

2. 查证当事人诉讼主体资格和诉讼地位的事实

当事人诉讼主体资格是指当事人是否具备参加民事、经济纠纷诉讼的权利能力。当事人的诉讼主体资格是根据法律规定的民事主体身份取得的，例如，我国民法通则规定的公民、法人、个人合伙、法人联营组织、农村承包经营户和个体工商户都具有民事、经济纠纷诉讼主体资格。我国民事诉讼法规定的外国人、无国籍人、外国企业和组织在我国领域内参加民事、经济诉讼也具有诉讼主体资格。在一些特殊类型的诉讼中，法律或政策也规定了一些不具有民事主体资格的组织具有诉讼主体资格，例如，在承包经营纠纷案件和租赁经营纠纷案件中，有关法规规定不具有法人资格的某些社会组织作为承包和租赁经营人时也具有诉讼主体资格。因此，审查当事人的诉讼主体资格应当根据法律或政策规定的当事人的身份事实进行认定。

当事人的诉讼地位是指当事人在诉讼中应当属于原告、被告、第三人还是共同诉讼人。在第三人中又可以分成有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人，共同诉讼人也可以被区分成必要的共同诉讼人和非必要共同诉讼人两种。当事人在诉讼法律关系中的地位是由他们在涉讼的实体法律关系中的地位所决定的，例如，原告和被告必须是涉讼的实体法律关系中的主体，当因这个实体法律关系提起诉讼时，先起诉的人就是原告，被原告指控侵犯其合法权益或与其有民事权益之争的一方就是被告；有独立请求权的第三人必须是对已经

起诉的原告和被告争讼的标的有全部或部分请求权的人，无独立请求权的第三人则必须是与原告或被告间存在一定的实体法律关系，并且处理原告和被告间涉讼的实体法律关系时，法律结果必须涉及到他的实体权益的人；必要共同诉讼人必须是在涉讼的实体法律关系中居于一方的共同原告或被告，非必要共同诉讼人必须是与涉讼的实体法律关系属于同一种类的、属于同一法院管辖的、属于同一诉讼地位的共同原告或者共同被告。因此，审查当事人诉讼地位必须从当事人在涉讼的实体法律关系中所居地位的事实方面进行查证。

3. 查证当事人行为性质和行为效力的事实

当事人行为性质是指该行为属于什么法律类型，例如，是民事法律行为还是行政法律行为；该行为是否合法（比如，是合法行为还是违法行为）。查证当事人行为属于何种法律类型应查证该行为在主体和内容上具备何种法律特征的事实。查证当事人行为是否合法，应查证该行为在主体上、形式上和内容上是否有违法的事实。

当事人行为效力是指当事人行为的法律效果。当事人行为效力可以分为三种：第一种是有效行为，即能达到行为人预想结果的合法行为；第二种是无效行为，即达不到行为人预想结果的违法行为；第三种是可变更、可撤销的行为，即可以根据利害关系人的请求由人民法院或仲裁机构予以变更或撤销，并追溯到当事人行为开始的行为。也就是一旦该行为被变更或撤销，从该行为开始起就无效的民事行为。审查当事人行为效力应当查证当事人主体身份、行为的形式和内容是否合法、是否有显失公平或重大误解的事实。

4. 查证当事人诉讼主张的事实

当事人的诉讼主张是指原告的诉讼请求和被告的反驳意见，以及第三人的请求或反驳。对于当事人的主张，应责令当事人举证，当事人有具体困难不能举证或不能全部举证的，可以由人民法院采取其他查证措施收集和调查证据，对当事人提供的证据有疑问时，人民法院也应当采取其他查证措施收集证据对当事人提供的证据进行验证。

总之，在查证实施阶段，人民法院的查证工作应按法院管辖、当事人的主体资格和诉讼地位、当事人行为性质和效力以及当事人争议事项的顺序依次查证。

（三）收集证据

全部民事查证工作的追求目标就是获取真实可靠的民事证据，因此，收集一个案件各种证据的工作是全部查证工作中最复杂、最细致、最艰苦的一项工作。要做好收集证据的工作，必须明确各种证据的概念和特征，必须了解收集

各种证据的途径，同时也必须掌握识别各种证据真伪的方法。

我国民事诉讼法第63条规定的民事诉讼证据有7种，即书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论和勘验笔录。因为各种证据的存在方式、内容特点和证明作用不同，所以，各种证据在概念特征、收集途径和识别方法上都有显著区别。本节根据法律规定和证据理论，并结合民事、经济纠纷案件的查证经验对各种证据的收集工作分别进行阐述。

1. 书证的概念、收集途径和识别方法

书证是指用文字、符号、图画记载人的思想、行为或者事件，其内容对案件事实有证明作用的文件或物品。

书证记载和表达内容的方式一般是文字，但有时也用符号或者图画。书证一般是用纸张书写的，但有时文字、符号或者图画也书写在墙壁、金石、竹木或其他物品上。书证在制作方法上一般是手写，但有时也采用印刷、刻制、镶嵌、剪贴等方法。书证是用它记载的内容来证明案件事实的，如果书证上的文字、符号、图画以及书写所用物品在痕迹形状、质地等方面能够用来证明案件真实情况时，这种书证就同时兼有物证特征。

在民事证据中，书证具有非常重要的地位和作用，它是证明当事人争讼的民事、经济法律关系是否设立、变更或消灭的最为常见、最重要的证据种类之一。在民事、经济纠纷案件中，契据、票证、合同书、信函、文件、账簿等书证都是比较经常使用的证据。

书证按不同的标准可以分为不同的类型。

按书证的制作主体不同，可以把书证划分为公文书和私文书。公文书是指由国家机关或其他单位在行使职权时制作的文件。例如，某地人民政府发布的公告、命令、决议、通告等文件就是公文书。私文书则是指公民、法人等民事主体在民事经济活动中为了记载、表达一定的思想、行为或事件而制作的文书或其他物品。例如，公民、法人间为买卖货物制作的合同书、公民制作的书面遗嘱等等就是私文书。这种划分的目的在于明确书证的来源，掌握收集书证的途径，同时，也有助于正确判断证据的真伪。

按书证在形式上是否具有法定形式来划分，可以把书证分为一般书证和特定书证。一般书证是指不具有法定形式的书证，也可称为普通书证。例如，公民间书写的信函、某单位在报刊杂志上刊登的稿件和广告等就没有法律规定的专门形式。特定书证是指由法律规定了专门形式的书证。例如，男女公民的结婚证书、法人之间订立的书面经济合同书，法律或法规都规定了专门的形式。这种划分的目的在于识别书证的法律效力，凡是属于特定书证的，不具备法律

规定的形式，该书证就不能用作证明某种民事、经济法律关系设立、变更或终止的证据使用。例如，一份书面经济合同，双方没有按经济合同法的规定加盖公章或签名，该书证就不能用作证明双方设立了经济合同关系的证据。

按书证是否直接来源于案件事实过程进行划分，可以把书证分为原始书证和传来书证。原始书证是直接来源于案件事实过程的书证，例如，公民在借贷活动中写的借条、收据，公民在收养活动中写的收养子女的文书等都是原始书证。传来书证是指间接来源于案件事实过程的书证，例如，一份经济合同书的抄本，一份书面遗嘱的抄件等都属于传来书证。这种划分的目的在于明确书证的来源，正确确定书证的效力，并有助于识别书证的真伪。

另外，按书证的制作方式还可以把书证分为原本、正本、副本和节录本，按书证的内容还可以把书证分为报告书证和处分书证等等。这些划分都有助于认识书证的来源，判断书证的内容和识别书证的真伪。

在民事查证中，收集书证的途径主要有三个：（1）是由当事人、证人提供；（2）是由审判人员在民事调查中从档案材料、会计账簿中查找；（3）是审判人员在勘验现场、物证时进行搜集。

收集书证应注意以下几点：（1）是注意审查和记载书证的制作过程和提供时的情况。应注意弄清并记明书证是由谁、在什么时间、地点用什么方式制作，是由谁在什么时间、地点向人民法院提供的，或者是由谁在什么时间、地点搜集的。（2）是对书证内容含混不清的，应通过询问当事人、证人或参照其他证据搞清书证内容的确切含义。（3）是对具有物证意义的书证应收集原件，不能收集原件时应及时对原件进行鉴定，保存鉴定结论，或者采用复印、拍照等方式保存复制件。（4）是对收集的书证复制件应记明复制的方法、时间、地点和复制人，并注明原件的存放处所。

对收集到的书证应进行审查，并鉴别其真伪，确认其证明力。审查鉴别书证的方法有下述几种：（1）是审查书证的制作背景，也就是弄清楚书证是在什么时间、地点由谁制作的。从中可以了解书证是否直接来源案件事实过程，是否与案件事实有客观联系，制作人是否知道、是直接知道还是间接知道案件情况的。（2）是审查书证的形式，也就是弄清楚书证是书写在什么物品之上的，书证上的字迹、印文是否有疑点，特定书证是否具备法律规定的形式，书证是否有物证意义。如果对书写物品的质地、书写的字迹形态、印文特征等有怀疑，应当采用核对字迹、印文等方法对书证进行勘验或进行鉴定。（3）是审查书证的内容，也就是弄清楚书证记载的内容是否真实，是否与案件事实有客观联系。审查书证内容是否真实应当联系该案件中的其他证据进行分析，在鉴别

书证内容时不能肯定一切或否定一切，因为，即使是公文书也可能在制作时有失实的情况，即使是直接来自案件事实过程的书证也可能有虚假的情况。所以鉴别书证的内容一定要结合全案证据连贯起来进行查验、研究。审查书证的内容是否与案件事实有客观联系主要是看书证记载的内容是否是案件事实。

2. 物证的概念、收集途径和识别方法

物证是指以其存在、形态、质量、性能等特征证明案件事实真相的一切物品和痕迹。

物证的重要特征之一就是它与案件事实的客观联系性。在大多数情况下，物证是由人们的作为引起物体发生物理、化学变化形成的，例如，两辆汽车相撞，引起了肇事车辆形态的改变；因操作不当损坏了机器，引起了机器外观或工作性能的变化等等。在少数情况下，物证是由人们的不作为而未改变物品的原有状态形成的，例如，负有修理义务的人未对已损坏的机器进行修理，从而未使已被损坏的机器在外观或性能上有任何改变；负有运输义务的人未将货物运走，从而使货物仍留存在原处所。在这种情况下，未发生变化的物品也是证明案件事实情况的物证。由此可见，只要是与案件事实有客观联系并能证明某种案件事实真相的物品，不论其在存在、形态、质量、性能等方面有无变化，都能成为证明案件事实情况的物证。

在民事、经济纠纷诉讼中，物证也是一种常见的、重要的证据。一件真实的、与某种事实有客观联系的物证比其他证据具有更大的客观实在性，它不仅能用来证明案件的真实情况，而且能用来验证其他证据的真伪。

收集物证的途径主要有这样几方面：(1) 通过勘验现场收集物证；(2) 通过民事调查收集物证；(3) 通过检验书证收集证据；(4) 通过当事人举证收集物证。

收集物证应注意下述几点：(1) 要弄清物证的制作时间、地点和制作人；弄清物证的所有人、使用人和使用、保管情况；弄清物证的提供、收集情况。(2) 与现场有联系的物证还要弄清物证在现场中的位置、形态等情况。(3) 收集物证应采用不损害其证明作用的科学方法。(4) 是对不能收集入卷的物证、易灭失的物证或易腐、易坏的物证，以及在生产、生活中需要继续使用的物证应及时进行勘验或进行鉴定以保全其证明力。

审查鉴别物证的方法主要有下列几种：(1) 审查物证与案件事实的联系。应审查物证的来源，弄清楚其是否来源于案件事实过程。审查物证的来源有时还要通过调查物证的购买手续、账簿、单证等进行验证，有时还可以通过勘验、鉴定等方法进行验证。另外，还要审查在案件进程中物证所处的状况和位

置。只有确认了物证是与案件事实有客观联系的物品或痕迹，才能确认物证的真伪。（2）审查物证的证明价值，弄清物证是以什么特征证明案件事实真相的，弄清物证在证明案件事实真相中有哪些方面的证明作用，以及在案件中证明作用的大小。

3. 视听资料的概念、收集途径和识别方法

视听资料是指储存有能被人用视觉、听觉功能感受到案件事实信息的照片、录音磁带、录像带和电子计算机芯片。

视听资料是随着科学技术发展而出现的一种新类型的证据，它的特点是能形象地储存案件事实声像形态的信息。但是，视听资料也有其弱点，那就是被人为地进行剪接、颠倒或进行其他形态的伪造。

收集视听资料证据的途径，一是由当事人、证人提供；二是由审判人员或其他人员在调查、勘验、鉴定中制作。

视听资料也经常被用来固定或保全证据，例如，对可能灭失、损坏的现场进行拍摄；对病情垂危的病人进行录音等。

收集视听资料资料证据应注意下述几方面：（1）注意弄清视听资料的来源。弄清制作人、制作时间、制作地点、制作方式；弄清是在案件事实发展过程中直接制作的，还是事后翻拍、翻录的或复制的；弄清提供或收集人是谁，是在什么时间、地点收集的。如果是复制件，还应标注原件的存放处所，以备查验。(2）注意对视听资料中不清楚、不明确、不连贯的问题需要通过询问当事人、证人进行了解，弄清视听资料的确切内容；遇有专门性问题需要进行鉴定的，依法交由有关部门鉴定。(3）注意对不易长期保存或以后难以取得的视听资料应当及时采取翻拍、翻录等措施保全。(4）有条件的应尽量将视听资料的内容用笔录、绘图、拍照等方式进行固定，以便收入卷宗，长期保存。

审查鉴别视听资料的方法有以下几种：(1）审查视听资料的制作背景。弄清视听资料是在什么情况下、由谁采用什么方法制作的；是在案件进行过程中制作的，还是复制的，制作人与案件当事人是什么关系，以确定视听资料与案件事实联系的情况。(2）审查视听资料有无剪接、伪造的情况，凡是复制的，应弄清原件的情况。(3）结合其他证据审查视听资料的内容是否与案件事实有联系，是否真实可靠，有疑点时，应采取措施鉴别其真伪。

4. 证人证言的概念、收集途径和识别方法

证人证言是指了解案件事实情况的证人向人民法院所作的关于案件事实情况的陈述。

证人证言的实质是储存于证人大脑中的关于案件事实的信息。由于证人证

言的这一特殊属性，证言的真实性往往受到证人的精神状态、年龄、记忆力、身体状况、理解能力、感知案件事实信息时的注意力方向和证人与当事人利害关系等因素的影响。

证人证言对于查清案件事实有非常重要的意义。首先，证人证言往往是证人对亲眼所见、亲耳所闻有关案件事实的陈述，从而直接为查证提供证据；其次，当事人碍于利害关系可能不如实交待案情，证人证言可以被用来验证当事人陈述及其举证所提供的证据；再次，尽管有的证人证言不是当事人直接接触案件事实所作的陈述，但是却可以为人民法院获取其他证据提供线索、信息等等。为此，审判人员一定要努力获取证人证言，耐心细致地核查证人证言，以利于查清案情。

收集证人证言的途径，一是由审判人员对证人进行询问，二是由当事人或证人以书面或其他形式向人民法院提供证言。

收集证人证言应注意下述几点：(1) 要记明证人的自然情况，记明证人与当事人的关系，弄清证人是如何了解案件情况的。(2) 记录证人证言不仅要记清证人的语言，而且要记清证人的手势、动作和表情，因为人的表意不仅在语言上，很大程度也表现在行为、面貌上。记录时还应注意不仅要记证人的发言、动作，还要记录审判人员的问语。(3) 注意对将要出境或将要到外地长期出差的证人，或者有生命危险和可能丧失作证能力的证人及时采取证据保全措施。(4) 收集证人证言要严格依照法定程序进行。在证人作证前应向其讲明证人的权利和义务；询问中不能搞逼供诱供；庭外询问要个别进行；询问要由审判人员、书记员二人以上共同进行；询问笔录要让证人阅看或向其宣读，然后由其签名或盖章。对于精神状态有争议的人作证时，应对其进行医学鉴定；询问未成年人，必要时由其教师或家长协助。

审查鉴别证人证言的方法有下列几种：(1) 审查证人本身的身体条件、精神状态和同当事人的关系等等，以确定证言的效力和质量。(2) 审查证人感知案件事实的经过。要向证人问清他是在什么情况下知道案件事实的，是亲闻、亲见、亲为还是听别人说的，以确定证言的来源情况。(3) 审查证人陈述时的经过情况。了解证人是用什么形式作证的；是在什么环境中作证的；是否按法定程序收集的证言，有无逼供、诱供等违法情节。(4) 结合案件中的其他证据审查证人证言的真伪。

5. 当事人陈述的概念、收集途径和识别方法

当事人陈述是指当事人向人民法院所作的关于案件事实情况的叙述。

当事人陈述同证人证言一样也是储在当事人大脑中的关于案件事实的信

息。当事人陈述在民事查证中具有很重要的意义。首先，当事人陈述比其他证据容易获取。当事人双方在民事权益上有利害关系，必然会极力证明自己的主张或反驳的合理性、真实性，所以，审判人员一般情况下不需要费多少周折去获取当事人陈述。其次，当事人陈述具有两重性，一方面，当事人一般都是讼争案件事实的接触人，他们最了解事情的真相，当事人陈述有可靠性强的特点；另一方面，当事人同案件有利害关系，出于趋利避害的心理，当事人陈述又有隐瞒甚至编造事实的可能，也就是具有不可信、不可靠的性状。正因为这样，当事人陈述作为一种独立的证据，也要经审查判断。再次，当事人陈述可以有助于鉴别其他证据的真伪，可以把当事人陈述与其他证据互相印证，达到去伪存真的目的。最次，当事人陈述可能直接证明案件事实，从而尽快正确结案，免去审判人员的其他查证工作，节省人力、物力。比如，甲乙双方因债务纠纷诉至人民法院，甲乙双方对债务数额、经过、还款期限均叙述一致，只是乙方借口无钱欲拖账，人民法院在查明无欺骗、强迫和其他违法行为情节时，就可以接受甲乙双方的共同的陈述，判令乙方及时还清欠款，而不必再费力证明债务产生经过、数额等情况了。所以，收集当事人陈述，并对其进行审查判断也就成为审判人员民事查证工作中的一项重要任务。

收集当事人陈述的方法与注意事项同收集证人证言基本一致，但也有特殊情况应当予以注意：在法人作为当事人的案件中，或者在有代理人参加的案件中，陈述人有时不是案件事实过程的亲自参加人，他们所作的陈述一般是向经办人了解来的，遇有这种情况应注意问清他所作的陈述是如何了解来的，是听谁介绍的。

审查鉴别当事人陈述的方法同审查证人证言的方法基本相同，但应特别注意的一点是：当事人是案件的直接利害关系人，因此，要特别注意用其他证据对当事人陈述进行验证，《民事诉讼法》第71条规定："人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。"

另外，在收集和鉴别当事人陈述时应特别注意了解和审查当事人在行为中心理态度方面的事实，这种事实只有当事人自己知道得最清楚，审判人员要用其他证据对此进行验证，弄清这方面的事实，经审查认定以后对于准确、全面、客观地分析案情，对于正确适用法律具有非常重要的意义。

6. 鉴定结论的概念、收集方法和识别方法

鉴定结论是指鉴定人对由人民法院交由的某些专门性问题经过分析、鉴别后作出的关于案件事实的结论性意见。

鉴定结论的基本特点是，它不仅要求鉴定人叙明根据鉴定材料所观察到的

案件事实，更重要的是它要求鉴定人必须在分析、鉴别这些鉴定材料的基础上对案件有关的情况提出肯定或否定的见解。这一特点使鉴定结论同其他证据既有本质上的一致性，又有形式上的区别性。所谓本质上的一致性是指鉴定人所提出的肯定或否定见解是对案件中隐蔽的、普通人难以直观认识的案件事实所作的本质性的揭示，因此，在反映案件真实情况这一证据的本质特征上，鉴定结论同其他证据是一致的，它们都是证明案件真实情况的材料；所谓形式上的区别性是指其他证据是用直接记载的方式证明案件事实，而鉴定结论是用分析结论的方式来揭示隐蔽的案件事实。

审查鉴定结论应注意下述几点：(1) 审查作出鉴定结论所依据的案件材料是否真实可靠，只有鉴定根据是真实的鉴定结论才具有真实的基础。(2) 审查鉴定人进行鉴定所使用的手段是否恰当、科学，只有用科学的方法才能作出科学的结论。(3) 审查鉴定人的技术能力和与案件是否有利害关系的情况，只有鉴定人具备完成鉴定任务的能力并且具有公正性，他们所作的鉴定结论才具有真实性。(4) 审查鉴定结论是否具备法律规定的程序要件。鉴定结论必须有明确的结论性意见，必须用书面形式，必须有鉴定人签名或者盖章，必须由鉴定单位注明鉴定人身份并加盖公章。(5) 要结合案件中其他证据对鉴定结论进行审查鉴别，发现疑点应询问鉴定人或重新进行鉴定。

7. 勘验笔录的概念、收集途径和识别方法

勘验笔录是指人民法院对案件的现场、物证进行实地测量、检验所作的记录。

勘验笔录是人民法院的审判人员在勘验中根据亲见、亲闻所作的记录，它的真实性一般比较大，但是，正是因为它是审判人员亲历的情况，如果当时检验有误，在审查时更易于被忽略。另外，勘验笔录只是对现场、物证情况的外观描述，这些现场、物证是否因为自然原因或者人为的因素有过变化，还是有待于查明的问题，所以，对现场、物证的勘验笔录的审查一定不能忽略。审查鉴别勘验笔录应注意下面三点：(1) 是要注意审查笔录的制作程序是否合法。勘验笔录要记明勘验人、参加人的情况；笔录要由勘验人、见证人和当事人阅看，并签名或者盖章。(2) 是要注意审查笔录的内容。笔录要记清勘验时间、地点、参加人；要记清勘验工作方法、内容和结果。(3) 是要注意结合全案其他证据分析勘验结果是否真实，有疑问时应重新进行勘验。

第四节　民事查证中的质证

一、质证与质证权的概念

对于质证的概念，法学界未能取得一致的看法，可谓众说纷纭。

有学者认为"质证又称对质，是指民、刑诉讼中，就同一事实组织两人或两人以上当面质询诘问的一种讯问和证明形式。"还有人将质证理解为质询、质问，即在民刑诉讼中，司法机关对证人证言、当事人的供述或者陈述，以及在质证过程中，对质一方对另一方的叙述，提出疑点，进行辩驳的诉讼行为。另有人认为质证是审查和核实证人证言的一种方式，或者理解为以交叉询问方式对言词证据的真实性、合法性提出质疑，从而确认其证明作用的诉讼活动。

上述观点部分反映了我国民事审判的实际，有的说明了质证的部分对象，有的说明了质证的基本形式，有的概念是针对刑事诉讼中的质证而作的，未能全面反映我国民事审判中质证的本质。我认为质证，是指在民事案件的开庭审理中，质证主体与被质证主体之间，对法庭出示的证据提出质疑、辩论、核实，由法官当庭确认该证据的证明力的诉讼活动。

质证权，是指质证主体与被质证主体之间对法庭出示的证据提出质疑和辩论的诉讼权利。质证权是当事人的一项重要的诉讼权利，质证也是当事人实现诉权的一种重要手段。当事人在诉讼过程中，通过对有利于另一方当事人的证据提出质疑和辩论，使争议的事实和证据的真伪得以揭示，达到动摇对方所举证据的基础，证明对方所举证据的虚伪，削弱其证明力的目的，以增强自己所举证据的证明力度，为实现自己的诉讼请求服务。

质证的主要形式是对证据的辨认、质疑、解答、证明、辩驳、反驳等，这些活动有利于法官对证据的真实性、可靠性进行审查，排除虚伪的证据，形成自己的内心确信，查清案件事实，公正裁判。

在以往的民事审判中，人民法院不实行直接开庭，立案后办案的程序是：法官阅卷；询问当事人；调查、收集证据；审查、核实证据；拟定庭审提纲；开庭审理；合议，报庭长、院长批准后下判。这种审判方式带有明显的职权主义色彩，法官花费大量的时间去主动收集、调查证据。由于法官在开庭前与当事人过多的频繁接触，为当事人拉关系、搞不正之风留下了机会；而且容易形成法官先入为主，法官对案件尚未开庭审理，但谁胜谁负，早已心中有数；庭

长、院长不参加对案件的任何实际审理，也不参加合议庭的合议，就运用行政权力直接定案。法院内部的“先定后审”、“审者不判”、“判者不审”的情形就是这样产生的。开庭审理流于形式，法庭调查阶段查明的事实没有认定，法庭上没有查明、甚至没有调查的事实反却被认定。质证制度未能在民事审判中发挥应有的作用，法庭在形式上的过场都不做，当事人的权益不能得到有效的保护，质证仅仅是法律的规定而已。这就使本应公开的法庭审判，披上了一层神秘的面纱，让人不可捉摸。

当前，人民法院民事审判改革的重点之一是庭审方式的改革，庭审改革的主要目标是实现直接开庭。直接开庭的目的之一，是限制法官在开庭前调查收集证据时与当事人的频繁接触，禁止法官单独会见当事人。开庭前，法官不接触任何一方当事人，只有在开庭审理时才与当事人见面，当事人在法庭上陈述案情，对自己的主张进行举证，对法庭出示的证据进行质证。质证是开庭审理中的最重要的环节，法官除在庭审中组织双方当事人进行质证外，其主要任务是听证、鉴证、判证、认证，真正起到裁判者的作用。人民法院实行直接开庭，可以防止法官“吃了原告吃被告”的腐败现象滋长；也可以避免法官先入为主的思维模式与偏见，将审判案件的重心转移到听证、鉴证、判证、认证上来，真正做到公正裁判。

人民法院在民事审判中的主要任务是查明案件事实，才能正确适用法律，由于案件的当事人因其与案件的处理结果有利害关系，受趋利动机的驱使，总是向法院提供对自己有利的证据甚至伪造假证，人民法院对当事人所提供的证据必须经过审查核实，才能作为认定案件事实的根据。在开庭审理中，质证是人民法院认定案件事实的前提，是审查、核实证据的一个重要手段。

二、质证制度在我国民事诉讼中的地位

质证制度在我国民事诉讼中的地位是通过它的作用体现出来的。质证制度在民事诉讼中的作用主要表现在以下几个方面。

（一）质证是人民法院认定案件事实的前提

人民法院对案件事实的认定以坚实可靠的证据为依托，而坚实可靠的证据又来源于质证程序的遴选。我国民事诉讼法第 66 条就明确规定：“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证……。”由此可见，质证是人民法院查证证据是否属实的必经程序，因而成为人民法院认定案件事实的前提。

质证程序就其本质而言，就是通过当事人对证据的相互质询而确定证据采信程度的证据遴选程序。证据之所以要经过质证遴选程序，其根本的原因就在

于当事人所提供的证据与佐证案件事实的证据存在着层次上的差异。当事人提供的未经质证的证据实际上是证据材料，这些证据材料要上升为认定案件事实意义上的证据，就必须经过去伪存真的证据遴选程序，即当事人对证据的互相质证程序。在司法实践中，伪证等非法证据的客观存在从另一角度说明了设置质证这一证据遴选程序的必要。

（二）质证是冲突主体实现诉权的重要手段

从法院的角度说，质证是人民法院认定案件事实的前提，因为质证过程就是人民法院确定认定案件事实的依据的过程；但从当事人的角度说，质证则是冲突主体实现民事诉权的重要手段。因为，通过质证一方面可以使证据材料摒弃其“材料”属性而向定案依据方面靠拢；另一方面又为冲突主体展示自己的举证能力并抑制对方当事人的举证力度提供了机会。冲突主体正是利用这一机会极力地否认或削弱对方当事人所举证据的证明力，以达到抑制对方当事人的举证力度并增强自己的举证力度之目的。而在“谁主张，谁举证”的诉讼环境里，冲突主体诉权的实现或满足程度在很大程度上又仰仗于自身的举证力度和对对方当事人举证力度的抑制程度的两方面的因素。在司法实践中，受趋利观念的驱使，冲突主体对案件事实能否朝着有利于自己方面发展的关切程度（即使案件事实是建立在虚假的证据之上）远远胜过于对案件事实本身是否真实的关切。正因为如此，冲突主体便会利用质证这一程序充分展示其举证能力，使案件事实朝着有利于自己方面的认定，从而实现自己的民事诉权。当然，质证程序为冲突主体双方所平等享用，质证过程就是在冲突主体互相对对方举证力度的多次抑制与反抑制中不断地步向高潮的。人民法院也正是利用冲突主体的这种互相抑制与反抑制关系而遴选出能够作为定案依据的证据的。

（三）质证是法庭辩论程序得以顺利进行的基础

法庭辩论是在审判人员的主持下，双方当事人根据法庭调查所认定的事实和经过质证的证据来证明自己的观点并驳诘对方当事人诉讼主张的一种诉讼活动。显然，如果没有经过质证的证据，当事人在法庭辩论阶段就会因失却“子弹”而无法证明自己的主张或驳诘对方当事人的主张。在这种情况下，法庭辩论必然缺乏生气，毫无价值。因此，质证是当事人进行法庭辩论的“弹药库”，是法庭辩论发挥作用的基础。

综上分析，质证是人民法院认定案件事实的前提，是冲突主体实现诉权的重要手段，是法庭辩论程序得以顺利进行的基础。

三、质证的主体

对于质证的主体，法学界有学者认为原告、被告、共同诉讼人、第三人是质证的主体，也就是他们才享有质证权。但另有学者认为"质证可以在证人与证人之间、当事人与当事人之间、当事人与证人之间进行。"尤其是对于人民法院和诉讼代理人能否成为质证的主体，法学界有不同的看法。

引起上述分歧的原因，是确定质证主体的标准。

有学者主张：能否成为质证主体的标准，以该主体是否与案件事实有直接的利害关系为标准，因为与案件事实有直接的利害关系，不仅是质证主体积极行使质证权的动因，而且是质证主体承担质证不能后果的依据。我认为以"主体是否与案件事实有直接的利害关系"作为确定能否成为质证主体的标准，反映了大多数民事案件的共性，但不能以此作为惟一的标准，因为该标准不能完全反映民事审判的实际情况，对有些案件是不适用的。

民事诉讼中不少案件的当事人起诉、应诉是因为其实体权利受到侵害或发生争议，因而案件的处理结果与其有直接的利害关系。但这并不意味着为保护法律规定或他人授权自己保护的民事权益、与案件有间接的利害关系的人就不能成为质证主体。《民法通则意见》第 32 条规定："失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用，债权人提起诉讼的，人民法院应当将财产代管人列为被告。失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的，可以作为原告提起诉讼。"《意见》第 195 条规定："失踪人的其他利害关系人申请变更代管的，人民法院应告知其以原指定的代管人为被告起诉"，这当中的"财产代管人"是为保护代管财产而参加的诉讼，是为了保护他人授权自己保护的民事权益或法律规定应由他保护的民事权益，绝不是他本人的民事权益，他们与案件的处理结果并没有直接的利害关系。又比如清算组织接管破产企业后，以独立的诉讼当事人身份参与诉讼，不是为了保护自己的民事权益，而是为了保护法律规定赋予其应保护的民事权益进行诉讼。死者名誉受到损害的，其配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女等近亲属有权向人民法院起诉。这些案件的处理结果与他们都只有间接的利害关系，而无直接的利害关系，甚至无任何利害关系（如清算组织），但任何人也否认不了他们可以成为当事人。既然他们可以成为当事人，根据法律的规定"证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证"，也就不能否认这些与案件的处理结果没有利害关系的当事人，可以成为质证的主体。基于上述理由，我认为只要是当事人都可以成为质证的主体，而不论其是否与案件有利害

关系。即使是与案件没有利害关系，根据当事人的授权或者根据法律赋予其的职责，也可能成为质证主体或者成为被质证的主体。其理由见下文的论述。

有学者按照主体与案件有无利害关系的标准，认为人民法院不能成为质证主体，其理由是：

1.《民诉法》第66条只规定了当事人对证据互相质证，并没有规定人民法院也要对证据互相质证。

2.质证主体将承担质证不能的实体法律后果，而审判主体不承担质证不能的实体法律后果。

3.人民法院在庭审中对证据的提供者进行质询是基于审判权而实施的行为，究其实质是人民法院调查审核证据的一种职权性行为，而不是质证权的外化行为。

4.质证主体相随于举证责任主体，一般地说，负有举证责任的主体就应当相应地赋予其抑制对方举证力度的质证权，从而成为质证主体，我国法律并没有把审判主体列为举证责任的主体范围，因而也就无须赋予审判主体的质证权，使之成为质证主体。

但另有学者认为，审判主体虽然不是案件实体法律关系的参与者，与案件事实没有直接的利害关系，但法律上赋予审判主体的审判职责足以成为审判主体进行质证的动因。况且，审判主体对错案也要承担相应的责任，因而审判主体应当成为质证主体，否则，审判主体在庭审席上对证人进行质询、对当事人提供的证据进行审核现象就难以获得解释。

人民法院是代表国家行使审判权，在审查、核实证据问题上不受当事人意志的左右，在质证过程中，法官的主要精力是组织质证、听证、鉴证、判证、认证。质证要受质证主体综合能力多种因素的制约和影响，由于各方面的原因，当事人对另一方当事人提供的证据不能提出有力的质问或者进行辩论。但是按法律的规定，证据都应当在法庭上出示，并经过当事人辩论、质证才能作为定案根据。当事人质证后，法官要当庭对出示证据的效力进行确认。而该确认的基础应当建立在科学的审查、判断证据的基本方法上。法官通过对当事人、证人以及提供证据或者制作鉴定结论与勘验笔录的人进行询问，包括质询，可以进一步判明证据的真伪，正确确认该证据的效力。事实上，法官在法庭调查阶段，对被质证主体的质询不同于收集、调查证据时的询问，此时的质问是以审查证据的效力为最终目的。如上所述，质证是人民法院审查、核实证据的一种主要手段，只要人民法院的质询不带任何偏见，平等地对待双方当事人，为了查实案情所需要，人民法院成为质证的主体，有助于查清案件事实，

做到公正裁判。

与质证主体相对应的是被质证主体问题。被质证主体的问题还未被理论界所提及。学者们以上述标准，似乎质证只能在质证主体之间进行，那么，照此推理，质询也只能在当事人之间进行。在审判实践中，存在着法官对证人以及收集证人证言的人、当事人对证人及收集证人证言的人、鉴定人、勘验人进行质询的情况。当事人对收集证人证言的人、制作鉴定结论的鉴定人、制作勘验笔录的勘验人提问、质询正是质证的重要表现形式。我认为凡质证主体都可能成为被质证的主体，即使不是质证主体，但在一定情形下，也可能成为被质证的主体，如制作鉴定结论的人。

我国《民事诉讼法》规定的七种证据，需要由人提供、收集才能进入到诉讼程序中，所有的证据，不论是原告方、被告方所提供的证据，都是向人民法院提供的。即便是人民法院依职权收集或者调查所获得的证据，都必须在庭审中进行质证。因而人民法院也可能成为被质证的主体。比如人民法院开庭前收集的证人证言、勘验笔录等证据，也必须经过庭审质证；如该证人证言与开庭审理时证人向法庭所作的陈述不一致时，就可能出现当事人向该证人质询，或者当事人及其诉讼代理人向调查、收集该证言的法官质询，这样代表人民法院收集、调查证据的法官也就成为被质证的主体。

质证的基本方式是询问与回答，但由于有的质证的对象是证据材料，其无生命，不能回答，只能由该证据材料的提供者、制作者、收集者进行回答。这样就使凡是收集、提供该证据的人都可能成为被质证的主体，质证应当在质证主体与被质证主体之间进行，因而不能没有被质证的主体。根据上面的分析，人民法院是双重主体，即是质证的主体，在一定时候，又是被质证的主体，比如由法官调查、收集的证据，法院工作人员所作的鉴定结论、勘验笔录，当事人及其诉讼代理人可能对其收集的程序不合法、或者所记载或反映的事实不客观提出质询、辩论等。

或许有人会提出，这有悖于改革的初衷，又回到改革前法官与当事人辩论、质证的老路。为了避免重蹈覆辙，我认为有必要实行立案法官、调查（庭前）法官与审判（庭审）法官三分离的制度。立案法官只负责接受当事人的起诉；审查是否立案；裁定管辖异议等。庭前法官负责开庭审理前的全部诉讼活动，庭前法官的职责是：调查、收集当事人申请由人民法院调查、收集的证据；向当事人告知诉讼权利和义务；确定开庭调解和审理的时间；法庭审理时参加对其收集、调查证据的质证，回答当事人及其诉讼代理人的提问；庭前法官不能作为合议庭组成人员或由其对所调查案件的独任审理。庭审法官只负责

开庭审理和裁判，不参与调查收集本案的有关证据。在质证中仍然是组织指挥者，只对质证的证据（包括由庭前法官负责调查、收集的证据）听证、认证、鉴证和采证。限于篇幅，本文不予详论。

有学者主张诉讼代理人不是质证的主体，其理由是法律并没有赋予诉讼代理人有质证权。我认为该理由不充分。《民诉法》第 66 条虽明确规定“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。”即法律明确规定证据“由当事人互相质证”。但《民诉法》第 58 条规定，当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人，诉讼代理人就是根据当事人的授权代替当事人进行诉讼的人。诉讼代理人可以根据当事人的授权，进行诉讼活动，那么在审判中，质证的行为除由当事人本人实施外，就应当允许由双方诉讼代理人进行该行为。质证是对证据进行质疑、辨认、反驳的活动，证据决定着当事人在诉讼终结时的胜负，当事人由于受自身素质和专业知识的限制，不能有力地提出疑虑质问，击中要害，因而往往授权代理人进行。由于诉讼代理人仅是代替当事人进行诉讼的人，在质证中，根据当事人的授权，实施了质证行为，但质证诉讼行为的法律后果由授权人承担，诉讼代理人行使质证权，是基于享有质证权主体的授权而实施的，因而诉讼代理人本身不是质证的主体，但当事人授权后即可成为质证的主体，正如诉讼代理人经当事人授权可以代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉一样。

四、质证的客体

质证的客体，是指质证主体权利义务所共同指向的对象。

在审判实践中，不少人理解只有证人证言才是质证的对象。他们片面理解质证就是当事人与证人对质，其他证据都不是质证的客体。虽然有学者看到我国质证对象过于狭隘，主张对于所有的言词证据应经过质证，但又将物证、书证、勘验、检查笔录排除在质证的对象范围之外。其理由是这些证据是实物证据，实物证据是不会说话的“哑巴证据”，控辩双方不可能直接对其询问，实物证据本身也不能直接表达它对案情的证明作用。事实上，针对实物证据的询问总是通过证人、被害人或被告人来间接进行，另一方面，实物证据是客观存在的实体物，具有可触性和可视性，同时大多数实物证据又是孤立的，只是从静态上反映案件的某一局部的事实，可以通过辨认、印证等方法审查核实。

我们认为，上述对质证对象的理解仍较狭隘，质证的对象应包括所有的证据。其理由是：

首先，由于案件的客观事实是已经发生的，具有不可逆转性，而且受审判

时限及现有技术水平等的限制，一些复杂案件的客观事实是难以重现的。人民法院是根据当事人举证和查证属实的证据去推定案件事实，对法定范围内认可的、并为一些证据所支持的事实加以认定，据此作出相应的裁决。因而法院所认定的事实与案件客观事实之间不总是完全重合，而只能是尽可能相同，所以必须对案件的全部证据进行质证。民事诉讼法规定了书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录七种证据。根据我国法律的规定，证据应当在法庭上出示，并经过庭审辩论、质证，只有查证属实的证据，才能作为认定事实的根据。法律并未规定只有证人证言或言词证据才应当在庭审中进行质证，而其他证据不需要在庭审中质证。根据法律的规定，所有的证据都应在庭审中经过质证查证属实，才能作为定案根据，而不仅仅是证人证言的问题，如当事人的陈述因其与审判结果有利害关系，其虚假性可能比证人证言更大，因而必须进行质证。

第二，在一个具体的案件中，不论是当事人提交的上列证据中的何种证据，还是人民法院依职权所收集的有关证据，都必须在法庭上出示，并进行质证。比如物证虽是“哑巴”证据，是以其外部形状、重量、质量、规格、损坏程度等来证明待证事实，但物证其自身不能自证其明，不能进入诉讼程序，需要通过人的收集、提取，如果没有通过合法程序取得，或者与案件事实根本没有联系，比如致伤物与受害人的伤口不符，就应允许利害关系人对提供物证或收集该物证的人就证据的来源、取得的方式、方法及该物证所证明的内容进行质证。又如当事人陈述，因其感受能力、记忆能力、判断能力、表达能力的差异，以及与案件结果有利害关系，都会影响其陈述的真实性，也需要质证。即便是鉴定结论、勘验笔录，虽具有专门性、技术性、权威性的特点，但鉴定结论、勘验笔录仍然是人们主观认识对客观事实的一种反映，这种反映有可能是对案件事实的客观真实反映，有可能是对案件事实的虚假反映，因为这种反映要受鉴定人、勘验人主观认识能力和客观水平的制约和影响，由于鉴定对象的复杂性、鉴定人的知识能力及鉴定工具、技术条件的局限等，其结论并非绝对准确可靠，所以，也必须经过质证核实后，才能作为定案根据。

第三，证据的本质特征是客观性、关联性、合法性，只有具备了这三性的证据才能在诉讼中起证明作用，而质证的主要内容就是对案件中的每一具体证据，以证据的三性为标准，进行审查。如果将物证、书证、鉴定结论、勘验笔录等排除在质证对象之外，那么对于与案件无关的物、书面材料、歪曲了事实真相的鉴定结论、勘验笔录等都有可能被作为定案根据而使用，这就必然造成冤假错案。即便是人民法院依职权自行收集的证据，由于多种原因，有可能失

真，也必须通过质证，才能作为认定案件事实的根据。

五、质证的程序

根据我国民事审判制度改革的主要目标，质证程序应安排在法庭调查阶段进行，质证应作为法庭调查的主要手段。质证可以根据当事人逐项诉讼请求进行；也可以根据案件事实的各个部分，逐一对相关证据进行质证。

人民法院在质证中，是质证的组织指挥者、是质证结果的裁判者，因而对双方当事人都应一视同仁，不能偏向一方。任何一方当事人都有权对另一方当事人的证据进行质疑、对证据的提供者或制作者、收集者进行质问。质证应围绕证据的客观性、关联性、合法性进行。审判长应引导当事人对围绕案件争议的事实和焦点等实质问题进行质证。法官对每一项证据质证后要公开确认质证结果，如果被质证的一方提不出证据来反驳质证，或提出的证据不能推翻质证的证据，则应确认质证方的证据有证明效力，被质证方的证据无证明效力。未经法庭公开确认的证据，不得在辩论中使用，更不能作为定案的根据。法官对质证主体不遵守法庭秩序，擅自询问与案件事实无关的询问、诱导性、暗示性提问、侮辱人格、泄露他人隐私的提问、重复性提问等应予以制止。在质证过程中，书记员应对质证的内容、法庭所确认的质证结果进行详细记录，以备查阅。

为了完善我国民事审判中的质证制度，必须通过立法形式，对质证的有关问题进行具体规定。现行立法的有关规定不仅过于简单，而且条文之间不协调，相互矛盾。如《民诉法》第 66 条规定“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。”《民诉法》第 125 条第二款又规定“当事人经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问。”如果法庭不“许可”，则质证就形同虚设。在审判实践中，法院在开庭审理时，根本不通知证人、鉴定人、勘验人到庭，很多法官根本不让当事人发问，以宣读证人证言、鉴定结论、勘验笔录代替了法庭质证。

在第二审程序中，第二审人民法院一般都不开庭审理，而只进行书面审理。法律没有明确规定第二审人民法院认定案件事实的根据，必须以一审中经过庭审辩论、质证查实的证据为准，因而有的二审法院以自行收集、调查的证据定了案；甚至有的一审法院在当事人上诉后，又补充收集证据，装入卷中，二审法院又以此定案，因而出现大量的经二审终审后当事人仍然不服的案件，这与我国的质证制度不完善有关。为此，我认为，在第二审程序中，第二审法院径行判决的案件，必须以第一审开庭审理中经过辩论、质证的证据作为定案

根据。第二审法院收集、调查的证据，只有通过开庭审理，经当事人辩论、质证后才能定案，否则应以事实不清发回重审。

另外，建立完善的质证制度，还必须实行直接开庭，避免法官与当事人过多接触，所有的证据都在开庭时出示，当事人在开庭前除向法官提供诉状、答辩状外，不得提供其他证据。同时实行庭前法官与庭审法官分离的制度，让当事人没有机会去接近庭审法官，避免庭审法官“先入为主”。

第五节　各类常见案件的民事查证

我们在上述几节中从整体上对民事、经济纠纷案件的民事查证工作从理论、实践方面进行了阐述，在此节我们拟对几类典型的民事、经济纠纷案件的查证工作作一下针对性的阐述。因各类案件有各自不同的特征，在民事查证方面也会有些反映。

一、离婚案件的民事查证

（一）离婚案件的概念、特征

所谓离婚是夫妻双方解除婚姻关系的法律行为。离婚案件是指夫妻双方就离婚问题产生争议，要求离婚的一方诉诸人民法院的一种民事案件。

离婚案件的特征有以下几点：

1. 就诉讼的种类而言，离婚案件属于变更之诉。即要求人民法院依法解除现有的夫妻关系，使双方成为一种非配偶关系。

2. 离婚案件中原告的目的是解除与被告之间的夫妻身份关系，所以离婚案件性质属于人身纠纷案件。

3. 离婚案件的诉讼主体是婚姻关系的当事人，因为是解除当事人之间夫妻身份关系的法律行为，他人不得代理这种特定法律行为。民事诉讼法第62条明确规定：“离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭，确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。”

4. 离婚案件的当事人之间必须有合法有效的婚姻关系存在。对于实践中未经结婚登记便以夫妻名义同居的男女，如一方向人民法院起诉要求离婚，人民法院能否按离婚纠纷处理，应按照最高人民法院《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》所规定的精神进行处理。

5. 离婚案件往往对夫妻关系解除与否进行争执的同时，还伴随着财产分

割和子女抚养、夫妻间抚养费等问题的争执。甚至有时双方对离婚无争执，却对后面的几个问题争执不下。

（二）审判人员对离婚案件的查证步骤

1. 审查该离婚案件是否应由本院受理。

2. 审查双方是否属于合格的诉讼主体。

3. 询问双方当事人，做好调解工作。

4. 调解无效的，查证双方的分歧所在，看夫妻关系、财产分割、子女抚养等哪一方面有分歧，还是都有分歧，为进一步查证确定方向，这样能避免盲目查证，收到事半功倍的效果。

5. 针对当事人陈述情况，对当事人不应举证，不能举证的证据材料审判人员自行调查和收集，当然是指那些对认定案件事实必要的证据材料，而不是细枝末节。对当事人陈述矛盾甚大，无法判明的，审判人员也要亲自收集。比如，在确定子女抚养费时，女方说男方每月收入为700元，男方却说只有400元，这时有必要由审判人员亲自查取证据。

6. 走访居委会、邻居、单位，询问证人，以为判别当事人争讼主张、理由提供佐证。

7. 庭审中，出示对认定案件事实起重要作用的证据，由当事人双方质证。

8. 离婚案件因为是涉及人身关系、亲属关系的特殊案件，在确定子女抚养问题时，注意征求未成年子女的意见，在民事查证工作中不要忽略。

二、继承案件的民事查证

（一）继承案件的概念、特征

所谓继承，是指继承人依法取得被继承遗产的法律行为。继承案件是指当事人因继承遗产发生争议而诉诸人民法院的一种民事案件。按照我国继承法的有关规定，归入继承类案件主要有法定继承纠纷案件、遗嘱继承纠纷案件、遗赠纠纷案件及遗赠抚养协议纠纷案件这四种类型。

继承案件的法律特征有以下几点：

1. 从案件性质来看，继承案件实质上是一种财产纠纷案件。财产所有权是继承的前提和基础，继承是继受取得财产所有权的一种重要方式。可以这样讲，当事人因继承遗产发生争议诉至人民法院的继承案件实质是财产纠纷案件的一种特殊的表现形式。

2. 从诉讼主体上看，继承案件的当事人之间大多数都具有一定的亲属关系或抚养关系。在继承案件中，除极少数遗赠纠纷案件和遗赠抚养协议纠纷案

件以外，原告、被告与被继承人均有血亲关系或姻亲关系。不言而喻，共同作为被继承人亲属的原告、被告之间也就具有各种各样的亲属关系，或者父母子女关系、或者兄弟姐妹关系、或者祖父母（外祖父母）与孙子女（外孙子女）关系等。

3. 审理继承案件时，以确认主体为必经前提，不确认遗产范围、当事人主体资格，就无法确认当事人对遗产所享有的权利具体为多少。

4. 继承案件发生的时间，只能是在被继承人死亡（不管是宣告死亡还是生理死亡）之后，被继承人未死亡前不可能发生继承案件。具体发生时间，多数在遗产分割时发生，但个别的也有发生在遗产分割之后。如，甲在外地工作，其父死亡后没及时分割遗产，由其在家乡的乙、丙两个弟弟保管，后来甲得到乙、丙二人未让其知晓就将遗产分割，为此甲诉至人民法院要求保护其继承权。

5. 关于遗产归属产生的继承案件中，属于法定继承纠纷案件占绝大多数，其他类型由获取遗产产生的纠纷案件为少数。

（二）审判人员对继承案件的查证步骤

1. 审查该继承案件是否应由本院管辖。应从级别管辖和地域管辖两方面查证。根据民事诉讼法关于级别管辖的规定，有以下几个要求：(1) 一般继承案件由基层人民法院管辖；(2) 重大涉外继承案件、在本辖区内有重大影响的继承案件、最高人民法院确定由中级人民法院管辖的继承案件由中级人民法院管辖；(3) 高级人民法院管辖在本辖区内有重大影响的继承纠纷案件；(4) 最高人民法院管辖在本辖区内有重大影响的继承案件及认为应当由自己审理的继承案件。在地域管辖方面，由被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地人民法院管辖，同时向两个以上有管辖权的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。

2. 审查当事人的诉讼主体资格。

3. 审查是否超过诉讼时效。继承法第 8 条规定："继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或应当知道权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过 20 年的，不得再提起诉讼。"对超过诉讼时效，又无中止、中断或延长情况的，应裁定不予受理，已受理的裁定驳回。

4. 审查有无遗嘱、遗赠扶养协议，以确定属于继承案件的哪一种具体类型。

5. 审查被继承人死亡时间、遗产范围。

6. 审查继承人的情况。

7. 审查当事人的举证材料。

8. 在责令当事人履行举证责任的同时，审判人员询问当事人、证人、第三人，获取当事人陈述、证人证言。

9. 依职权向有关单位、个人收集和调查书证、物证、视听资料。对现场、物证进行勘验，一般可采取绘图、摄影、记录等方式固定证据。指定或聘请有专门知识的人对遗嘱等进行必要的鉴定。

10. 开庭审理中，由当事人对证明案件事实的主要证据互相质证，以最后核定证据。

三、赔偿案件的民事查证

（一）赔偿案件的概念、特征

所谓赔偿案件，是指由于加害人的不法行为，侵害了受害人的财产或人身，造成了损害，受害人与加害人为此发生争议，诉诸人民法院责令加害人赔偿损失的民事案件。

赔偿案件是由加害人不法侵害他人合法权益而形成的，因此也常称侵权损害赔偿案件。根据侵权情形不同，主要被分为两大类型，财产侵权赔偿案件和人身侵权损害赔偿案件（这里不含精神损害赔偿）。

侵权损害赔偿是有一个历史发展过程的，在不同历史时期，对构成有不同的要求，我们从一般角度来阐述这个问题。侵权损害赔偿案件的构成有以下几个因素：

1. 损害事实的存在。也就是受害人的财产遭受事实上的损失。这种损失包括积极损失和消极损失，前者指现有财产的减少，后者指本应得到的财产没有得到。造成损害事实的原因，可能是侵犯他人财产也可能是侵犯他人人身权利。只有客观损害事实存在，才承担侵权损害赔偿责任。

2. 行为人主观上有过错。在没有法律规定的情况下，行为人只有在主观上对自己的行为及其损害结果有过错时，才承担民事责任。这也是我国《民法通则》所确定的过错责任原则的体现。过错有故意和过失两种，通常情况下，故意和过失不影响当事人承担民事责任，但是双方都有过错或双方都无过错或共同侵权而确定民事责任时，是有重要意义的。我国民法通则中就规定，受害人对造成损害有重大故意或过失的，可以免除或减轻行为人的民事责任。判断行为人的行为是否故意，可从其实施行为的性质、程度、损害结果等方面加以判断。判断行为人的行为是否有过失，则须以行为人是否应当预见或者能够预见却未加注意为根据。而确定行为人是否应当预见，则要依其年龄、职务、工

作经验、文化程度、专业水平或技术经验等具体情况加以判断。

3. 侵权行为与损害事实间因果关系的存在。侵权行为与损害事实之间的因果关系是构成损害赔偿案件的重要条件，没有这种因果关系的存在，就不能追究行为人的民事责任。

4. 侵权行为必须是违法的行为。行为的违法性是构成损害赔偿的不可缺少的条件，一般讲来，行为人的行为如果是合法的，即使造成了他人的损害，也不承担民事责任。只有违法行为造成损害时，行为人才对其承担民事赔偿责任。

（二）审判人员对赔偿案件的查证步骤

1. 审查该赔偿案件是否应由本院管辖。财产损害赔偿案件的管辖，应根据诉讼标的物来确定管辖权，以动产为标的物的，一般应依《民事诉讼法》规定，由侵权行为地或被告住所地人民法院管辖，法律另有特殊规定的，依特殊规定。以不动产为标的物的，以不动产所在地即侵权行为地人民法院管辖更有利于诉讼审理及执行。对于人身伤害案件的管辖，一般情形之下，按《民事诉讼法》第 29 条规定："因侵权引起的诉讼，由侵权行为地或被告住所地人民法院管辖。"有特殊情况的，按照最高人民法院的司法解释办理，如诉讼双方当事人都是被监禁或被劳动教养的，可由被告原户籍所在地人民法院管辖。

2. 审查当事人的诉讼主体资格。

3. 审查是否超过诉讼时效。

4. 审查当事人尤其是行为人的行为能力。

5. 对当事人举证材料进行审查。

6. 询问当事人、证人。

7. 勘验现场，以绘图、摄影、笔录等民事查证技术措施固定证据。

8. 对被害人进行法医鉴定。

9. 向有关单位、个人调取证据材料。

10. 开庭过程中，向当事人出示证据，由双方进行质证，以核定、审查证据。

四、房屋案件的民事查证

（一）房屋案件的概念、特征

所谓房屋案件是指当事人因房屋所有权归属或占有、使用、收益、处分中某一项权能行使产生争议，诉诸人民法院的一种民事案件。

房屋案件与其他民事案件相比有自己的特点：

1. 以房屋作为标的物。无论是争讼房屋归属，还是租赁、借用、典当房屋而对四项权能当中的某一项或几项权能争讼，都是以房屋作为案件的标的物。

2. 确认房屋所有权的归属是审理房屋案件的前提和基础。审理房屋案件，要先确认房屋的所有权属于谁，谁是房屋所有权人，然后再保护所有权人的合法权益。因此，不仅在房屋所有权纠纷案件中，要首先查清案件，确认房屋所有权的归属，而且审理其他因房屋产生的权益纠纷，也应如此。只有确认了房屋所有权归属后，才可以正确判断权利人行使权利是否有合法根据。

3. 房屋案件具有复杂性。该类纠纷成因复杂，经历时间往往较长，特别是关于所有权的争议经常有相当长的历史演变过程，人证、物证均不易查证，这就要求审判人员艰苦细致地查证。

（二）审判人员对房屋案件的查证步骤

1. 审查该房屋案件是否应由本院管辖。房屋案件是以不动产房屋为标的的民事案件，对该类案件的管辖应适用专属管辖的规定。我国《民事诉讼法》第 54 条第一款规定："因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。"我国民法通则第 144 条规定："涉外不动产的所有权，适用不动产所在地法律。"由此看来，作为争讼标的物的房屋坐落地点是确定管辖及适用法律的关键所在。

2. 审查当事人的主体资格。

3. 审查是否超过诉讼时效。

4. 责令当事人承担应负的举证责任。

5. 询问当事人、证人等。

6. 对争讼房屋必要时进行勘验、鉴定，可以采用民事绘图、照相等查证技术保存证据。

7. 向有关单位、个人收集证据，在此类房屋案件中，我们经常同房管、城建部门进行接触，特别是一些专门规定、政策要请求他们协助查清。

8. 通过庭审质证，最后查明案件事实。让当事人对定案证据在法庭上互相质证，根据质证结果，结合各种证据印证一致与否，作出准确判断。

五、知识产权案件的民事查证

知识产权是公民、法人或非法人单位对于在科学、技术和文学、艺术领域内的智力劳动成果（精神财富）依法所享有的专有权利。英文中称之为"Intellectual property"，含有"知识财产权"或"知识所有权"的意思，这是当今

国际上广泛使用的一个法律概念。

知识产权的主体是依法对于智力劳动成果享有权利、承担义务的人，包括公民、法人和非法人单位。

知识产权的内容是公民、法人、非法人单位依法对劳动成果所享有的权利。

知识产权的客体，是人们在科学、技术、文学、艺术等领域内所创造的一切技术、自然科学和社会科学以及文学、艺术等成果，统称为知识产品，也称为智力成果。

"知识产权"一词，源于十七世纪中叶的法国，主要倡导者是卡普佐夫。知识产权包括的范围十分广泛，主要被分为两大类，一类是著作权，另一类是工业产权，包括专利权和商标权。此外，发明权、发现权、合理化建议权也包括在知识产权之内。

根据一九六七年的《世界知识产权组织公约》规定，知识产权包括：(1) 文学、艺术和科学作品的权利，(2) 表演艺术家的演出、录音和广播的权利，(3) 人们在一切领域中的发明权利，(4) 科学发现的权利，(5) 工业品外观设计的权利，(6) 商标、服务标志、厂商名称和标记的权利，(7) 有关制止不正当竞争的权利，(8) 以及在工业、科学、文学和艺术中一切其他源自智力活动的权利。

根据我国《民法通则》第 5 章第 3 节的规定，我国知识产权包括著作权、专利权、商标权、发明权、发现权以及其他科技成果权。

知识产权案件就是指公民、法人或非法人单位因对知识产权的行使产生争议，对有关主管机关处理不服而向人民法院起诉，或依法直接向人民法院提起诉讼，以维护其合法权益的案件。该类案件也依民事审判程序审理，自然要进行民事查证。

知识产权案件作为一类特殊的案件，是和其他民事、经济纠纷案有不同特点的，这与知识产权所固有的特征是分不开的。(一) 知识产权的客体是无形财产。有形财产是指具有某种实体的存在，能够为人们的五官所感知的物体，例如，汽车、房屋、土地等。无形财产是指不具有某种实体的存在，仅仅是人们所拟制的物体，无法为人们的五官所感知。知识产品是人们的脑力劳动成果，是一种精神产品，属于无形财产。所以对知识产权的侵害，一般表现为剽窃、仿冒等。(二) 知识产权要由国家的立法来确认。有形财产权在一般情况下，只要有一定的法律事实，即法律拟定能引起民事法律后果的事件和行为，就可以设定或取得，而并不需要每次由国家主管部门认可或核准。知识产品作

为无形财产，难于实际控制，容易为多人拥有、使用，所以一旦公布就可能被第三人非法获利，知识产权所有人要想正常行使各项权能就必然要靠国家法律特殊保护，即通过国家依法授权。（三）知识产权具有专有性。知识产权的专有性，又称独占性或垄断性，也就是权利主体本人才能享有这种权利，不经权利人同意或法律的特别规定，其他任何人都不得享有或使用这种权利。与此同时，专有权只能授予一次，即只能把专有权授给一个人所有。知识产权法确认和保护知识财产权，与财产法确认和保护对物体的财产权在实质内容上是相同的，但由于知识产品的特殊性，知识产权法在权利内容和保护方法上作出有别于物权法的特殊规定，并授予这种权利以专有或独占的性质。（四）知识产权具有地域性。知识产权作为一种专有权在空间的效力并不是无限的，而要受到地域的限制，即有严格的地域性，其效力只限于本国境内。也就是除签有国际公约或双边条约以外，知识产权没有域外效力，其他国家对这种权利没有保护的义务，任何人均可在自己的国家内自由使用该知识产品，既无需取得权利人的同意，也不必向权利人支付报酬。（五）知识产权具有双重性。知识产权既具有人身权的性质，又包含有财产权的内容。其中的人身权利（如署名权）同知识产权所有人的人身不能分离，因而不能转让、继承和赠与。而知识产权中的财产权利（如获取报酬、转让费），可以转让、继承和赠与。（六）知识产权具有时间性。知识产权既不是无空间限制的垄断权利，也不是没有时间限制的永恒权利，各国根据各种知识产权的性质、特征和本国实际情况，在法律上对著作权、专利权、商标权都规定了长短不一的保护期。

我们应当认识到，知识产品作为脑力劳动者所创造的精神财富同体力劳动者所创造的物质财富一样，都是人类赖以生存和发展的基础。“科学技术是生产力”，这是马克思主义的一个基本观点。在当今，各国的竞争主要是综合国力的竞争，是经济实力的竞争，而科学技术是促进经济发展至关重要的因素，所以邓小平同志提出“科学技术是第一生产力”，指明了科学技术在生产力发展中的地位和作用。我们要搞好社会主义市场经济，就要重视物质文明和精神文明建设，就要通过法律手段保护知识产权。意义在于：（一）保护发明创造人的合法权益，鼓励发明创造；（二）提高全民族的科学文化水平，加速社会主义物质文明和精神文明建设；（三）促进国际间的科学技术和文化的交流与协作，保护我国的知识产品在国外的合法权益。

随着社会主义市场经济的建立，涉及知识产权的法律问题也随之增多，纠纷也增加了，加强知识产权案件的审判工作对我国经济建设有着不可低估的作用。任建新同志关于1993年的《最高人民法院工作报告》中指出：“（人民法

院）加强对知识产权、技术合同等纠纷案件的审理，促进科技事业和技术市场的发展。人民法院十分重视运用司法手段保护知识产权。为了适应审判工作的需要，一些省市和沿海开放城市，如北京、广东、上海、海南、福建、深圳等地法院相继设立了知识产权审判庭。去年，全国法院共审结专利、商标、著作权等知识产权和技术合同纠纷案件2777件，比上年上升16.39%。通过对这类案件的审理，保护了中外知识产权所有人的正当权益，加速了科技成果向商品化和产业化的转化。”搞好知识产权案件的民事查证工作对于及时、正确审结该类案件十分重要。本节将分别对著作权、专利权和商标权案件的民事查证工作进行阐述。

（一）著作权案件的民事查证

1. 著作权的概念、特征

著作权又称版权，英文中称之为“Copy right”，是指公民、法人或者非法人单位依照法律规定，对文学、艺术和科学作品（著作）所享有的人身权利和财产权利。

著作权的法律特征有：(1) 专有性，又称独占性、排他性，是指只有著作权人才能享有著作权，除法律有特别规定外，其他任何人未经著作权人同意不得行使著作权；(2) 双重性。著作权包括著作人身权和著作财产权两个方面的权能，前者与著作权人的人身不可分离，不能转让，后者可以依法转让；(3) 地域性。由某一国家法律所确认和保护的著作权，原则上只能在该国领域内产生法律效力，在其他国家不发生法律效力，除非有国际公约或条约的规定；4. 时间性。著作财产权和个别的著作人身权（如发表权）在法律规定的有效期限内受法律保护，有效期一旦届满，即进入公共领域，任何人均可依法无偿使用，不再受法律保护。

著作权的出现是与印刷技术的发展相联系的，在没有印刷技术时，作品不可能大量复制，也就没有产生保护著作权的实际迫切需要。最早对出版者权利的保护制度，可追溯到十五世纪的威尼斯和十六世纪的英国，当时的印刷商为了垄断某些图书的印刷和销售市场，防止同行的竞争，往往事先将书稿送往王室或官府审查，以获取独自印刷该书的特权。1709年英国颁布的《安娜法令》是世界上第一部保护版权人权利的法令，此后许多国家对著作权的保护作出了法律规定。我国在1990年9月7日通过了《中华人民共和国著作权法》，在1991年6月1日施行。

2. 著作权的主体、客体、内容

著作权主体，是指依照法律规定对文学、艺术和科学作品享有著作权的

人。著作权主体既可以是公民，也可以是法人或者非法人单位。

按照我国法律的规定，著作权主体分为两类：1. 作者。包含“创作作品的公民”、“视为作者”和“推定作者”三种含义。2. 其他著作权人。包括作者以外的公民、视为作者以外的法人或者非法人单位、国家三种情况。

著作权的客体，就是指著作权法律关系中权利义务所共同指向的对象，即作品。所谓作品是文学、艺术和科学领域内，具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创作成果。依照我国著作权法的有关规定，享有著作权的作品要有下列特征。(1) 独创性，指作品必须是作者本人独立的智力劳动的成果，而不是抄来的；(2) 有形性，作品必须以一定的有形形式表现出来，可以被他人阅读，欣赏、利用和复制；(3) 合法性，即作品的内容不得违背宪法和法律，不得损害社会公共利益，不得违背社会公德。著作权法第五条规定下列作品不享有著作权：法律、法规，国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政和司法性质的文件，及其官方正式译文；时事新闻；历法、数表、通用表格和公式。

著作权的内容，指著作权所确认和保护的的著作权人所享有的民事权利。著作权人的民事权利分为两方面：（一）著作人身权，包括发表权、署名权、修改权和保护作品完整权；（二）著作财产权，也就是著作权人对作品所拥有的“使用权和获得报酬权”，主要包括复制权、表演权、播放权、展览权、发行权、出版权、摄制（电影、电视、录像作品）权、改编权 、翻译权、注释权、编辑权、整理权。

3. 著作权案件的概念、特点种类

著作权案件是指公民、法人或非法人单位因科学、文学、艺术作品的著作权的归属、传播、许可使用或受到侵害而向人民法院提起诉讼的案件。

创作作品，作者付出了大量的精力甚至财力，一旦借助一定形式表现出来，极容易被他人不合法使用，往往因此而生纠纷。著作权案件的特点有：(1) 涉及法规很多。著作权主要受著作权法调整，但它的归属、许可使用等不可避免的要受有关法规的调整，如民法、继承法、经济合同法等，因此要审理好这类案件，在进行民事查证时，还要按照相关法规的要求进行。(2) 涉及领域很宽，著作权案件的相对数量还不很大，绝对数量也还有限，但在日益增加。该类案件的重大特点就是涉及面很广，著作权法规定的作品种类有十种，涉及到许多领域。案件种类涉及归属和许可使用、侵权多方面。因此，著作权案件的民事查证工作的艰巨性、复杂性也就不言而喻了。(3) 著作权案件，往往既涉及财产权也涉及人身权，需要查证的对象较多。

著作权案件可根据产生原因、争讼理由分为四种：著作权归属纠纷案件、著作权许可使用纠纷案件、著作权邻接权纠纷案件和著作权侵权纠纷案件。

4. 审判人员对著作权案件的查证步骤

（1）审查该著作权案件是否应由本院管辖。根据民事诉讼法的有关规定，一般著作权归属案件、著作权使用权案件、邻接权案件均由被告所在地基层人民法院管辖。著作权侵权案件可以由侵权人所在地基层人民法院管辖，也可以由侵权发生地人民法院管辖。

（2）审查当事人的主体资格。

（3）审查是否超过诉讼时效。

（4）对需要进行鉴定的证据材料交由有关部门进行鉴定。

（5）向有关部门、个人收集证据材料。

（6）在庭审中出示证据，由当事人互相质证，以最后确定证据效力。

（二）专利权纠纷案件的民事查证

1. 专利权的概念、取得条件

专利权是指专利权人及其权利承受人，在法律规定的有效期限内，依法对于自己已经取得专利的发明创造，包括发明、实用新型和外观设计所享有的专有使用的权利。

根据我国专利法的规定，发明和实用新型专利要具备新颖性、创造性和实用性，外观设计要具备新颖性。所谓新颖性是指在申请日以前没有同样的发明或者实用新型在国内外刊物上公开发表过，在国内公开使用过或以其他方式为公众所知，也没有同样的发明或实用新型由他人向专利局提出过申请并记载在申请日以后公布的专利申请文件中。在英文中，新颖性被称为“Novelty”；所谓创造性，是指同申请日以前的已有技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型有实质性特点和进步。在英文中，创造性被称为“Inventiveness”；所谓实用性，是指发明或实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果。在英文中，实用性被称为“Utility”。

专利权的主体是对取得专利的发明创造享有专有使用权的专利权人。

专利权的客体是由专利法保护的对象，即是依法应授予专利的发明创造。根据我国专利法的规定，专利权的客体有以下三项：发明，是指对产品、方法或其改进所提出的新的技术方案；实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案；外观设计，是指对产品的形状、图案或者其结合作出的富有美感并适用于工业上应用的新设计。

专利权的内容，是专利权人依法享有的权利和应该履行的义务。专利权人

的基本权利有：(1) 专有制造、使用和销售其专利产品或者专有使用其专利方法；(2) 转让其专利所有权或者专利持有权；(3) 许可他人使用其专利并收取专利使用费；(4) 在其专利产品或者该产品的包装上标明专利标记和专利号；(5) 发明人或者设计人有权在专利证书或其他专利文件上证明自己是发明人或设计人；(6) 阻止他人未经许可，进口其专利产品或者进口依照其专利方法直接获得的产品。专利权人的基本义务：(1) 有在法律规定的期限和地域内实施其专利发明的义务；(2) 有依法缴纳专利年费的义务。

按我国专利法的规定，发明专利权的保护期为20年，外观设计和实用新型的保护期为10年，均从申请专利之日起计算。

2. 专利权纠纷案件的概念、特点和种类

专利权纠纷案件是指人们因申请专利、使用专利或者因专利权被侵犯而产生争议，向人民法院提起诉讼，以维护其合法权益的案件。

专利权纠纷案件的特点有：(1) 难度高。因为专利权的客体涉及的是所在领域的高、新、优发明创造，给审判人员的查证工作带来困难。(2) 复杂度强。因专利发明涉及面广，产生的纠纷种类多，不易审理查证。(3) 时间紧。专利权的客体是高精尖技术，自然应用价值大，不及时审理会给生产带来损失，审判人员要迅速查清案情，就得抓紧时间查证、判决。

按产生争议的理由不同，专利权纠纷案件可分为三类：申请专利权纠纷案件、许可使用专利权纠纷案件、侵犯专利权纠纷案件。

3. 审判人员对专利权纠纷案件的查证步骤

(1) 审查该专利权纠纷案件是否归本院管辖。最高人民法院《关于开展专利审判工作的几个问题的通知》规定：关于是否应当授予发明专利权的纠纷案件、关于宣告授予的发明专利权无效或者维持发明专利权的纠纷案件、关于实施强制许可的纠纷案件、关于实施强制许可使用费的纠纷案件，均由北京市中级人民法院作为第一审法院，北京市高级人民法院为第二审法院；关于专利申请公布后、专利权授予前使用发明、实用新型、外观设计的费用的纠纷案件，关于专利侵权的纠纷案件（包括假冒他人专利尚未构成犯罪的案件），关于转让专利申请权或者专利权的合同纠纷案件，分别由各省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院和各经济特区的中级人民法院作为第一审法院，各省、自治区、直辖市高级人民法院为第二审法院，各省、自治区高级人民法院根据实际需要，经最高人民法院同意，可以将这三类案件指定由本省、自治区内的开放城市或者设有专利管理机关的较大的城市的中级人民法院作为第一审法院。

(2) 审查当事人的主体资格。应当注意：关于是否应当授予发明专利权的纠纷案件、关于宣告授予的发明专利权无效或者维持发明专利权的纠纷案件，应当以专利复审委员会为被告；关于实施强制许可的纠纷案件，应当以国家专利局为被告；关于实施强制许可使用费的纠纷、侵犯专利权的纠纷、专利申请公布后专利权授予前使用发明、实用新型、外观设计的费用的纠纷不服国家专利局或者专利管理机关所作的裁决或者处理决定向人民法院起诉的案件，仍应以在国家专利局或专利管理机关处理时的争议双方为诉讼当事人。

(3) 审查是否超过诉讼时效。

(4) 询问当事人、证人。

(5) 对需要进行勘验、尤其是鉴定的采取相应措施。

(6) 向有关单位、个人收集证据材料。

(7) 在庭审中出示证据，由当事人双方进行质证，以辨别真伪。

(三) 商标权纠纷案件的民事查证

1. 商标的概念、特点与作用

商标是企业、事业单位和个体工商业者为了表明自己生产、经营的商品或提供的服务项目与他人生产、经营的商品或提供的服务项目的区别而使用的标志。

商标的基本功用在于将不同企业事业单位和个体工商户生产、经营的同类商品或类似商品或提供的同类、类似服务项目区别开来。商标的构成要素是文字、图形或文字与图形的组合。

商标作为商业性专用标记，与商品经济中其他一些标记相比有自己的突出特点：(1) 商标与商品装璜的区别。商品装璜的功用是为了说明或美化商品，这同作为区分商品的商标有很大不同。商标是专用的，经核准注册后不得任意变更，而商品装璜不是专用，无需注册，可以根据市场销售需要，随时加以变动和改进；(2) 商标与商号的区别。商号是生产者或经营者的名称，有时某些图形文字既作商号标记，也作商标，但不能把商标与商号就当作一回事。商标与特定商品服务联系在一起，受商标法管理，在全国范围内可注册专有，注册有效期内发生效力。商号则与特定的厂商相联系，受企业登记条例或公司法管理，在主管机关管辖范围内专有，与特定的厂商共存亡；(3) 商标与产地标记的区别。产地标记是一个国家、地区或地方的地理名称，用以表示某类产品的原产地。产地标记不可能被某一特定厂商专有，属该地全体居民，但也不能由个人注册，更不能进行产地转让、使用许可。目前，我国商标法还未规定保护产地标记；(4) 商标同工业外观设计的区别。工业外观设计是对产品形状、图

案、色彩或其结合作出的富有美感并适于工业上应用的新设计，是产品整体质量不可缺少的部分。二者均表现于外表，但二者性质、作用不同。外观设计是产品存在的形式，作用在产生美感、受专利法调整，而商标是产品的附着物，是识别标志，受商标法调整。

商标的作用主要有：(1) 商品来源的标示作用；(2) 商品的质量监督作用；(3) 商品选购的指导作用；(4) 商品销售的广告作用。

2. 商标权的概念、取得原则、特点、保护期

商标权是商标专用权的简称，是指法人、个体工商户、个人合伙对于自己依照法定程序，经由国家商标局核准注册的商标（Trade mark）所享有的专有使用的权利。

商标权的取得方式在商标立法上经历了一个漫长的多彩过程，目前，主要有以下几种制度：(1) 注册在先原则。商标必须经过注册后才授予商标权，商标权属于该商标的首先注册人所有，如果商标的首先使用人未及时办理注册手续，而被他人抢先注册，就无法取得该商标的使用权。大陆法系的国家多数采用这一制度。(2) 使用在先原则。商标权属于首先使用该商标的人，通常是谁先使用该商标，只要有首先使用的事实，谁就享有了该商标的专用权。目前只有个别国家采用这一制度。(3) 混合原则。不注册使用与注册使用并行，两种途径均可获取商标专用权。英联邦大多数国家采用这一制度。按照该原则，对同一商标，可能产生两个所有人，一个是商标注册人，另一个是商标使用人。我国采取注册在先原则。

商标权作为一项知识产权，与专利权、著作权相比，基本特点是相同的，但它也有自己的特点。(1) 商标权只包括财产权，不包括人身权。商标的设计属于著作权法调整的对象，不属于商标法保护的范围；(2) 商标权虽然也具有独占性的特点，表现为在两个以上相同或近似的商品或服务项目上不能注册相同或近似的商标，但在不同商品或服务项目上，可以注册使用相同或近似商标；(3) 商标权虽具有时间性特点，但可以续展，并且续展次数不受限制。

我国商标法规定的商标权主体，可以是依法登记从事生产、制造、加工、拣选或经销商品的中国法人、个体工商户、个人合伙，或外国法人和自然人。上述单位、个人提供的服务项目标记注册后，也对该服务商标享有专用权。

商标权的客体，是符合商标法规定的文字、图形及其组合构成的，经商标局核准注册的商标。商标权的客体只限于注册商标，包括商品商标和服务商标两种。

商标权的内容，是商标权人享有的权利和义务。商标权人享有以下基本权

利：(1) 注册商标专用权；(2) 变更权；(3) 转让权；(4) 许可使用权。承担下列基本义务：(1) 不得擅自变更、转让或长期停用其注册商标；(2) 保证注册商标的商品质量；(3) 按照规定缴纳各种费用。

根据我国商标法的规定，商标权的保护期为10年，期满时如需继续使用的应在期满前六个月内申请续展注册；在此期间没能提出的给予六个月宽展期。宽展期满仍未提出申请的，注销其注册商标。每续展一次为10年，次数不限。

3. 商标权纠纷案件的概念、种类

商标权纠纷案件是指商标权人因对商标的使用、转让而发生争议，向人民法院提起诉讼，以维护其合法权益的案件。

商标权作为国家赋予商标注册人的一种特殊权利，具有专有性、时间性、地域性的特点。商标权纠纷案件是属于工业产权纠纷案件的一种，为促进商品经济的发展，为社会主义市场经济保驾护航，要及时正确审理此类案件。

按照我国商标法第三十八条规定，有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：(1) 未经注册商标所有人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；(2) 销售明知是假冒注册商标的商品的；(3) 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；(4) 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

4. 审判人员对商标权纠纷案件的查证步骤

(1) 审查该案件是否应归本院管辖。根据有关法律规定，侵犯商标权纠纷案件一般是由侵权人所在地基层人民法院管辖，也可由侵权行为地的人民法院管辖。对于假冒他人注册商标的案件，应由假冒注册商标的人，也可由使用假冒注册商标人所在地的人民法院管辖。

(2) 审查当事人的主体资格。

(3) 审查是否超过诉讼时效。

(4) 询问当事人、证人。

(5) 对需要进行勘验、鉴定措施的商标采取相应措施。

(6) 向有关单位、个人收集证据材料。

(7) 在庭审过程中，出示证据，由双方当事人互相质证，以确定案件事实。

六、几类常见经济合同纠纷案件的民事查证

合同是当事人之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。任何合同一经

合法成立，就会在当事人之间产生民事权利义务关系，即债权债务关系。当事人双方对其在合同中设立的债权债务关系发生争议，诉诸于人民法院解决的纠纷，称为经济合同纠纷案件，合同是债发生的主要根据之一，一旦发生纠纷，就会引起诉讼。现今在人民法院受理的案件中，经济合同纠纷案件比重逐年上升，新的类型不断出现，这方面的查证工作也就更加繁重。

经济合同纠纷案件是以合同存在为前提，当事人双方对产生纠纷的一些情况较其他案件更清楚，强调其举证责任对做好民事查证工作也更具意义。各类经济合同纠纷的当事人均应对下列情况举证：

（一）合同签订情况

1. 当事人双方的主体资格方面。

2. 法定代表人的签约授权委托书或其他证明。

3. 签约情况及合同文本。

4. 特许合同的特许证明或计划任务书。

5. 签约各方开户银行的户名及账号。

（二）合同的变更和解除

1. 变更或解除合同的请求（送达方式及时间、原因、内容）。

2. 对变更或解除合同的答复（收到时间、意思表示、送达的方式和时间）。

（三）合同履行情况

1. 物资流向证明（存单、提单、运票、发货票等）。

2. 资金流向证明（银行结算票据、会计账簿）。

3. 劳务支出证明（劳务性质、人员、计工标准、劳动成果）。

4. 标的物证明（封存的样品、货物存放地点、保管人、技术标准、合格证、检验报告）。

5. 损失证明（物资损失情况及折资金额，占压资金及利息数额、减少收入数额）。

（一）购销合同案件的民事查证

1. 购销合同案件的概念、特征

所谓购销合同案件，是指购销双方当事人之间，因履行购销合同发生争议，诉诸人民法院解决的经济纠纷。购销合同案件主要有：购销合同效力的争议；变更或解除购销合同的争议；请求给付或追究违约责任的争议。

购销合同案件的特征主要有：

(1) 财产的所有权转移，是购销合同的目的和法律后果。钱货交易是商品所有权转移的典型形式，出卖人和买受人是通过这种商品和货币的交换形式来实现各自的经济利益。即出卖人的财产所有权因出卖而消灭，买受人则因购买而取得销售物的所有权。

(2) 购销合同的成立。购销合同是以双方当事人意思表示相一致为成立要件，除法律另有规定或当事人在合同中另有约定外，只要双方当事人依法达成协议，购销合同即告成立。

(3) 购销合同案件大多数表现为给付之诉。这是因购销合同是双务有偿合同，任何一方当事人不履行义务，都可能导致请求给付的发生。

2. 审判人员对购销合同案件的查证步骤

(1) 审查该购销合同案件是否属本院管辖。我国民事诉讼法第25条规定："合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。"所以，购销合同案件的管辖，应根据购销合同标的物所有权的形式不同而有所不同，一般动产，除车辆、船舶外，当事人在合同中有协议管辖的，按协议管辖，没有协议管辖的，按民事诉讼法第24条的规定，由被告住所地或者合同履行地的人民法院管辖。对不动产购销合同案，属于专属管辖，按民事诉讼法第34条规定。对协议管辖的，审判人员要注意审查本院与争议有无实际联系、当事人是否自愿等因素。

(2) 审查当事人的主体资格。对应参加诉讼的第三人、共同诉讼人没参加诉讼的，可依职权通知其参加诉讼。

(3) 审查是否超过诉讼时效。

(4) 询问当事人、证人。

(5) 需要勘验、鉴定的，依法组织。

(6) 向有关单位、个人收集证据。

(7) 在庭审中出示证据，由购销合同案件双方当事人互相质证，以最后核定证据。

(二) 加工承揽合同案件的民事查证

1. 加工承揽合同案件的概念、特征

所谓加工承揽合同案件，是指加工承揽人与委托定作人因履行加工承揽合同产生争议，诉诸人民法院解决的经济纠纷案件。

加工承揽合同案件有下列特征：

(1) 加工承揽合同案件是基于加工承揽人与定作人所签订的加工承揽合

同。审查该合同是否成立，是审理该类案件的首要任务，合同把当事人双方的权利义务固定下来，任何一方违反合同，均应承担相应的民事责任。

(2) 加工承揽合同案件中的合同以承揽人完成约定工作为内容。合同的标的不是承揽劳动本身，而是承揽人劳动的成果：既可以是体力劳动的成果，如修缮房屋，也可以是脑力劳动的成果，如著述作品、设计住宅等。要注意把此类合同的标的同客体区分开来，合同的标的是承揽人完成的“工作成果”，客体则是承揽人“交付工作成果的行为”。

(3) 加工承揽合同案件的标的具有特定性。加工承揽人是按照定作人的特定要求去完成工作，对于标的是要求特定的，不同于市场上的一般同类商品。比如，定作的衣服与商店里的同款式衣服是不同的。

(4) 加工承揽合同案件的合同是建立在定作人对加工承揽人信任的基础上。加工承揽人要以自己的设备、技术和劳动力独立完成，未经定作人同意不得任意转交第三人完成。但加工承揽人有权按照自己的工作条件，独立地制定工作计划、方案，确定工作方法，安排工作日产量等，定作人不得干预、妨碍承揽人的正常工作。

(5) 加工承揽合同案件合同中的加工承揽人在工作中自己承担风险。承揽人在独立完成工作的过程中，不仅对完成工作的质量、数量、期限等负全部责任，而且，即使由于出现了不可归责于承揽双方当事人的意外情况，如因不可抗力遭到损失，承揽人也应自己承担责任，不能以完成定作人交付的工作为由，要求定作人给付报酬或赔偿损失。

2. 审判人员对加工承揽合同案件的查证步骤

(1) 审查该加工承揽合同案件是否归本院管辖。我国民事诉讼法没有对加工承揽合同案件的管辖做专门规定，所以应依据该法第 24 条和第 25 条确定管辖。即有合法的协议管辖时按协议管辖；没有协议的，由被告住所地或合同履行地人民法院管辖。

(2) 审查当事人主体情况，以确定合格当事人参加诉讼。

(3) 审查案件是否超过诉讼时效。

(4) 询问当事人、证人。

(5) 需要对定作物或制作条件进行勘验、鉴定的，依法制作勘验笔录、取得民事鉴定结论。

(6) 向有关单位、个人收集有关证据材料。

(7) 在庭审中当庭出示证据，由当事人互相质证，以最后确定证据，查清案件事实。

（三）基本建设工程承包合同案件的民事查证步骤

1. 基本建设工程承包合同案件的概念、特征

所谓基本建设工程承包合同案件，是指基本建设工程承包合同的委托方和承包方因履行合同发生争议，诉诸人民法院解决的经济纠纷案件。

基本建设工程承包合同，包括建设工程勘察设计合同和建设安装工程承包合同。这类案件的特征有：

(1) 基本建设工程承包合同案件是以基本建设工程承包合同的存在为前提。该合同的订立有严格的程序性，立项、占地等均要经过有关管理部门的批准。

(2) 基本建设工程承包合同案件的双方当事人是法人。该合同发包方为建设单位，承包方必须是具有承揽工程项目的勘察设计或施工安装资格的单位。

(3) 基本建设工程承包合同案件的合同中的标的只限于基本建设工程。

(4) 基本建设工程承包合同案件中的合同要受国家的特殊监督。突出表现在当事人须接受建设银行的财政监督，合同的拨款、结算都必须经建设银行进行，专款专用。

2. 审判人员对建设工程承包合同案件的民事查证

(1) 审查该建设工程承包合同案件是否归本院管辖。根据我国民事诉讼法第 24 条规定，因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。在当事人双方没有协议管辖约定或约定不合法时，就应根据第 24 条确定建设工程承包合同案件的管辖。

(2) 审查当事人双方主体情况

(3) 审查案件是否超过诉讼时效。

(4) 询问当事人、证人。

(5) 对案件中涉及到需要勘验、鉴定的现场、物证、书证进行勘验或委托有关部门进行鉴定。

(6) 向有关单位、个人收集证据材料。

(7) 在庭审中，当庭出示证据材料，由双方当事人互相质证，以核定证据，查清真相。

（四）运输合同案件的民事查证

1. 运输合同案件的概念、特征

所谓运输合同案件，是指因承运人用约定的运输工具，在一定期间内将货物或旅客安全地运送到目的地，托运人或旅客付给报酬的协议发生争议，而诉

诸人民法院解决的经济纠纷。

运输合同案件按不同标准可划分为若干种类，最主要的是按运输对象分为货运合同案件和客运合同案件。运输合同案件有下列几个特征：

(1) 运输合同案件中的合同是双务有偿合同，合同的形式是标准化形式，即各种各样运输表格、承运单和客票。

(2) 运输合同案件中的运输合同是提供劳务类型的合同。该合同的客体是承运人将货物或旅客从某地运送到目的地的行为，承运的货物或旅客是运输对象而不是合同的客体。

(3) 运输合同案件的当事人一般是承运人和托运人双方，但在货物运输合同中经常还涉及第三方——收货人。收货人虽然不是运输合同的签订人，但其仍不失为合同一方的当事人，享有相应的权利并承担相应的义务。

(4) 运输合同案件种类繁多、跨度巨大。

2. 审判人员对运输合同案件的查证步骤

(1) 审查该运输合同案件是否应归本院管辖。对该类案件的管辖除依据民事诉讼法第 24 条和第 25 条处理外，我国民事诉讼法第 28 条还规定："因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。"

(2) 审查当事人主体情况。

(3) 审查该案件是否超过诉讼时效。

(4) 询问当事人、证人。

(5) 需要对货物、人身、运输工具等进行勘验或鉴定的依法采取措施。

(6) 向有关单位、个人收集证据材料。

(7) 在庭审中，当庭出示有关证据材料。由当事人对其进行质证，根据质证结果，认定案件事实。

第六节　律师调查取证

民事诉讼证据既是当事人用以证明自己的诉讼请求或者诉讼答辩的重要手段，也是人民法院据以查明案件事实、正确解决民事纠纷的根本保证。因此，律师作为一方当事人的诉讼代理人，要争取胜诉，维护当事人的合法权益，就必须把代理工作的重点放在调查收集证据上，并在诉讼中把握全局，适时举证。

一、律师调查取证的必要性

（一）律师调查取证是维护当事人合法诉讼请求的需要。“谁主张，谁举证”是民事诉讼举证责任的一般原则。在诉讼中，当事人对自己的诉讼请求所主张的事实有责任提供证据。而其主张能否成立，则要看人民法院对其主张事实所依据的证据能否给予认定。能认定的，主张成立，请求则可得以支持；否则，就要承担对其不利的后果。律师接受当事人的委托后，成为当事人的诉讼代理人，就有义务为当事人调查、收集证据，以维护委托人的合法利益。

（二）律师调查取证是帮助人民法院查明事实，正确处理民事、经济纠纷的需要。在代理民事诉讼过程中，律师通过调查取证，可以获取大量的证明材料，而这些证明材料对人民法院查明案情，认定事实，往往起着很大的帮助作用。人民法院通过对收集的证明材料进行审查判断，最终作出认定。律师作为社会法律工作者，通过为当事人提供法律服务来维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，发挥律师在社会主义法制建设中的积极作用。

二、律师调查取证的法律依据

民事诉讼法第58条第2款规定，律师可以被委托为诉讼代理人。第61条规定，代理诉讼的律师有权调查收集证据，可以查阅本案有关材料。律师法第25条规定，律师可以接受民事案件当事人的委托，担任代理人，参加诉讼。第30条又规定，律师参加诉讼活动，依照诉讼法的规定，可以收集、查阅与本案有关的材料，出席法庭，参与诉讼。从以上规定可以看出，律师调查取证是法律赋予律师的一项权利，同时，从律师与委托人之间的关系看，又是一项义务。律师与民事诉讼当事人一经订立委托代理诉讼合同，就依法确立了调查取证的权利义务关系，律师作为社会法律工作者，应严格履行自己的神圣职责，尽心尽力，深入实际，调查取证。

三、律师调查取证应遵循的原则

（一）客观、全面原则

所谓客观，就是要尊重客观事实，从实际出发。所谓全面，就是要尽可能地收集能够证明案件真实情况的一切证据。人民法院审理案件，关键在于查明事实，确定双方当事人与本案的真实关系，然后才能根据实体法的有关规定，对双方当事人争议的法律关系作出正确的判断，这就要求赖以定案的诉讼证据必须客观真实。民事纠纷及经济纠纷是民事、经济法律关系设立、变更和消灭过程中，以及争执过程中形成的情况，必然为当时的见证人所耳闻目睹，或者

以某些书面材料、物体的外形、特征所记载和表现出来。因此，律师在调查取证时，一定要注意案件发生过程中人或物一定的联系、留下的痕迹、物品、书面材料的印象等，客观全面地去收集证据，其中既包括对委托人有利的证据，也包括对委托人不利的证据。同时，还必须排除委托人本身有时为达到目的而故意歪曲事实的陈述和提供的某些不真实的证据。

（二）合法原则

这一原则要求律师调查取证必须具备合法的前提，并且要采取合法手段进行。律师在民事案件中的诉讼活动是以当事人的委托代理人身份出现的，是在当事人的授权范围内活动的，因此，经当事人委托是律师调查取证的先决条件。根据律师法第35条的规定，律师在执业活动中不得私自接受委托，私自向委托人收取费用，收受委托人的财物。更不能以律师的身份在诉讼中进行超出办案范围的活动。因此，律师事务所接受当事人委托统一受案后，指派律师承办某项案件。受指派律师在办完委托手续后，持“律师执业执照”和律师事务所出庭函及调查证明到法庭方可进行查阅案卷材料或进行必要的调查取证活动。这是律师调查取证的合法前提条件。律师在调查取证时，要严格按要求取证，调查笔录要经被调查人核对签字，复制被调查单位的材料，要经其核实并加盖印章，询问证人时，不得采取威胁、诱骗等非法手段进行，录制对方当事人谈话要经其同意等。

（三）保守国家秘密、商业秘密、个人隐私原则

律师在调查取证时，为全面广泛收集证据，就有可能接触了解到一些与案件有关的国家秘密、商业秘密及个人隐私。对此，律师应予保密，不得泄露和传播。律师法第33条明文规定：“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私。”否则，依据第44条、第45条的规定，要承担相应的法律责任。

四、律师调查取证的方法

律师调查取证应当认真及时，深入细致。从证据的收集来看，只有及时调查取证，证人才便于寻找，证言的真实性才更大，物证、书证、视听资料等才容易取得，否则，时过境迁，由于自然条件的变化或者其他原因，就会给取证工作带来困难。同时，律师取证，决不能粗枝大叶，马马虎虎，而必须认真查明案件有关情况的来龙去脉，善于透过表面现象抓住事物的本质，找到对查明案情有实际意义的证据。从实践来看，律师收集调查证据工作一般是在法院开庭审理前或庭审中完成的，其方法主要有以下几种：

（一）向委托人调查

律师接受委托后，为进一步掌握案件事实，可与委托人进行谈话，要求委托人详细说明事实的起因、经过和后果，明确双方争执的焦点和具体的诉讼请求。由于委托人是纠纷当事人一方，所以，委托人所谈有关事实，律师应当认真记录。同时，通过谈话，律师还可根据职业经验发现其他证据及证据线索。与委托人谈话的同时，还应向委托人收集有关书证、物证等证据。如合同、函电、书信、鉴定及有关书证、物证及视听资料，并要求委托人具体说明所提供证据的来源，以便进一步调查核实。

（二）通过阅卷获取证据

这是代理律师常用的，也是主要的方法，但运用时一定要认真仔细，并注意摘抄或复印必要的内容。通过阅卷，可以获取对方当事人提供的证据，以及法院调查取得的证据，这样可使所掌握的证据更为充分、翔实。

（三）律师协助调查

律师通过与委托人交谈，并要求其提供有关证据后，便掌握了基本的证据及证据线索。对有些证据材料，律师认为不清楚的，可以协助当事人进一步收集，以便使当事人能够尽量履行其应承担的举证责任。

（四）律师单独调查

在调查取证过程中，对那些不需要当事人参加调查的事实和对象，可由律师单独进行调查。律师在外出调查时，必须出具有关证件及手续，否则，有关人员可不予协助。

（五）申请法院调查

律师在民事诉讼过程中，若出现因客观原因不能自行收集的证据时，可向人民法院提出申请，请求人民法院依职权进行调查。申请中应写明调查的对象、目的及申请法院调查的理由，以供法院调查时参考。同时，对有关财会账目，可提出审计申请；对有关争执的书证，可提出鉴定申请等。

（六）配合法院调查

法院调查是为了查明案件事实，而律师调查最终也是为了协助法院查明事实真象。律师调查除独立进行外，在有些经开庭审理，事实仍不清楚的情况下，还要积极配合法院的调查活动，主动提供证据来源及线索，配合现场勘验及有关鉴定活动，为法院调查取证创造有利的条件，而不得以任何理由阻碍法院的调查取证工作。

（七）在法庭上通过提问取证

在庭审中，对方当事人为达到诉讼目的，有时可能歪曲和隐瞒事实真相。为了制止当事人的这种行为，也为了使真相大白，代理律师可运用法律赋予的权利，采取发问的方法。发问时，重点应放在审判人员询问时遗漏的问题上，而这些问题的查明有利于弄清案件真相。律师不仅可以向当事人发问，而且还有权向证人及鉴定人发问。但无论向谁提问，都应当围绕争执的焦点和矛盾所在，而不要随心所欲，漫无边际，已经查清的事实，则无发问的必要。作为代理律师，不仅要注重庭前的调查取证，而且应根据庭审中发现的新问题，新证据来补充自己的代理词，使代理意见建立在牢固的基础之上。

五、把握时机，适时举证

律师对调查收集的证据，要根据案件进展情况，及时提供给法庭，以充分发挥其应有的作用。在民事诉讼中，当事人有责任对其主张的事实向法庭提供证据加以证明，凡证明不了的，则要承担对其不利的后果。这就要求律师代理民事诉讼时，不仅要全面、客观的收集证据，而且还要正确运用证据，对证据的真实合法性及在案件中的作用进行充分的阐述。根据举证责任分配的原则，明确哪些证据应由对方当事人举证；哪些证据应由本方当事人举证；什么情况下举证责任转移；什么情况下适用举证责任倒置原则。掌握好举证的时机和节奏，配合法院的调查活动，适时举证，而不能盲目举证。实践中，有的律师将所收集的全部证据材料不加分析研究，便一股脑地提交给法庭，这种做法，往往收不到好的效果，有时还会使自己处于被动境地。囤积居奇，突然袭击的做法也不利于法院对事实的调查，因而，也是不可取的。

六、识别证据，排除伪证

律师通过自身的工作，可能会获取大量的证据材料，有的与案件事实有关，有的可能与案件事实无关，还有的可能是虚假的，属于伪证。如何在实践中识别利用证据，则成为律师的一项基本功。影响正确识别证据的原因很多，有的是委托人提交的证据虚假，有的是证人或当事人作虚假陈述，甚至法院附卷的证据未经双方质证，从而使律师阅卷难辨真伪等等。还有代理律师主观方面的因素，如只注意有关材料的内容，而对识别证据的真伪缺少知识或不予重视，甚至出于个人目的，采取非法手段收集证据，纵容帮助委托人提供伪证或亲自向法院提供虚假证据等等。

在实践中，律师识别伪证要做到以下几点：第一，要有公正办案和对当事人认真负责的态度。律师是法律工作者，承办任何案件都要从维护国家法律尊

严的角度出发。在实事求是、证据真实可靠的基础上办案，对接触到的本方和对方证据都要认真审查。发现疑点，应提请法院或当事人即予澄清，不能办糊涂案。对本方当事人提供的证据，也要进行识别，不能只顾立案，不顾判案。第二，要掌握一定的识别证据的基本知识，不能主观臆断。识别证据的基本知识，来自对有关法律理论的掌握和一定的办案实际经验，对于不同种类案件要侧重不同的证据进行识别，对于司法实践中有可能出现伪证的情况要重点进行分析。随着科学技术的不断进步和高科技案件种类的增加，对有关专门的技术要有所了解，以便识别有关证据的真伪。第三，要遵守分析判断证据的一般原则，即在综合案件全部证据材料的基础上，对其客观性、关联性进行分析研究。

在民事经济案件中，律师发现伪证后，应分别情况，予以处理。第一，若是本方当事人提供的，应及时指出其行为的违法性，做好说服教育工作，使当事人能够主动承认错误，澄清事实真相，并承担由此产生的法律责任。第二，对明知为对方当事人修改或伪造的假证，要揭露虚假证据提供者的违法行为，督促法院依法追究其相应的法律责任。第三，对于证据不清或难以确定其是否属伪证的情况下，要利用法庭辩论机会充分展开辩论，以质证方式加以确认。

七、律师违法调查取证、提供伪证的法律责任

律师作为诉讼参与人，应当严格按照法律规定参与诉讼，不得伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件，不得采取暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证。若出现以上违法行为，人民法院可根据民事诉讼法第 102 条的规定，视情节轻重，予以罚款、拘留；构成犯罪的，还要追究其刑事责任。除此之外，司法行政部门还可根据律师法第 35 条、第 44 条、第 45 条的有关规定，视情节轻重，分别给予警告、停止执业 3 个月以上 1 年以下、吊销律师执业证书等处罚，有违法所得的，还要没收违法所得。

第六章 民事证据的审查与判断

第一节 审查判断证据的概念和意义

一、审查判断证据的概念

人民法院审理民事案件，认定当事人胜诉与否的关键在于证据是否确实充分。所以，审查判断证据是审理民事案件的一个必经程序，是整个民事案件审理活动的一个重要组成部分。

审查判断证据是人民法院审判人员对当事人及证人提出的证据和法院收集的所有证据进行分析、研究，按照一定的原则鉴别真伪，确定证据的证明力，从而认定案件事实的活动。审查证据和判断证据是相互联系，不可分割的两个过程，前者是前提和基础，后者是结果。审查证据是人民法院的审判人员在诉讼参与人的参加下，通过开庭审理的方式，对案件的全部证据进行查证和核实的诉讼活动。没有对证据的审查，就不可能作出正确的判断。判断证据是审判组织对案件的全部证据，确认其证明力的一种思维活动。它既是审查证据的目的和结果，同时也是审查证据的继续和发展。

对证据的审查和判断，包括对每一单一的证据和全部证据的审查判断。审查判断全部的证据，首先必须从每一单一的证据开始。此证据的审查与判断又必须联系彼证据才能进行。因此，每个证据的审查判断同全部证据的审查判断是相互印证，彼此联系的辩证关系，两者不能截然分开。

二、审查判断证据的意义

在民事诉讼中，当事人提供证据和人民法院收集调查证据，其目的是为了正确运用证据，查明案件事实，从而依法处理案件。正确运用证据的前提是查明证据的真伪，只有证据确实、充分、可靠，才能保证准确查明案件事实，防

止错案发生。在司法实践中，当事人及其诉讼代理人提供的证据以及人民法院收集、调查的证据，有的与案件事实有一定的联系，有的没有联系或联系不太密切，有的表面虽有联系但经过审查分析后实际上无联系；有的对案件事实证明力大，有的证明力小或有待审查确定；而且也不排除有的当事人及其诉讼代理人提供虚假证据或证人提供伪证。因此，审查核实证据，确定各种证据证明力的有无或大小，是人民法院的一项重要工作。做好这项工作，对于人民法院正确运用证据，查明案件事实，分清责任是非，保证民事案件的审判质量，具有十分积极的意义。同时，审查判断证据的全过程，也是衡量审判人员分析能力和业务素质高低的集中体现。

第二节　审查判断证据的原则和方法

实事求是，是马列主义分析问题和认识问题的出发点，也是我们进行一切工作的指导原则。我国的法院是人民民主专政机关，是人民的法院，这就决定了法院在审理民事案件过程中，要确定案件是否客观事实，就得用辩证唯物主义的世界观和方法论，用实事求是的原则去指导我们的工作。只有坚持实事求是的原则来审查核实证据，才会审查出这类证据的实质内容，才会把隐蔽在证据中的假象辨别出来，进而揭示证据事实与案件事实的内在必然联系，对案件作出正确的裁判。审查判断证据是我们对证据认识的过程，这个过程必须以客观事实为依据。但是，审查证据并不是纯客观的东西，它是审判人员主观见之于客观的思维活动，这种活动必须建立在客观的基础之上，通过对证据的感性认识上升到理性认识，再回到实践中去接受检验。这就需要审判人员将丰富的感性材料加以去粗取精，去伪存真，由此及彼，由表及里地进行逐步认识，才能以真实可靠的证据证明案件事实。如果不从客观实际出发，只凭自己的主观想象，任意猜测、臆断，对感性材料掐头去尾或添枝加叶，只能导致对证据的错误认识，进而会错误地认定案件事实。

与此同时，运用实事求是的原则指导审判组织和审判人员审查判断证据，还必须掌握科学的、正确的方法。具体方法是：

一、对证据来源进行审查

在民事审判活动中，证据的来源比较复杂。有当事人及其诉讼代理人提供的，有证人提供的，有人民法院调查收集的，也有鉴定部门的鉴定结论等。对

于这些不同渠道来的证据，人民法院都要予以审查，特别是对当事人及其诉讼代理人和证人提供的证据，更应鉴别其真伪。

（一）**要审查提供证据的目的**。当事人是案件的利害关系人，提供证据是为了保护自己的权益，其提供证据的目的比较明确，有一定的倾向性。证人提供的证据有两种情况，一种是与案件有利害关系的人，一种是与案件没有利害关系的人，由于两者作证的出发点和目的不同，其证据可信程度也不一样。一般来说，后者的可靠性比前者要大。鉴定部门的鉴定结论是受人民法院委托，通过科学技术手段得来的，其目的就是为了证明案件的真实情况，所以，其证明力通常是可信的。此外，还要审查证人是否在外力威吓、引诱的情况下作证，如果是在外力的作用下提供了证人证言，一般不能作为认定案件事实的依据。

（二）**要根据证人的行为能力和文化水平进行审查**。有完全行为能力的人提供的依据，其可信程度相对较大，无行为能力的人一般不能为案件事实作证，耳聋、眼瞎等限制行为能力的人，由于对事物认识具有片面性，其证据可能是不准确或不真实的。由于证人文化程度有高有低，分析事物和看待问题的能力也有区别，这也决定所提供证据在证明案件事实的力度上也不一样。

（三）**要对提供证据的证人获得证据的途径进行分析**。证人提供的证据直接证据和间接证据之分。直接证据是证人直接感知的，其证据的可靠性大一些。间接证据也有一定的可信成份，但必须通过其他证据印证。至于有些道听途说的东西，则不能作为证明案件事实的证据。审判实践中，因当事人及其诉讼代理人受某些条件的限制，有些证据不可能向法院提供，这就需要人民法院主动收集调查证据，对于这些证据，也要审查其程序是否合法。如收集证人证言，应告知证人在诉讼中的权利与义务；对鉴定人有回避情节的，应更换符合条件的鉴定人；勘验笔录必须由审判人员自己进行，并遵守法定程序，当事人不能制作勘验笔录。

审查证据的来源是审查证据的前提，其目的是保证证据的真实性、客观性。如果证据的来源不可靠或不合法，就不能采纳。证据的内容也就不必审查，因为这种证据对案件没有任何实际意义。

二、对证据内容进行审查

证据的内容是指证据本身所记载和反映的客观事实。对证据的内容进行审查，首先要查明证据所记载或反映的事实是否真实可靠。它包括一方面要审查是否有其他事物证明这个证据是真实可靠的，另一方面要结合案件中的其他证

据印证证据的客观性，证明这一证据的内容确实是客观存在的。其次要审查证据内容本身有无矛盾。证据的内容必须符合客观事物发展的规律。如果证据的内容含糊，模棱两可或者自相矛盾，就不能证明任何案件事实。要通过审查，对全部内容不真实的证据依法不予采纳；对部分真实部分虚假的，采纳真实的部分；对证据内容互相矛盾的，在分析研究的基础上，确定其真伪，对真实的内容予以采纳，对虚伪的内容不予采用。第三，要审查证据的内容是否与案件事实有必然的联系。无论证据来源于何种渠道，它必须与案件事实有内在的、必然的联系，能够证明案件事实的一部分或全部。如果与案件事实没有必然的联系，即使证据是真实的，也不能证明案情。

三、对证据形式进行审查

民事证据分书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录等。无论是什么类型的证据，其形式必须是合法的。因此，在民事案件审理过程中，证据形式是否合法显得十分重要，特别是法律有特殊要求的，更应注意对其形式进行严格审查。如：合同书要经过双方当事人的签名盖章，证人证言如果是书面形式的，要有证人的签名或盖章，如果是口头的，必须作好笔录，并经证人签名盖章；鉴定结论要求鉴定人以个人的名义在鉴定书上签名盖章，而不是以单位名义；勘验笔录必须依照法定程序并作好记录等。对证据的形式进行审查，一方面能够确认证据是否伪造，形式是否真实，从而确定证据的真实与否；另一方面能够确认证据的合法性，从而决定证据能否纳入诉讼程序中予以采用。只有符合法律规定的，形式上合法真实的证据，才有可能被纳入诉讼程序中予以认定。

四、对各种证据的特点进行审查

各个不同类型的证据，均有其不同的特点，对案件事实的证明力也不尽相同。一般来说，书证、物证、视听资料比当事人陈述及证人证言确实可靠，但书证、物证、视听资料也容易被伪造。同时，就书证来说，又有不同的分类，它包括公文书证和非公文书证，处分性书证和报导性书证，普通形式的书证和特殊形式的书证等，其中，公文书证和特殊形式的书证又比非公文书证和普通形式的书证有较强的真实性和可靠性。因此，人民法院在审查核实证据时，应根据各种证据不同特点进行审查。如对证人证言，要注意审查证人与当事人是否有利害关系，其文化水平、认识能力如何，以及他了解案件事实的时间、地点、环境等外界条件。对书证应注意审查属于有关单位制作的公文书证或是个人制作的非公文书证，公文书证是否符合公文规范，是否属于伪造等。对视听

资料要审查其是在何时形成，是原件还是复制品，有无剪接伪造等情况。只有对不同的证据进行具体的分析，才能确定证据有无证明力。

五、将各类证据联系起来进行综合审查判断

每个单一的证据只能证明案件事实的一个侧面，因此，对单一证据的审查只是局部的、零碎的，不能认识案件事实的全部。只有将每一个证据综合起来进行分析判断，形成证据锁链，才能以真实可靠的证据作为定案依据，使所认定的案件事实准确无误。司法实践中，对证据的综合审查判断必须注意以下几个方面：

（一）**所有的案件事实是否都有证据证明**。它包括原告起诉时提出诉讼请求所依据的事实和理由，被告答辩反驳原告诉讼请求所依据的事实和理由，人民法院在审查案件时主动调查到的有关事实。其中，当事人主张的法律事实需要证明，如当事人之间的法律关系是怎样发生、变更和消灭的，谁应享受权利，谁应承担义务等。当事人主张的程序上的事实需要证明，如当事人申请审判人员回避所依据的事实，申请延期审理、中止诉讼所依据的事实等等。此外，用来证明案情的每件证据的真实性也需要加以证明。

（二）**必须注意客观、全面，防止主观片面**。在审查证据的过程中，要注意对全部证据进行审查，切忌凭自己主观想像、个人好恶任意取舍。如只对一部分证据进行审查，而对另一部分弃之不理，其结果只能导致错误的判断。审查时，既要注意审查肯定法律关系产生、变更、消灭的证据，又要注意审查否定法律关系产生、消灭的证据，只有这样，才能正确认定案件事实，确保案件质量。

（三）**审查证据与证据之间、证据与案件事实之间有无矛盾**。民事案件双方当事人往往矛盾比较激化，在许多情况下，总是各执一词，分别提供不同的证据来证明自己的主张。如果单方面审查一方提供的证据，不容易查明案情，但如果全面考察双方提供的证据，就可以发现矛盾所在。实际上，在民事诉讼中，审判人员正是通过不断发现矛盾，分析和解决矛盾来逐步认清案件事实，然后依法得出正确的案件结论。

第三节　审查判断证据的艺术

审理民事经济案件具有很强的艺术性。而最需要注意艺术因素的是民事证

据的审查与判断。因此，审查判断证据的艺术在广义上，是指民事证据的审查判断过程中，一切升华了的技巧、方法的总称。在狭义上，则是审判人员审查判断证据的技巧和方法的理论。民事审判的艺术包含语言艺术、心理艺术和权威艺术等几个方面，与此相适应，民事证据审查判断的艺术也包括这三个方面。

一、审查判断证据的语言艺术

审查判断证据的语言艺术是审判人员如何正确、巧妙地运用语言来审查判断证据的各种方式、方法、策略和技巧的总和。审查判断证据的语言艺术具有规范性、庄重性和合法性的特点，它既包括口头语言艺术，也包括书面语言艺术。

（一）**审查判断证据的口头语言艺术**。民事证据需要判断的全过程都是审判人员以口头语言为手段，依照法定程序有条不紊地进行的。依照我国民事诉讼法的规定，作为证明案件事实的证据必须由当事人双方当庭质证，未经质证的则不能为证据使用。因此，如何正确引导双方当事人举证质证，口头语言艺术十分重要。

1. 通俗易懂，表达准确。因为审判人员运用口头语言的目的是为了让诉讼参与人既要听懂，又要理解其意，所以，审判人员口头语言必须吐字清晰，陈述清楚，表述准确，发音正确，声音洪亮，语调适度。切忌因口述不清而引起诉讼参与人误解，得出错误的结论。

2. 思维清晰，逻辑严密。口头语言表达要言之有序，条理清楚，衔接得法，脉络分明，逻辑性强。证据锁链要一环紧扣一环，切忌思想混乱，颠三倒四，自相矛盾，不能自圆其说。

3. 措辞得当，法理寓审。在审查判断证据过程中，口头表述往往由于措辞不当，或因一字之差，一词不妥而造成对证据认定的差错，进而影响整个案件的审查质量。审判人员在要求自己措辞得当的同时，还可以针对诉讼参与人语言表达上的逻辑矛盾，击中要害，使证据越辩越清晰。

4. 抓住重点，扣住主题。证明案件事实的证据有多有少，有主有次。口头语言应抓住重点，切事而论，抓住要害，紧扣主题，全力突破，主次分明，先主后次。切忌泛泛而谈，面面俱到，主次不分，与案件有关的主要证据没有得到认证，而与案件关系不大的证据却认证非常仔细。

（二）**审查判断证据的书面语言艺术**。书面语言艺术是审判人员巧妙、规范地运用书面语言在所制作的法律文书中对证据审查判断的方式、方法和技

巧。书面语言是对民事证据审查后结论性的判断和认定，其重要性不言而喻。

1. 字斟句酌，用语准确。字、词、句准确是书面语言的生命线，也是判断证据的关键用语所在。民事审判法律文书中对证据如何认定判断，是直接关系到当事人如何享受民事权利和承担民事义务。如在准确性上稍有失误，就可能差之毫厘，失之千里。特别是在关键性的证据上，即使是一字之错，一句之误，也会造成严重后果。

2. 讲究修辞，合乎语法。语法在审查判断证据的书面语言中是个遣词造句的技巧问题。遣词是否恰当，语句是否流畅，关键在于语法是否规范。特别是在证据与事实之间的因果关系上要合乎语法，不能发生所认定的证据与事实没有因果关系或所认定的证据不能证明所发生的事实。语法有错，语句有病，修辞不当，不仅可能引起人们对证据的误解，还会有损于法律的尊严。

3. 层次分明，结构严谨。在民事案件中，案件事实有一个或多个，有主要的也有次要的。那么，与此相适应，证明案件事实的证据有多有少，有主次之分。审判人员在运用书面语言艺术审查判断证据时，就要求层次分明，一个证据证明一个案件事实，主要事实由主要证据来证明，使每一个证据与每一个事实之间层次分明，顺理成文，浑然一体，结构严谨，无懈可击。

二、审查判断证据的心理艺术

心理艺术是审判人员自觉、有效地运用心理科学审查判断证据过程中派生的，反过来又用于证据审查判断的意识现象。它既有审判人员的自我意识心理艺术，也有运用于当事人的主要心理艺术。本节主要阐述在审查判断证据中如何运用于当事人的心理艺术。

（一）**强制再社会化**。再社会化是指个体的生活环境或所担任的社会角色发生急剧变化时，为了适应这种新的情况，个体的生活习惯、行为准则、价值观念等需要作出重大调整，进行再学习。再社会化有两种基本形式，一是主动的再社会化，即依靠个体自觉地行动和心理感应完成的。二是强制性的再社会化，即个体被强制的再社会化。

审判人员要担当强制当事人再社会化的任务。当事人来自于社会生活的各个方面，他们涉足民事法律领域，而不能把握民事法律政策规范的含意；他们生活在法制生活领域而又不能理解民事审判的国家强制力。审判人员为了有效地审理民事案件，正确判断民事证据，教育当事人遵纪守法，恪守社会公德，就必须运用民事审判的强制力和权威性向当事人灌输法律意识、程序观念和责任感等。

（二）**掌握各诉讼参与人的心理特征**。当事人的身份不同，其心理特点也不一样。一般来说，原告的心理特征是谋求公正、维护人身权益和财产权益、排除压抑、解除痛苦等；被告的心理特征有的表现为通情达理，有的表现为强烈对立，有的则抵触不满，缺乏耐心等。此外，各诉讼参与人在不同的诉讼阶段，其心理特征也不一样。审判人员掌握了当事人的不同的心理特征，就可以获取不同的证据，再判断哪个证据是真实可靠的，哪个证据是虚伪的。

（三）**纠正当事人不良动机**。审判人员在审查判断证据时，不可避免地要了解当事人的动机。不同的心理特征，表现出不同的动机。如原告举证的动机，被告反驳的动机等。审判人员了解当事人动机的内容、强度和清晰度，从而对那些不健康的利益动机和损人 的动机采取纠正措施。一般采取直接剖析、指明危害、宣布无效的办法，使其不良的动机受到抑制，正确和善良的动机得到肯定和发挥。

（四）**调动社会力量给当事人以影响**。对当事人举证的审查判断，有时还需要依靠社会的力量。因为当事人所提供的证据在有的情况下审判人员不易辨别其真伪，而有些社会力量则对当事人比较了解，证据可信程度如何一目了然。因此，灵活地采用社会影响手段，可以克制当事人的不良心理，促使其向法庭提供真实可靠的证据，具体办法是，在公开审判或庭内外调查取证时，邀请当事人的亲属或单位负责人协助规劝，做好说服工作。

三、审查判断证据的权威艺术

人民法院代表国家行使审判权，审判人员的一言一行对当事人都具有强制性。因此，如何避免当事人或证人提供伪证，怎样审查判断证据，都需要运用权威艺术。

（一）**审判人员良好的心理素质**。审判人员良好的心理素质，会对双方当事人和其他诉讼参与人产生潜移默化的作用。审判人员无私无畏，不骄不躁，有情有义，谨慎刚劲，思维敏捷，使当事人感受到法院的权威感，也使那些存有侥幸心理的当事人害怕提供虚假证据而被审判人员审查判断出来，从而不敢提供虚假证据。

（二）**庄严肃穆的审判气氛**。规范性的庭审场所和审判人员规范性的着装，会使法庭显得庄严肃穆，体现了法律的威严。有了这种氛围，就可以将一种强大严肃、公正的权威信息传递给周围的人，给当事人一种震慑的作用。

（三）**廉洁的作风和较强的办案能力**。依法办案，不接受吃请和贿赂，可以避免当事人产生审判人员不能秉公办案和有冤无处诉的错误。而及时准确适

用法律，有较强的办案能力，不仅能真正建立和维护权威，更重要的是使当事人感到提供伪证徒劳无益，也使审判人员在审查判断证据时起到事半功倍的效果。

第四节 形式逻辑在审查判断证据中的运用

形式逻辑是关于思维形式的结构及其规律的科学。思维形式包括概念、判断和推理。形式逻辑不研究思维形式的具体内容，而是研究思维形式的结构及其规律。具体地说，它研究如何才能做到概念明确，判断恰当，合乎逻辑；如何才能做到思维严密，证明或反驳有力等。审查判断证据是个思维的过程，必须服从思维的一般规律，因此形式逻辑在审查判断证据过程中具有积极的指导意义。

形式逻辑只能是解决思维形式是否正确的问题，不能解决全部认识问题。与民事诉讼有关的事实，只凭形式逻辑是不能查明的。审判人员必须以马克思主义的辩证唯物论为指导，从案件的实际情况出发，具体情况具体分析，对全案证据进行综合研究，认真分析和解决案件中的各种矛盾，用证据证明案件事实。形式逻辑所研究的思维形式的结构及其规律，在审查判断证据中均具有重要意义。一方面审判人员应善于运用形式逻辑的规则与规律发现证据中的逻辑错误，以利于对证据审查判断；另一方面，审判人员在运用证据进行推理、判断来证明案件事实时，也必须遵守形式逻辑的规律与规则，否则，认识将发生错误。

审查判断证据离不开概念、判断和推理。概念是反映事物本质属性的思维形式。概念明确是正确思维的首要条件。概念不明确，就不可能有恰当的判断以及合乎逻辑的推理与证明。所谓要明确概念就是要明确概念的内涵和外延。在对证据的审查判断中，必然涉及到如证据、案件事实、过错责任等概念的运用。如审判人员在思想上对这些概念的内涵和外延不明确，就无法对证据正确地进行审查和判断。

判断是对事物有所肯定或否定的一种思维形式。判断要恰当，这是正确思维的又一重要条件。审查民事证据时离不开各种形式的判断，如直言判断、模态判断、联言判断、选言判断、假言判断等。掌握各种形式的逻辑知识，有助于防止和减少判断中的错误，也不至于用错误的证据来证明案件事实。

推理是由一个或几个已知判断推出另一个新判断的思维形式。一切推理都

由前提和结论两部分组成。推理在民事证据的判断与审查中具有十分重要的意义，也是常用的一种逻辑思维方式。推理包括演绎推理和归纳推理两种形式。归纳推理是由个别前提引出一般结论的推理形式，演绎推理是由一般推出个别。归纳推理与演绎推理相互联系、相互补充可以在审查判断证据中发挥巨大的作用。审查判断证据必须遵守归纳推理和演绎推理的原则，否则结论将是错误的。

形式逻辑的基本规律是同一律、矛盾律、排中律和充足理由律。在民事证据的审查判断中，运用最多是前三项基本规律，正确运用这些规律，虽不能保证对民事证据判断绝对正确，但违背这些规律则肯定会发生认识上的偏差。

形式逻辑中的同一律即是在同一思维过程中，每一思想与其自身是同一的。运用同一律审查判断证据，就是要求审判人员对证据的审查判断要有确定的内容，亦即要有确定的内涵和外延。同时对证据所作的判断必须有确定的、同一的含意，是什么判断就是什么判断，是真的就是真的，是伪证就是伪证。司法实践中审查判断证据违反同一律的主要表现是偷换概念和转换论题。也就是在审查判断证据中故意违反同一律的要求，把不同的概念当作同一概念加以使用或无意识地违反同一律的要求，使议论离开了论题。所以，审查判断证据必须遵守同一律，审查判断运用的概念必须始终同一，否则就不能得出正确的结论。

形式逻辑中的矛盾律即是在同一思维过程中，两个互相否定的思想不能同真，必有一假。运用矛盾律审查判断证据，就是要求审判人员对涉及案件事实的证据不能既断定它是什么，又断定它不是什么，即不能同时肯定两个互相矛盾或互相反对的证据都是真的，必须确认其中一个是假的，如在民事案件中，有的当事人编造事实，有的证人作伪证，有时候可能会出现当事人的陈述与证人证词逻辑上的矛盾，分清是非，正确认定证据，从而鉴别证据的真伪，揭露矛盾，解决矛盾。

形式逻辑中的排中律即是在同一思维过程中，两个相互矛盾的思想不能都假，必有一真。运用排中律审查判断证据，就是要求审判人员对案件的事实在同一时间内，由同一方面，对同一事实来说，两个矛盾判断不能都是虚假的，其中必有一个是真实的，另一个是假的，没有第三种可能。民事案件的确定性要求审判人员判明与案件有关的所有证据，因此，排中律在民事诉讼中的运用是比较普遍的。司法实践中审查判断证据违反排中律的逻辑错误是模棱两可或两不可。模棱两可的错误是指对两种矛盾判断的结果都加以肯定，动摇于两者之间，而不明确指出其中哪一结果是正确的。所谓两不可的错误，就是对两种

矛盾判断的结果都加以否定，而得出含糊不清的第三种结果。对此，审判人员在审查判断证据时都应加以注意。

形式逻辑的证明，是根据已知的真实判断来确认另一判断的真实性的思维方式。证明由论题、论据、论证三部分组成。民事诉讼中运用证据证明案件事实就是一个证明的过程。如论据必须是真实可靠的判断，论据和论题之间必须有必然的联系，论证必须是正确的。这些规则运用于审查判断证据中就是，证据必须是切实可靠的，才能作为定案依据，证据与案件事实之间必须有因果关系，审查判断证据的方法要正确等等。违反这些规则，就可能出现逻辑错误，如虚假论据、预期理由、循环论证、不能推出等，从而影响案件的客观事实。其中，预期理由的错误是指论据本身的真实性尚待证明，如果证据没有查证属实就作为定案依据，从逻辑上说就是犯了预期理由的错误。循环论证是指在一个证明中，论题需要论据来证明，而论据又需要论题来证明，以至什么都不能证明。不能推出的错误是指论据本身虽然是真实的，但根据这样的论据推不出论题。如果当事人和证人提供的证据与案件事实之间没有联系，或是证据不充分，不足以证明案件事实，就出现不能推出的现象。

此外，形式逻辑中的反驳是用确实可靠的判断证实某一个判断的虚假性的思维过程。反驳可以通过反驳论题、反驳论据和反驳论证的方式进行，这在审查判断证据中也是常用的一种方法。总之，审查判断民事证据必须以辩证唯物主义为指导，而形式逻辑在审查判断民事证据中具有不可忽视的作用。

第五节　科学技术民事诉讼证据的审查与判断

对于科学技术的民事证据，除了同其他民事证据一样，从证据的基本特征即客观性、关联性、要式性和合法性进行审查判断外，还应根据这类证据的特殊性进行审查判断。

一、审查有关原始内容

即对录音带的原始声音、录像带的原始图像，计算机储存的原始数据进行审查。例如审查计算机软件，可以对比目录、署名、许可证号、出版发行单位和软盘内容及所属范围，包括故事情节、数据排列、图文光色、声音清晰程度等，对比加密、解密过程，尤其是普通文显和下拉、弹出等菜单的方位、内容、选择项目；对比代码原程序和目标程序，即可被自动转换成代码化指令序

列的符号化指令序列或者符号化语言序列；对比安装过程的屏幕显示情形，以确认证明效力。如原告武汉汉声公司诉被告武汉五通数据软件公司等侵犯“文渊阁”软件版权案，经以上技术对比鉴定，认为被告制作销售的“文渊阁”软件同原告业经注册登记出版发行的不属于标准化或公知范围的“文渊阁”软件内容的表达形式具有“真实相似性”。其署名、发行、目录、文件名称、安装方式亦与原告注册登记的软件相同。即认定被告侵犯了原告的软件版权。武汉市中级人民法院审理促使双方达成了被告停止侵权，向原告赔偿损失的和解协议。又如审查录音带原声，可以根据录下的颤音、哑音、嘶音、回音以及笑声、器声、叹息声、咳嗽声，分析说话的人当时的情绪、所处的环境，同录音设备的距离，判断说话的人当时的心理活动，身体状况，意思表示的真实程度，是否有被威胁、胁迫的情形，以确认证明效力。如原告诉被告房屋继承案，原告指控被告乘养父病危神志不清之机，胁迫其立下遗嘱继承了本应由自己继承的房屋。庭审之中，被告提交了录音磁带，经当庭播放，证明其养父虽然病重，但神志清醒，并有律师、邻居在病床前作证。武昌区法院据此判决被告胜诉，案经武汉市中级人民法院二审维护了一审判决。

二、审查有关纵横证据

即把科学技术的民事证据同互相联系、互相依存的纵向的、横向的其他证据一起，进行由此及彼、由表及里地审查，排除相互矛盾的证据，认定相互一致的证据，形成统一的证据整体。如原告诉被告《中华神圣图》著作权案，群仙朝拜西王娘的画面上有一幅“福如东海阔，寿比南山高”对联，经激光扫描认为“字体风格，单字搭配，运笔方向，尤其是细微特征，与原告的字迹相同”。法庭继续审查相关的纵横证据，包括专家、教授的论证，认为原告所说参考的《朝元仙杖图》、《八十七神仙卷》等历史名画和有些人物是临摹任伯年、任谓长等历史名画家的作品，与《中华神圣图》画面比较吻合，被告陈述参考的《韩熙载夜宴图》、《簪花仕女图》和《中华神圣图》中看不出有影响的痕迹。法庭令双方当场泼墨作画，原告一挥而就，所画人物同图中的一个画面基本相同。被告再三推辞，不愿涂鸦。武汉市中级人民法院据此判决原告胜诉。此案在湖北省高级人民法院二审期间，被告自感理亏，主动撤回了上诉。

三、审查有关载体材料

即审查音像、计算机数据等载体材料是否符合质量、性能要求，是否完整无缺，有无改变、剪裁、伪造的痕迹。如果发现有复制、删节、重新排列组合的情形，应当庭重放。由当事人双方相互质证。双方当事人都没有异议的，可

以作为认定案件事实的证据。认证方提出异议，举证方拒不提供原件、原件线索，又没有其他材料印证的，不能作为认定案件事实的证据。如某机关干部柳丝诉某局干部李杰离婚案，李为证明柳有外遇，向法庭提供了录有柳丝与他人谈话、说笑内容的磁带。审查发现这盘磁带有明显的拼接痕迹。经当庭播放，柳丝陈述，是在办公室与同事的零碎谈话，根本不存在所谓外遇问题。李杰不得不承认，是其“在柳的办公室偷安窃听器录取的”，并作了“技术处理”。法庭自然否定了李杰举证的证明效力。

四、审查有关视听背景

由于科学技术的民事证据能够全面反映案件情况，如录音带能够同时录下其他的声响，录像带能够同时录下其他的景物。因此，可以审查这些视听背景，印证这些资料的真实性。如审查录音带如果有他人的讲话声音，就让其出庭作证，或者写出证言；如果有其他物体发出的声响，或者其他自然声响，就查证当时当地是否存在该物体，是否发生过这种声响，或者是否发生过这些自然声响。对于录像带，可以采取上述方法审查其声响的同时，再对背景图像的人物运动、车辆流向、景物地点、天气情况进行审查，取得其他新的证据材料，印证这些资料的证明效力。

五、审查有关技术设备

由于科学技术的民事证据的收集、保存、重现都有赖于技术设备，其科学性、可靠性与这些技术设备的质量、性能密切相关。因此，应当审查这些设备的灵敏度、准确性是否符合设计要求，有无发生故障和病毒感染的记载，是否超过了使用期限、工作性能和适应范围。审查技术设备，既要注意收集、保存环节，又要注意播放、提取环节。因为收集、保存的设备再好，播放、提取的设备不符合要求，也不能反映案件事实的原始情况。

由于科学技术的民事证据涉及很多专门的知识和先进的设备，而司法人员又不能都精通这些知识和设备。所以，对于一些疑难问题，可以采取邀请专家学者论证和进行科学技术鉴定的方法，来审查科学技术的民事证据。

第一，邀请专家学者论证。科学技术的民事证据，往往涉及社会各个领域的最新研究成果，对这些成果的技术性能和专业知识，只有从事专门研究的专家学者，才最有发言的权威。因此，就科学技术民事证据的疑难问题，邀请专家学者论证，是审查判断这些证据的有效方法之一。通过论证，可以用专家学者的见解来对这些证据进行验证，进行比较，进行分析，然后得出比较符合客观实际的认定。武汉市中级人民法院每年都要召开多次这样的论证会，以解决

审理专利、商标、技术转让、证券、期货、著作权等方面疑难案件的证据认定问题，收到的效果是很好的。

第二，进行科学技术鉴定。运用先进技术，先进设备，对科学技术的民事证据进行科学鉴定，也是审查判断这些证据的有效方法之一。当前，对痕迹、文字、印章进行激光扫描，对建筑安装工程造价、司法会计进行计算机计算存储，对血迹进行DNA遗传基因检验等，已在司法机关较为普遍地应用。当然，还应根据司法实践的需要，开拓新的科学技术鉴定领域。例如：随着录音、录像的广泛应用，涉讼的证据迅速增多，就需要开展被称为"第二指纹"的声纹鉴定。因为一个人的声音，由于发音器官、教育层次、成长环境的不同，也和指纹一样没有完全同一的，总会有一些微小的差别。这些微小的差别，人的感官又很难直接感觉到。运用先进的技术设备进行鉴别，就能够从音质、音素、语气、声调、语言习惯、讲话时的心情、面对的扩音设备、造成的环境影响等方面准确地辨出具体人的声音，并从嘈杂的声音中分辨出一个人或几个人的声音。美、日等发达国家，运用电子计算机等技术，编制声纹应识别程序，鉴定声纹的准确率达到98%以上。

第六节 执行案件证据的审查与判断

执行案件证据的审查判断，是执行人员对当事人及证人提供的证据和人民法院收集的证据进行分析、研究，按照一定的原则、方法鉴别真伪，确立证据的证明力，从而认定案件事实的活动。

一、审查判断证据的要求

（一）保证证据的真实性

证据是否真实可靠，直接关系到案件的执行结果，关系到当事人的合法权益能否得到实现。然而，我们在办案过程中，收集到的证据材料往往真真假假，虚虚实实，有时真假难分，虚实难辨。这就要求人民法院必须把好"查证"关，保证证据的客观真实性。审查判断证据的过程，就是去粗取精，去伪存真的过程。执行人员在查证过程中，要善于透过现象抓住本质。因为有些现象不是直接地表现本质，而是间接地甚至歪曲地（如假象）表现事物的本质。所以，不能被一时的现象或假象所迷惑而贻误"战机"。要保护证据的真实性，首先要分析、审查证据的来源，使其建立在可靠的基础之上。其次要审查证据

的具体内容，看证据本身所记载的事实是否属实，与案件事实是否有联系，内容本身有无矛盾等。第三要对证据的形式进行审查，证据形式的合法性，是证据客观真实性的可靠保证。

（二）保证证据的关联性

证据的关联性是证据的基本法律特征之一，是指证据材料的内容与特定的案件事实即证明对象之间存在着内在的必然联系性。执行中采用的证据，客观上要与案件在执行中出现的“事实”有关。对于与案件事实无关的证据，是毫无证明价值的证据，应当通过审查判断将其剔除。审查证据的关联性，一要看与主体资格是否有关。如是完全行为能力的人，还是限制行为能力的人，是企业法人还是分支机构或者是负有义务的第三人等。对其资格、身份情况，要有与之相关的证据证明。二要看与执行标的是否有关。如银行存款、货款、固定资产、特定的行为等，都要有相关的证据证明。三要看与不履行义务的行为是否有关，是确无偿还能力还是拒不履行，或是隐匿转移财产等，也必须有相关的证据证明。四要看与权利义务变更、消失的结果是否有关。如新的主体是否应当承担清偿责任，以及承担责任范围的大小。企业的合并、撤销都应有政府职能部门的批文和工商登记证明。名为集体，实为个体，挂靠经营，脱壳经营的，要查明该企业资金的来源，管理和分配方式等。只有保证证据的关联性，才能直接证明案件事实的存在，也才能有针对性地采取相应的措施，保证案件的顺利执行。

（三）保证证据的完整性

证据的完整性，就是要求全面地收集证据，为执行案件提供确实充分的依据。对于个案而言，要求尽可能地把各方面的证据收集齐全，以便选择适当的执行方法。对于某些标的而言，特别是某些特殊标的物，保证证据的齐全完整更为重要。比如，房屋不仅要有房产所有权证，而且还要有土地使用权证，产权转移还必须经过房管部门登记；车辆不仅要有合法的购置手续，还要有车管部门签发的各种证照，产权转移时要到车管部门办理有关手续等。对证据完整性的审查，要注意两点：第一，证据必须足量，不能只满足于收集了一定数量的证据。证据量过窄过小，就难以对全案作出正确的判断。第二，主要证据必须齐全。主要证据如果残缺不全，也难以证明标的物的合法性和有效性。比如，土地使用权，必须有国家有关部门颁发的土地使用权证。除此，其他证据再多也不能证明其使用权的有效性。所以，所有权、使用权查不清，查不实，案件就难以执行。

二、审查判断证据的方法

（一）**印证法**。印证法是指将收集到的同一案件的若干证据联系起来进行考察，以验证它们所反映的案件事实是否相关，是否一致，是否真实的一种方法。唯物辩证法认为，事物是普遍联系的。同样，案件的证据与事实以及证据与证据之间也存在着必然的联系，甚至互相依存，互为条件。比如，房产与地产、车辆与证照之间存在着内在的必然的联系。因此，我们在审查判断证据时，不能孤立地看某一个证据，而应将证据与证据，证据与案件事实联系起来进行比较、分析。看它们之间能否互相印证，协调一致。如果能互相印证，则说明证据是真实的。反之，就是虚假的，或者是互不相关的，不能作为证据使用。又如，申请执行人发现被执行人对第三人享有到期债权而申请执行第三人时，对申请人申请执行第三人的证据，在审查判断中既要与被执行人的证据进行印证，又要与第三人的证据进行印证。只有查清被执行人不能清偿债务并对第三人享有到期债权且怠于行使，人民法院才可以通知第三人向申请执行人履行债务，第三人在指定的期限内不履行，人民法院才可以强制执行。否则既不能作为证据使用，更不能对第三人强制执行。再如，申请人举出证据，认为被执行人有一台小汽车可供执行，但仅靠物证还不能完全证明小汽车的所有权属于被执行人，必须与相应的书证相印证，如购车发票、车管部门所办的证照或者有被转让的合法手续。只有书证与物证相吻合，才能作为有效证据，否则就不能执行。

（二）**质证法**。质证法是指在开庭执行中，对当事人及其诉讼参与人举出的证据或法院调查收集的证据材料当庭进行出示，让其相互质证来审查、判断、确认证据的一种方法。开庭质证是执行程序中一种新的有效的执行方式。通过开庭质证，双方当事人既可以继续举证来说明其证据的证明力，又可以对对方举出的证据和人民法院调查取得的证据材料的真实性、关联性进行相互辩论和质询。人民法院在此基础上判断和确定其真实性及其效力。同时，当事人之间还可以互通情况，互谅互让，为全案的执行打好基础。实践中，许多案件就是通过"开庭质证"的方式使当事人之间互相谅解，取得共识，和解执行或变通执行的。

运用质证法要坚持三条原则：一是权利对等原则，即"当事人互相质证"。任何一方当事人都有权对相对方的证据进行质疑。二是以核查证据为中心的原则。质证的目的就是为了检验判断证据的真实性和证明力的大小。因此，质证不能离开审查、核实证据这个中心。三是公开 确认原则。开庭质证的特点是

“公开性”，只有经过质证，当事人对有关证据没有异议或者异议不成立的，才能予以采纳和确认。

（三）**对照法**。对照法是指对相互矛盾的证据或者具有可比性的证据进行对比，看它们对案件事实的反映是否一致，以判断证据的真伪或证明力的一种方法。一般说来，多个证据所反映的内容基本一致的，则说明该证据是确实可靠的；反之，则说明证据存在一定问题，或不具同一性，需要进一步查证核实。比如，在调解案件中，当事人调解前后的态度是否一致，是按调解书确定的义务积极想办法履行，还是利用调解作为缓兵之计，甚至搪塞法院转移财产，拖延执行。前者为真，后者为伪，真伪分明，一目了然。对于判决的案件，对被执行人判决前后的财产状况，银行存款情况和生产经营状况以及家庭生活情况进行分析对照，以此判明被执行人是拒不履行还是确无履行能力。

（四）**综合审查法**。综合审查法就是把全案的各种证据结合起来进行综合分析判断的方法。证据的来源和形式是多种多样的，有当事人提供的证据，也有人民法院依法收集的证据，有书证，也有物证等。因此，我们首先应当把证明对象各个方面的证据分别加以分析审查，以验证其在质和量方面的真实性和准确性。然后，结合案件的具体情况把各种证据有机地结合起来进行综合分析，形成对证明对象整体性的综合判断，以选择最佳执行方案。比如，在审查假集体企业债务承担的证据时，首先要对企业的资金来源，审批机关文件，经营管理方式和分配方式等方面的证据分别进行审查，以确定企业的性质。其次要对假集体企业的组织形式的证据进行审查，以确定其经营者或企业成员承担假集体企业债务的责任及其份额。第三要对假集体企业与其主管部门或申报单位的关系的证据进行审查，以确定其主管部门或申报单位应否承担连带责任及范围。对假集体企业债务证据的审查判断是一个比较复杂的过程，只有运用综合审查法，系统分析核实相关的证据，才能确定直接责任人或其主管部门应否承担相应的法律责任。

运用综合审查法对证据进行判断，除了具体案件具体分析外，还要注意搞好三个结合：

一是将被执行人在执行阶段提供的证据与审判阶段提供的证据相结合。如果被执行人在审判阶段接受调解，保证到期偿还债务，而到执行阶段拒不履行，提出没有偿还能力，这就要对被执行人提供的前后两种不同证据的真实性进行认真的分析判断。

二是将被执行人在执行过程中的生产经营和财产状况同其在审判阶段的生产经营和财产状况相结合。如果审判阶段被执行人生产经营状况良好，有较强

的履行能力，而在执行阶段却提出没有偿还能力，这就要重点审查被执行人有无转移、隐藏财产等逃避执行的行为。

三是将申请执行人提供的证据同被执行人提供的证据以及人民法院收集的证据相结合。在执行实践中，申请执行人提供的证据往往是被执行人有偿还能力而拒不履行，而被执行人则往往提供的是没有偿还能力的证据。双方各执一词，互不相让。如果孤立地考察一方提供的证据，就不容易查清事实。如果把双方提供的证据进行综合考察，就容易发现双方矛盾所在及矛盾产生的原因，防止偏听偏信和主观臆断。通过进一步收集核实证据，执行人员就可以抓住主要矛盾，不断深化认识，排除障碍，作出准确无误的判断。

（五）合　认证法。合议认证法是指合议庭对当事人提供的证据或执行人员收集的证据材料进行评议、审查、核实后予以认定的一种方法。合议认证是一种集体行为，其长处是有利于集思广益，充分发挥集体的智慧，把好案件质量关。一般适用于重大疑难案件，情况复杂，争议较大的案件，需要追加、变更执行主体的案件，以及处理执行中出现的新情况和新问题。运用合议认证法，首先，要明确认证的标准，即证据应当具备真实性、合法性和关联性。一个证据只有同时具备前述“三性”，才能认定为本案的证据。其次，要正确适用法律，特别是对法律和司法解释没有明确列举的情况更要认真分析，严格把关。第三，在证据确实充分，符合法律规定的原则和精神的基础上对案件作出恰当的处理。

（六）排除法。排除法是指通过对案件具体情况和相关证据的分析判断排除虚假证据的一种方法。由于执行关系到当事人的切身利益，因此，他们往往从自身利益出发，片面陈述对自己有利的一面。如有的当事人有履行能力却伪装成无履行能力；有的把资金隐藏起来而提供空账号；有的转移有价值的财产而将残次产品拿出来抵债；有的提供假证甚至指使他人作伪证，歪曲和掩盖案件的真实情况，企图使执行人员作出错误的判断。但假的毕竟是假的，不可能做得天衣无缝。因此，我们在审查判断证据中，要善于找出破绽，抓住矛盾，运用科学方法和逻辑推理作出准确的判断，以排除水分，去伪存真，以真实可靠的证据作为执行决策和制定执行措施的依据。而不能被假证、假象或表现现象所迷惑。

（七）评估鉴定法。即运用现代科学技术手段和专门知识、标准对某些证据进行检验和评价，以确定其性质和数量的一种方法。目前，很多高科技应用于司法领域，它是帮助执行人员识别证据真伪和数质的有力武器。在执行实践中，有些证据仅靠执行人员的感官和经验是无法判明其性质和特征的，必须依

靠评估鉴定部门运用科学手段或专业标准进行检查验证作出评估鉴定结论后，才能作为执行案件的依据。因此，技术鉴定和专家评估也就成了审查判断某些书证、物证的必要手段。如汽车的成色，物品的价格，房地产的价值，伤情、笔迹、印章等，只有借助于先进的技术和专业部门的评估或鉴定，才能作为执行的依据或予以执行。

上述各种审查判断证据的方法，是互相补充，相辅相成的。要根据案件的实际情况具体运用，有的案件可能需要运用多种方法对证据进行审查判断，有的案件则只需要运用一二种方法即可。

第七节　民事诉讼中的伪证防治

近几年来，法院在审理民事案件时，一改过去那种“当事人动嘴，审判员跑腿”，调查取证由法院大包大揽的做法，这无疑是审判工作的一大进步。然而产生的负面效应则是部分民事案件的当事人，在诉讼活动中制造伪证，歪曲或掩盖案件真实情况，甚至采取欺诈、胁迫或者贿买证人出具伪证，有的证人因受到他人贿买或者其他原因，故意歪曲事实，提供虚假证言。这种现象不仅严重妨害诉讼秩序，阻碍了当事人举证责任制度的推行，干扰了正常的审判活动，影响了办案质量和办案效果，而且容易导致个别案件判决错误，损害人民法院的尊严和权威以及对方当事人的合法权益和身心健康。为了完善民事证据制度，在强调当事人举证责任和法院质证的同时，有必要对举用伪证的人采取相应措施，令其承担一定的法律责任。

一、建立具结制度是防止伪证产生的首要前提

所谓具结制度，是指人民法院在审理民事案件中，在法庭调查或询问当事人前，由当事人（或证人）向人民法院保证，愿对自己的举证行为负法律责任的表示。当事人的具结内容可表述为“忠诚于法律、秉承于诚信、实事求是举证，对所举用的证据的真实性负责，并承担由于伪证所引起的一切法律后果，接受法律制裁。”证人具结内容可表述为：我作为证人愿忠诚于法律，保证如实向法庭提供证据、证言，如有意作伪证愿负法律责任，并承担由于伪证所引起的一切法律后果，接受法律制裁。这种具结或保证，应当成为当事人（或证人）举证（或开庭审理）前的一个必经程序或必须履行的手续。其实质是要求当事人向审判机关保证自己所举用证据真实合法。其核心是以法律责任约束当

事人的举证行为，把当事人的举证行为纳入法律约束的轨道。

建立具结制度是非常必要的。在民事诉讼中，由于当事人是案件的利害关系人，案件的处理结果关系着他们的切身利益，因此当事人往往从自身的利益出发，片面陈述对自己有利的一面或作虚假陈述或故意编造歪曲事实或指使他人作伪证等，企图使审判人员做出错误判断。为了防止以上行为发生，在强调当事人举证责任的同时，应当要求他们提供客观的、真实的、合法的证据。从证人具结的必要性来说，因为证人证言是定案的重要依据，由于主客观原因，证人的陈述往往出现虚假性。从主观原因说，证人的智力水平受到外界影响，感觉发生错误，导致错误判断，还有的是证人与案件当事人有某种利害关系，出于故意偏袒一方当事人而作虚假陈述，使审判人员做出错误判断或结论。从客观上说，有的证人在某种外界压力下被迫出具伪证。如怕得罪人、怕报复或贪图当事人贿赂等而向法院作虚假陈述。

建立具结制度也是可行的。具结与宣誓一样，都是用以使当事人、证人对其证据的真实性和可行性的担保形式。目前，世界上许多国家都采用过这种制度。如联邦德国的宣誓制度，是在询问证人前应当预先告知他必须据实陈述而告知他在法院命令他宣誓的时候，他就应当宣誓。证人无正当理由拒绝宣誓的，可以命令他偿付由于他的拒绝所用去的费用，并判处罚金，在他不能交纳罚金时，可以判处六个星期以下的拘役。我国在审判实践中也坚持了证人具结制度，即在开庭审理前，一般都坚持向证人交待权利义务，并由证人亲笔在《证人具结书》上签名，以示保证。这无疑是必要的，它对于保证证人证言的客观性、真实性具有积极的意义，但在实践中，这种制度还不够完善，对作伪证人的处罚还不够严厉。在诉讼活动中当事人较之证人更为重要，他们的举证并不是一种任性行为，必须依据法律规定和法定的程序，受法律约束，因此，当事人在举证开始就应感受到法律的约束力，并且预知如果自己的行为脱离法律的约束，不仅将导致其诉讼的败诉，而且对其举用伪证的行为负法律责任，从而增强当事人举证的义务感和责任感，以审慎地实施举证行为。

在具结的程序上，可以设立忠告、提示程序，即忠告当事人在法院作出宣判前，如有伪证应当主动坦白，否则要从严处罚。提示忠告内容应记入笔录备查。

二、完善质证制度是识别证据真伪的重要途径

民事诉讼法第 65 条规定："人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。"第 66 条规定："证据应当在法庭上出示，

并由当事人互相质证。”质证是开庭审理中当事人及其他诉讼参加人对相对方提出的和人民法院调查取得的证据材料，予以部分或全部否认并提出自己的证据或者予以确认的诉讼活动。质证的过程是确认证据真实性的过程，是双方当事人继续举证来说明其证明力的过程，也是确认现有证据能否定案的过程。

由于民事诉讼法对质证规定比较抽象和原则，在庭审过程中，为了查明事实，分清是非，防止伪证的发生，应当进一步健全公开质证制度。对此，笔者认为，完善公开质证制度应当体现以下原则：一是权利对等原则，即“当事人互相质证”。质证是民事诉讼当事人的诉讼权利，任何一方当事人都有权利对相对方的证据进行质疑，并进一步提出自己的意见和证据。因此，质证权利是双向的，不允许一方享有质证权利而另一方承担被质证的义务。二是以查核证据为中心的原则，即质证必须紧紧围绕当事人诉讼请求涉及的法律事实进行，以达到审查、核实证据、正确认定案件事实的目的。应当知道，质证的客体是证据本身，质证的目的就是为了检验判断证据的真伪和证明力的大小。因此，质证不能离开查核证据这个中心。三是公开确认的原则，即公开确认查证属实的证据作为定案的依据。在公开质证中，被质证的一方提不出证据反驳质证，或者提出的证据不能推翻质证方的证据，则确认质证方的证据；相反，质证方质证无据，或者不足以推翻原证，则确认被质证的原证。应当强调，在当事人相互质证中，不允许法官根据个人好恶或当事人态度好坏来确认定案证据的标准。

对双方当事人均质证无据或均不能推翻对方质证的，可以采取以下方法辨别真伪：首先，要审查证据的形式，围绕证据的矛盾焦点深入分析、核实。证据总是通过一定的物质形式表现出来的，证据的物质表现形式称为证据载体，审判人员在审查载体的表面状况时要求举证人作出解释。根据解释和对方反驳，找出所谓“事实”、“证据”与客观规律不符的地方，然后紧紧抓住矛盾，对争议的事实所依赖的证据进行深入分析、核实、以辨别真伪。其次，全面审查证据、运用形式逻辑判断证据。各种证据之间一般都存在某些联系，因此查证时必须坚持全面性，切忌孤立性和片面性。各种证据相互印证，相互符合说明证据是可靠的；如果不符，甚至相互矛盾，则可能有虚假成分，此时就应该抓住矛盾，重点审查。形式逻辑所研究的是思维形式的结构及其规律，运用这些规则和规律去发现当事人证明过程中的逻辑错误，往往可以收到识别伪证的效果。第三，运用现代科学技术进行鉴定。目前，很多高科技应用于司法领域，它是审判人员识别证据真伪的有力武器。在民事诉讼中，审判人员如果对某一证据表示怀疑或对方当事人提出异议，可以借助先进的技术对证据进行鉴

定，以辨真伪，如亲子鉴定、指纹鉴定等。

三、严格处罚制度是减少伪证的必要措施

我国民诉法第 102 条规定：伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；以暴力、威胁、贿买、胁迫他人作伪证的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留，构成犯罪的，依法追究刑事责任。这是处罚举用伪证人的法律依据，由于这一规定尚欠明确、具体，以致造成适用上的困难，加之民事诉讼中对伪证的重视、研究和处罚不如刑事诉讼中对伪证那么重视，使伪证现象得不到有效的遏制。

为了准确地制裁妨害民事诉讼的行为，处罚时应该注意把握两个问题。一是要注意掌握伪证构成要件，构成伪证一般应符合以下条件：①伪证行为必须是在诉讼过程中实施的；②行为人举用的伪证必须具有主观上的故意；③行为人举用的伪证影响了人民法院的审判活动或损害了对方当事人的合法权益。二是要区分伪证的性质。审判实践中，要注意把那些受不正之风影响，通过拉关系、走后门、托人情向法院提供不够真实的证据的行为和故意作伪证区别开来。尤其要谨慎地将举伪证与举错证区别开来。如对伪造毁灭重要证据的行为，就要具体分析是行为人故意制造假证据或把能够证明本事实的证据藏匿起来销毁，还是一般不够真实的证据。又如指使、贿买他人作伪证，这是两个以上行为人行为的结合，只有暴力、威胁、贿买的行为，而没有被贿买的行为就构不成妨害民事诉讼的行为。以法律手段处理的只能是举伪证的人。

总之，对举用伪证的人，应当根据民事诉讼法的规定，结合诉讼的不同阶段以及伪证对诉讼相对方造成危害程度，分别给予民事制裁、行政处分直至刑事处罚。

民事制裁。这是处罚举用伪证人的一种最重要的方法。对起诉至判决前发现的伪证，一般应从轻处理，重在教育，指明伪证的法律后果，促使其自觉承认和改正。这里面分两种情况：一是办案人员经审查证据，发现疑点，出示反证或鉴定结论后，即幡然悔悟，可以免除处罚。二是审判人员对某一证据有怀疑，但又无足够反证推翻该证据，经过反复法制宣传和提示、忠告后，当事人（或证人）慑于法律威力，承认了错误，也可以免除处罚或从轻减轻处罚。对于举用伪证后，在大量的反证足以推翻该证据的情况下，经过审判人员的反复提示、忠告后还不能承认错误或者因当事人（证人）举用伪证，造成错误裁判，对举用伪证的人，应当从重处理，并根据危害程度和影响大小，可以施以罚款、拘留。

如果由于举用的伪证损害了他人的名誉权，人民法院可以根据《民法通则》第120条的规定，责令作伪证方向对方赔礼道歉，恢复名誉、消除影响。造成对方经济损失的，应当给予相应的经济赔偿。

行政处分。除了对举用伪证的人施以必要的民事处罚外，可以根据举用伪证的人具体情况（如举用伪证人系国家工作人员，尤其是具有一定身份关系的国家工作人员等），人民法院可以司法建议的形式，建议该当事人（或证人）所在单位予以行政处分。

刑事责任。对于当事人（或证人）举用的伪证后果特别严重，认错态度特别恶劣，触犯了刑法规定的有关条款，构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

严肃处理举用伪证的人，既可以有效地惩罚举用伪证当事人，教育其本人，又可警诫和预防伪证现象发生，树立人民法院执法的权威。

第七章　民事诉讼证据的举证责任（一）

第一节　关于举证责任的概述

一、举证责任的概念

举证责任，亦称举证负担。古罗马的法学家最早使用这一术语。罗马法所确定的举证责任这一概念的基本含义是：原告有举证的义务，原告不尽举证责任时，应为被告胜诉的裁判。“主张的人有证明的义务，否定的人没有证明的义务”。现代举证责任制度由罗马法发展而来，但是各国法学家和司法实践对举证责任概念的认识并不完全相同。

（一）不同法系中的举证责任概念

在英美法系中，证据法学是一个独立的法学分支学科。举证责任被作为证据法学的核心问题之一，给予了高度的重视。尽管英美法学者一般认为举证责任是一个具有多种含义的概念，但是，大多数人认为举证责任的主要含义是指法定的证明责任和提供证据的责任。法定的证明责任，是指负有特定责任的当事人，对他主张的任何双方有争议的事实负担着危险——如果最终不能证明其主张，他将会败诉。而举证责任由哪一方当事人负担，取决于实体法对争议事实的规定。提供证据的责任，是指在诉讼开始时，或是在审理辩论的任何阶段，对争议事实提出证据的责任。例如，美国联邦最高法院认为，提供证据的责任意味着负担这种责任的当事人必须提出表面上充分的证据来证明所主张的每一事实。

在大陆法系的民事诉讼理论中，对举证责任概念的理解也不尽相同。主要

表现为德、日两国诉讼理论中的主观举证责任概念与客观举证责任概念的争论。主观举证责任概念，是指举证责任是当事人就自己的主张向法院提供证据的一种义务或负担。它是大陆法系民事诉讼理论的传统观念。客观举证责任概念，是指在一定的事实处于真伪不明状态时，确定由哪 一方当事人负担由此而引起的法律后果。客观举证责任被认为是主观举证责任发生的基础，并且与事实真伪不明引起的法律后果紧密相关，所以它又被称为实质的举证责任、结果责任。

在前苏联、东欧社会主义各国的民事诉讼理论中，客观真实原则被公认为最能反映民事诉讼社会主义性质的原则，各国的民事诉讼法典都在显著的位置规定了这一原则。但是，由于断言遵循客观真实原则就能够查明案件的一切真实情况，因此，对真伪不明这一客观存在的诉讼现象保持缄默，导致他们只能从提供证据的角度来解释举证责任。即将举证责任概念定义为提供证据的责任。具体是指，每一方当事人都应当证明那些所举出的作为自己请求或者反驳理由的事实情况。也就是说，原告人应当证明那些作为他提供诉讼理由的情况，而被告人应当证明那些作为反驳理由的事实情况。

（二）我国民事诉讼中的举证责任概念

在我国古代的法律和判例中，从未使用过“举证责任”这一术语，直至近代这一术语才由日本传入中国。在旧中国和我国台湾把举证责任一般都看成是提供证据的责任。新中国成立后，我国法学界也一直是从提供证据责任的角度解释举证责任的。当前，我国诉讼理论界对举证责任概念的解释呈现出多样化的态势。主要有以下三种观点：

1. 行为责任说。该学说认为：举证责任，就是当事人提供证据的责任。即指当事人要求人民法院就其主张作出裁判时，对主张的事实要承担举出证据的证明责任。这种观点通行于我国民事诉讼法理论界。

2. 结果责任说。此学说认为，诉讼中，当一定事实是否存在难以确定的情况下，法律必须预先作出怎样承担败诉责任的规定，否则，法院将无从作出判决。这种由法律预先规定，在事实和真假虚实难于确定的情况下，由一方当事人承担风险及不利后果的法律假定，叫做举证责任。

3. 双重含义说。此学说认为，应当从行为和结果两个方面来解释举证责任。即举证责任具有双重含义：行为意义上的举证责任和结果意义上的举证责任。前者指当事人对所主张的事实负有提供证据证明的责任；后者指在事实处于真伪不明状态时，主张该事实的当事人所承担的不利诉讼结果。这种不利的诉讼结果既表现为实体法上的权利主张得不到人民法院的确认和保护，又通常

表现为因败诉而负担诉讼费用。

综合分析以上学说，联系我国民事诉讼的立法现状，可以发现，将举证责任解释为提供证据责任的观点，之所以能够在民事诉讼理论界占主导地位，其主要原因是：无论是我国民事诉讼法（试行）还是现行民事诉讼法均规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据"；在诉讼实践中，举证责任通常表现为当事人提供证据的活动；由于人民法院积极介入调查收集证据的活动，提出主张的当事人提不出证据也未必会败诉，举证责任与败诉后果之间并无必然联系。但是，从我国民事诉讼活动的全过程看，举证责任概念的双重含义说更为合理准确。在诉讼开始时，由于当事人主张的事实处于真伪不明状态，举证责任表现为当事人负担着败诉的危险。为了消除这种真伪不明状态，使诉讼结果朝着对自己有利的方向发展，当事人不得不向法院提供证据，于是，举证责任表现为提供证据的责任。例如，根据我国民事诉讼法第110条第3款的规定，原告在起诉状中必须记明证据和证据来源、证人的姓名和住所。被告在收到起诉状副本后，应在25日内提出答辩状，被告在答辩状中如主张新的事实，也应在答辩状中记明证据和证据来源，证人的姓名和住所。在诉讼进行中，如果当事人的证据不充分，人民法院就会表现为不利的诉讼结果。主张以该事实作为诉讼请求的依据，或者作为要求当事人提供补充证据，或者依法自行收集证据，当人民法院要求当事人提供补充证据时，举证责任就表现为提供补充证据的责任。在诉讼终结前，根据当事人提供的证据和人民法院自己调查收集的证据，如果事实的真伪还未得到证明，举证责任就会表现为不利的诉讼结果。主张以该事实作为诉讼请求的依据或者作为反驳诉讼请求的根据的当事人，就会因事实得不到人民法院的认定而承受败诉的诉讼后果。

综合以上分析的认识，我们认为，举证责任是指：当事人对自己的主张应当提出证据加以证明，当事人提不出证据或提出的证据不能证明其主张的，负有举证责任的一方要承担败诉的不利后果。

二、举证责任的性质

举证责任的性质，一直是民事诉讼法学界争论的问题。举证在诉讼法史上曾被看作当事人的一项权利，罗马法学家提出的"原告有证明的义务"或者"主张的人有举证的义务"的观点，被大陆法系的德、日两国的民事诉讼法所承袭，在其立法中明确规定了"举证义务"或"证明义务"，把举证看作是提出主张的当事人的义务，即所谓义务说。其理由有两条：一是责任是义务的变异形态。"责任"一词在法学著作中常作为义务来使用；二是负有举证责任的

当事人不能在诉讼中证明其主张的事实会受到法院的不利裁判，这种不利裁判正是不履行举证义务导致的法律后果。

义务说在此后遭到批判。否定义务说的理由是依据“义务”在法律中的特定含义、权利与义务之间的对应关系以及不履行义务的法律后果，认为由于缺乏相对应的权利人，所以将举证责任看作义务在理论上很难成立，加之由于不履行举证责任不会直接发生损害赔偿或强制履行的后果，因此不能将举证责任看作义务。在否定义务说的基础上，部分学者提出了负担说。认为当事人向法院提供证据，仅仅是出于诉讼的必要，因为在实行辩论主义的民事诉讼程序中，法院的裁判受制于当事人的主张和举证活动，当事人未主张的事实，法院不得作为裁判的基础，当事人虽主张但未举证证明的事实，法院不得依其主张作出裁判。因此，举证责任对当事人来说既非权利，又非义务，而是为避免受不利裁判（主要指败诉）不得不负担的一种责任，在大陆法系的德、日等国有很多学者持这种学说。

英美法系国家的证据法理论不注重对举证责任性质的研究，一般是从负担的角度来解释举证责任性质。

在前苏联的民事诉讼理论界，把举证责任看作是当事人负担的诉讼义务。

在我国，对举证责任的性质的认识，也存在争议，其中较为有影响的观点有以下几种：

（一）**权利说**。该学说认为：举证责任具有权利性质，原因在于向法院提供证据是从诉权中派生出来的一项权利，这一权利是当事人为维护自己的实体权利所不可缺的，我国民事诉讼法对当事人享有提供证据的权利也作了明文规定。

（二）**义务说**。此说认为举证责任是随着诉讼中的事实主张同时发生的诉讼义务。当事人向人民法院提出诉讼请求或反驳诉讼请求，都有义务提供证据证明其主张的合法性与真实性。

（三）**权利义务说，又称混合说**。此学说认为，举证责任既是当事人的诉讼权利，又是当事人的诉讼义务，从当事人进行诉讼活动的角度看，我国民事诉讼法明确规定，当事人有权收集、提供证据。从人民法院审判活动的角度看，当事人提起民事诉讼，要求人民法院的审判保护，就有责任证明自己的主张和请求，如果当事人举不出证据或举证不充分，其主张不能得到证明，诉讼请求就不能得到满足，法律保护也就不能实现。我国民事诉讼法第64条明确规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”此外，法律对当事人提供证据是作为一种诉讼义务来加以规定的。根据立法精神，如果当事人举证不

能或所举证据不足以证明自己的主张，即当事人不履行义务，就可能承担不利的后果，就可能败诉。

（四）负担说。这一学说认为，举证责任对诉讼当事人来说，既非权利亦非义务，而是当事人为了使法院确认他所主张的事实，以便使法院作出对其有利的裁判，不得不承受的一种负担。从反面看，则是当事人为避免败诉危险而不得不负担的责任。此学说与大陆法系关于举证责任性质的通说不谋而合。

（五）败诉风险说。该学说认为举证责任是一种风险责任，是一种特殊的法律责任，是当事人在民事诉讼中承担的败诉风险责任，是当事人未能举证或举证不充分时以及案件事实客观上难以查明时引起的法律责任。

上述诸种观点中，权利说、义务说、负担说都只从诉讼行为责任的角度来分析说明举证责任的性质，强调举证责任中的某一要素，忽略另一方面要素。败诉风险说虽然从诉讼结果的角度说明了举证责任应承担的法律后果，但是，也未能客观、全面地反映举证责任的性质。比较而言，权利义务说结合了行为责任和诉讼结果两个方面的观点，较为符合我国民事诉讼法的立法旨意。

第二节　当事人举证与人民法院查证的关系

一、概说

由于各国在立法上存在差异，导致当事人的举证责任与法院查证的关系表现出各不相同的特点。英美法系国家实行当事人主义，强调举证责任是当事人必须履行的义务，法院在举证问题上完全处于消极被动地位，有关法律没有规定法院在审理案件中法官的查证职责。大陆法系国家采用职权主义原则，在审判实践中，表现为法院按职权采取主动收集调查证据为主的审判方式，例如《日本民事诉讼法》第336条规定："法院经过调查证据而不能得到心证时，可以依据申请或依职权询问当事人本人。"

我国法学界对于当事人举证责任与法院查证的法律关系的认识，主要存在四种观点：一是"结合说"，认为法律在要求当事人承担举证责任的同时，也要求法院收集和调查证据，两者结合，调动当事人和法院两方面参与诉讼活动的积极性，以利于正确、合法、及时地审理案件；二是职权说，认为当事人虽有举证责任，调查收集证据也是法院的职责，应当强调当事人的举证责任，又要防止以当事人举证代替法院对证据的收集、调查；三是补充说，认为当事人

是举证责任的主体，诉讼证据原则上由当事人提供，法院不负举证责任，只进行必要的补充性收集、调查工作；四是审查说，认为当事人是举证责任的主体，法院不负举证责任，应将主要精力放在对证据的审查、核实上，依法确认当事人提供的证据的法律效力。上述四种观点，在我国先后颁布的两部民事诉讼法中均得到体现。我国1982年《民事诉讼法（试行)》证据一节主要采取类似大陆法系立法原则，体现了“结合说”和“职责说”的观点，然而，1991年的《民事诉讼法》则吸收了英美法系民事诉讼证据的立法原则，体现了“补充说”和“审查说”的观点。

二、我国民事诉讼实践中的举证与查证

（一）举证责任与查证的沿革变化

我国的民事诉讼立法与司法审判实践，历来高度重视人民法院在查证方面的功能，在要求当事人提供证据的同时，要求人民法院积极主动地开展查证活动。法院在诉讼活动中不是消极的仲裁者，不能仅仅根据双方当事人提供的证据材料对案件事实作出判断，而应当同时也是事实的发现者，积极寻找那些当事人虽未提供但对查明案件事实有重大意义的证据材料。

在举证责任与查证方面，我国走过了一条由全面查证到有限查证的发展道路。早在新民主主义革命时期，根据地颁布的诉讼方面的法律，就采用了“两条腿走路”的办法。例如，1944年10月颁布的《苏中区处理诉讼案件暂行办法》规定：“原被告主张有利于己之事实，就其事实，有举证之责任”，“审判人员及陪审人员，对于案情及证据，应直接、间接、公开、秘密进行周密之调查研究”。创立于陕甘宁边区，后来成为革命根据地和新中国民事审判工作样板的“马锡五审判方式”则大大强化了人民法院调查收集证据的功能。

新中国成立后，我国仍然十分注重和强调人民法院的查证工作。例如，最高人民法院1979年2月印发的《人民法院审判民事案件程序制度的规定（试行)》中要求“审判人员或合议庭成员接办案件后，要在认真审阅诉讼材料的基础上，深入基层，依靠群众和基层组织对案件情况进行调查研究”，“弄清原、被告的基本情况，纠纷发生的时间、地点、原因、经过、结果，双方争执的焦点，搜集有关证据材料，群众和基层单位领导的意见等”。该《规定》只字未提当事人提供证据责任的问题，甚至在起诉时也不要求当事人提供证据材料。在长期的实践中，案件中大多数证据材料是法院调查收集的。

1982年，新中国历史上第一部民事诉讼法（试行)。该法把当事人提供证据的责任与人民法院主动调查证据结合起来，一方面规定：“当事人对自己提

出的主张，有责任提供证据”，另一方面规定“人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地收集和调查证据”。虽然我国民事诉讼法（试行）采用的是当事人举证与法院查证并重的作法，但在司法审判实践中更偏重人民法院的查证。

1991 年 4 月 9 日，我国颁布了民事诉讼法。立法机关针对试行法实施以来的发展变化情况，特别是强调人民法院查证职能带来的诸多负面效应和公民法律意识、证据意识逐步增强的情况，对试行法第 56 条关于举证责任的条款作了实质性修改，修订后的民事诉讼法贯穿了“谁主张、谁举证”的精神，明确了提供证据证明案件事实的责任应由主张事实的当事人负担。同时，修订后的民事诉讼法不再要求人民法院全面、客观地收集和调查证据，而是要求全面、客观地审查核实证据，只是在当事人因客观原因无法自行收集提供证据时，或者法院出于审理案件的需要认为必要调查收集证据时，法律才要求人民法院进行查证活动。

（二）当事人举证与人民法院查证的区别

尽管我国现行民事诉讼法强化了当事人提供证据的责任，但并未完全免除人民法院查证的职责。根据民事诉讼法的规定，当事人和人民法院在我国诉讼证据制度中处于不同的法律地位，当事人举证与人民法院查证具有不同的法律性质。这种不同主要表现在以下几个方面：首先，当事人包括原告、被告和第三人，是举证责任的主体，他们对自己提出的主张有责任提供证据，而人民法院是国家审判机关，不是诉讼当事人，不是举证责任主体。当事人是民事权利义务的主体，对自己的主张和请求必须举证证明，否则，就可能承担不利的诉讼结果。人民法院在诉讼中没有任何主张和请求，同双方当事人也没有权益争议，因而不承担举证责任，也不承担举证责任，也不承担举证不能的后果。其次，当事人的举证责任是受其为赢得诉讼胜利，避免败诉等不利的后果的内在动因所驱使。而人民法院查证是行使国家审判权的需要，是法律规定应当履行的一种职能行为。第三，当事人举证仅限于证明自己主张的证据，一般对自己一方有利，而人民法院基于行使审判权的需要，既要收集对原告有利的证据，也要收集对被告有利的证据，收集证明整个案件事实的证据，并要审查、核实，做出正确的判断。由此可见，当事人的举证责任与人民法院的查证职责根本不同。

在审判实践中，如何正确把握举证与查证的关系，是一个十分重要的问题，它既关系到民事诉讼法中强化落实当事人提供证据责任的立法意图能否得以实现，又关系到人民法院能否有效完成查明案件事实，分清是非责任的任

务。为此，需要处理好两个方面的问题：一是尽可能明确、具体地界定当事人举证和人民法院查证的范围；二是摆正当事人和人民法院各自的位置，对于当事人来说，凡属自己能够收集的证据不得推给人民法院，而对于自己确实无力收集的证据，则应主动请求人民法院调取并详细说明理由。对于人民法院来说，应把自己摆在收集证据的指挥地位，防止插手那些原本完全可以由当事人或诉讼代理人收集的证据，同时也应注意不能片面理解强化、落实当事人提供证据的责任，将本应由人民法院调查、收集的证据也推到当事人身上。

三、举证与查证的范围、方式

举证责任范围是指当事人在民事诉讼中提供证据应涉及的领域。查证范围则是指人民法院履行查证责任的领域。明确举证与查证的范围，既有利于当事人诉讼，又有利于法院依法办案。

（一）举证范围

界定当事人举证范围应坚持与诉讼请求相对应的原则。在一定意义上讲，人民法院审理民事、经济纠纷案件，就是在审查当事人诉讼请求所依据的事实、理由是否真实、可靠的基础上，作出裁决。当事人只有充分提供与其诉讼请求紧密联系的证据，才有可能实现诉讼请求。诉讼请求直接决定了当事人的举证范围，抛开诉讼请求进行举证没有法律上的意义。因此，法院必须根据当事人的诉讼请求要求其提供证据，诉讼请求的不同决定了当事人举证责任的不同。

当事人举证范围尽管因诉讼请求不同而各有具体内容，但就整体来说，当事人举证范围都具有一些共性的内容：

1. 事实证据。是指能够客观反映案件发生的经过，证明当事人之间法律关系发生、变更的证据。如当事人缔结合同的函件，双方结算的凭证，用以证明合同法律关系的形成。

2. 过错证据。是指能够证明对方当事人在纠纷中具有过错，应当承担民事责任方面的证据。如当事人违约的事实证据，侵权事实证据，过错的事实证据，受到损害的证据，能否从事特殊方面工作的证据等。当事人对自己在纠纷中所受到的损害和相对方在纠纷中所具有的过错，应该负有提供证据予以证明的责任。

3. 法律依据。指当事人主张其权利所依据的法律法规、条例或者有关政策，以及证明对方当事人应当承担民事责任的法律、法规、条例及有关政策。这类证据主要有：确定案件性质的依据，处理案件应适用的法律、法规条文，

民法的基本原理、原则，地方政府的有关政策，法律规定的承担民事责任的方法、范围、比例等。将提供有关法律依据作为当事人举证范围的一个重要内容，有利于促进当事人依法诉讼和审判工作的规范化。

4. 主体资格方面的证据。是指能够证明当事人身份，确定其为本案诉讼主体，以及在诉讼中享有的权利范围等方面的证据。这类证据主要适用于参加诉讼的资格、权限等方面的问题，如法定代表人、委托代理人身份证明书、营业执照、从事特殊业务的证明文件等。

在审判实践中，各地法院为了明确当事人举证范围，根据各类型案件的特征，制作举证通知书，列出了某一类案件所需要的证据材料。比如，对于离婚案件，当事人应当提供的证据材料的范围：一是结婚证书，户口登记簿或身份证；二是能够证明夫妻感情状况的证人证言，有关组织本单位的调处情况；三是有子女且其具有识别能力的，提交子女选择随父或随母的有关证据材料；四是证明夫妻共同财产与债务的证据材料；五是因一方患有不应当结婚的疾病而离婚的，应提交县以上人民医院的诊断证明材料或其他能够反映案件情况的证据材料。又如继承案件，当事人举证的范围：一是被继承人死亡证明（如户口簿、公安机关等有关单位的证明或法院宣告死亡的法律文书）；二是遗产清单；三是继承人身份的证明材料；四是遗嘱或遗赠抚养协议。

（二）查证范围

为了实现从全面查证到有限查证的转变，现行民事诉讼法在第 64 条第 2 款中规定了人民法院应当查证的两种情况。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 73 条又将上述两种情况具体分为 4 种情形，即：1. 当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；2. 人民法院认为需要鉴定、勘验的；3. 当事人提供的证据互相矛盾、无法认定的；4. 人民法院认为应当由自己收集的其他证据。这从总体上界定了人民法院应当查证的范围。

在审判实践中，一些法院又将这 4 种情形具体化，进一步明确了法院依职权查证的范围，具体是：

1. 因案件性质和特点，致使当事人或其诉讼代理人无法收集的证据。这包括：(1) 鉴定结论，勘验笔录；(2) 不允许个人查阅的档案材料；(3) 他人的储蓄存款情况；(4) 涉及国家机密、企业技术秘密、商业秘密的证据材料；(5) 涉及个人隐私情况的证据材料；(6) 由有关国家机关保存的不允许个人查阅、摘抄的证据材料；(7) 证人证言。

2. 因对方当事人或第三人的妨碍行为致使当事人或其诉讼代理人无法自

行收集的证据。这主要是书证或物证为对方当事人或第三人占有，当事人直接去收集，因遭到拒绝而无法取得。

3. 因存在特殊情况无法或者难以收集的证据。这包括：（1）当事人自身存在着特殊情况，如年迈体弱、因病住院、劳改劳教等；（2）证据存在着特殊情况，如证据所在地远离当事人，在外省、在港、澳、台等地区，甚至在国外。

4. 人民法院认为需要查证的证据。包括：（1）人民法院认为需要鉴定、勘验的；（2）当事人提供的证据相互矛盾，无法认定案件事实；（3）双方当事人均不愿提供的证据。

（三）举证与查证的方式

在诉讼实践中，当事人与各种证据之间呈现出多样化的特点，这就决定了当事人在举证方式上不可能拘泥一种固定模式，具有一定的灵活性。主要的举证方式有：

1. 将证据直接提交给人民法院。当事人通常会占据一定的证据材料。将占有的证据提交法院是当事人履行举证责任最直接、简便的方式。这种方式在实际诉讼中，又可能表现为面交、电报、电传、邮寄送交等具体方式。

2. 当证据不为当事人所占有、控制时，可以向人民法院提出证人或者说明书、物证、视听资料的来源和线索。如果当事人以此方式举证，也应当视为当事人履行了提供证据的责任。

3. 向人民法院提出请求鉴定或勘验的申请。当事人以这种方式履行举证责任时，应当在申请中详细说明需要鉴定和勘验的事项，以及通过鉴定、勘验所获得的结论与笔录能够证明哪些案件事实。

在司法实践中，由于民事诉讼证据各具特点，因此人民法院在查证方式上也有所不同，一般来说，人民法院采取以下方式查证：

1. 责成当事人、第三人提供证据，如果当事人一时不能提交证据的，人民法院应根据具体情况指定其在合理期限内提交。当事人在举证期限内提交确有困难的，应在举证期限届满前，向人民法院申请延期，延长的期限由人民法院决定。

2. 开庭审理，通过当庭举证、质证、核实证据，鉴别各种证据的真伪。

3. 向有关单位和公民个人调查取证。民事诉讼法第 65 条规定，人民法院有权向有关单位调查取证，有关单位和公民个人不得拒绝。法院直接调查收集的证据也需经过开庭质证核实。

4. 委托鉴定部门和鉴定人，对与案件有关的物证或书证进行鉴定，并且

提交鉴定结论。鉴定结论也要经开庭宣读、质证才能作定案证据。

第三节 举证责任的分担

一、为什么要分担举证责任

既然诉讼是由原告提起的，举证责任就应当完全由原告负担，为什么还要在原、被告之间分担举证责任?

从理论上说，在绝大多数情况下，原告是在诉讼中主张权利或法律关系存在的一方当事人。因此，他不但应当证明权利产生的事实，而且应当进一步证明不存在妨碍权利发生的事实以及变更、消灭权利的事实，因为只有在这一切事实都得到证明后，人民法院才能确信原告主张的权利或法律关系的确存在。例如，当原告根据买卖合同请求被告交付标的物时，原告不仅需要证明订立合同的事实，而且需要证明订立合同时他和被告都具有相应的民事行为能力，不存在欺诈、胁迫等导致合同无效的行为，合同订立后未经修改又未解除，合同之债并未因履行等原因而消灭。但是，果真如此的话，就必然会存在下列弊端:

1. 与国家设立民事诉讼制度的目的背道而驰。

国家设立民事诉讼制度的目的，是为了通过法院对民事权利义务纠纷的审理与裁判，一方面保护当事人合法的民事权益，另一方面制裁民事违法行为。民事诉讼的诉讼发动机制为“不告不理”，因而上述目的的实现依赖于权益受侵害的当事人依法提起诉讼。为此就需要为寻求司法救济的当事人创造必要的条件。通常情况下，原告是因其民事权益受到侵害或发生争执而诉诸法院寻求司法保护的，胜诉是原告追求的直接目标。然而，诉讼总是有风险的，举证责任就是诉讼中的一种风险。如果把上述事实的举证责任都加在原告身上，原告就不得不负担起诉讼中的全部风险，而这诸多的风险必然会使原告胜诉的希望变得极为渺茫。这无异于一方面赋予原告提起诉讼的权利，另一方面又为他获得胜诉设置重重障碍，使原告在诸多风险、重重障碍面前望而却步。

2. 与我国民事诉讼法规定的“民事诉讼当事人有平等的诉讼权利”的原则相抵触。

与不负举证责任的一方当事人相比，负担举证责任的一方当事人在诉讼中显然处于不利的地位。当作为裁判基础的案件事实发生争议时，负有举证责任

的一方要想摆脱败诉的厄运，就必须提供证据证明这一事实；不负举证责任的一方在对方提出证据前，只需否认即可稳操胜券，不必提供任何反证。在对方提出一定的证据后，如果所提出的证据并不充分，不负举证责任的一方仍然不必提供任何反证即可胜诉。如果要求原告对以上所有事实进行证明，并且只要其中某一项事实得不到证明，就会承担不利的诉讼结果，就必然形成原告负担的举证责任过重，被告却几乎不负担举证责任的局面，就会使原告在诉讼中明显处于劣势。原、被告在诉讼中的地位严重不平等，又势必会妨碍当事人平等地行使诉讼权利。

3. 与诉讼节约的要求不相适应。

裁判的公正无疑是我国民事诉讼制度追求的第一位目标，但不是惟一的目标。理想的状态不仅要求裁判是公正的，而且要求公正的裁判是通过花费较少的时间和金钱获得的，亦即通过尽可能低的成本获得的。这便是“诉讼节约（经济）原则”对民事诉讼活动提出的要求。

在民事诉讼实际过程中，需要证明的案件事实越多，整个诉讼过程就会变得愈复杂、愈缓慢，花费的人力、物力、财力就愈多。如果要求原告对事实一一举证证明，诉讼就会变得异常缓慢，当事人和法院对诉讼的投入就会急剧增加，这显然有悖于诉讼节约的要求。

为了消除上述弊端，就必须将举证责任在当事人之间作合理分配，也就是说原告不必就一切事实负举证责任，只需要对其中一部分事实负举证责任，另一部分事实的举证责任由被告负担。

二、举证责任分担的立法例

虽然各国在民事诉讼中都将举证责任在当事人之间作合理分配，但立法例却不尽相同。总的说来，有两种类型：一部分国家在诉讼法中不设如何分担举证责任的规定，只在实体法中就少数问题的举证责任作出规定。在诉讼中，让法官根据实体法的有关规定以及法学家们提出的分担举证责任的学说，来决定如何分担举证责任。采用这种立法例的国家有德国、日本、意大利、瑞士等国。另一些国家则除了就少数问题的举证责任在实体法中加以规定外，还在法律中对如何分担举证责任作出原则性规定。例如，苏俄民事诉讼法典第 50 条规定：“每一方当事人都应当证明他用以论证自己请求和反驳的情况（正当案情）。”《匈牙利人民共和国民事诉讼法》第 164 条规定：“判决案件所需要的事实通常应由法院认为是真实而得益的一方来证实。”在美国，关于如何分担举证责任的规则被规定在证据法中。《加利福尼亚证据法典》第 500 条规定：“事

实的举证责任，一般由为了论证自己的理由需要对事实加以澄清的一方承担。”法国对此问题的处理别具一格，一方面在法国民事诉讼法典中规定“每一方当事人都应该就作为他的主张的依据的事实提供证据”，另一方面在法国民法典第1315条中规定：“凡请求履行债务者，应证明该债务的存在，凡主张债务已消灭者，应证明已清偿或使债务消灭的事实。”这一规定尽管是针对债务案件作出的，但在诉讼实践中被视为分担举证责任的一般规则。我国也采用后一种立法例，我国民事诉讼法第64条第1款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”台湾民事诉讼法第277条规定：“当事人主张有利于己之事实者，就其事实有举证责任。”

一些国家在法律中对如何分担举证责任不设原则性规定，是由于立法者认为民事案件千差万别，分担举证责任的情况错综复杂，难以制定出能够适用于各类案件的令人满意的具体规则；与其制定一条需要参照实体法的规定和分担举证责任的学说才能具体适用的原则规定，不如把这一问题留给学说和判例来解决。另一些国家虽然在法律中对如何分担举证责任作出规定，但都规定得极为笼统，如果不根据实体法的有关规定和参照有关学说，就很难把它适用于具体案件。上述情况的存在，不但突出了从理论上探讨如何分担举证责任的必要性，也为学者们研究这一问题留下了广阔的天地。

三、举证责任分担的学说

（一）罗马法时期的原则

举证责任分担的学说，发端于罗马法。罗马法初期，法学家们提出了分担举证责任的以下两条原则：

1. 原告有举证的义务。根据当时的解释，这一原则意味着原告对他主张的权利，应当首先举证，如因举证不充分未能尽到举证责任，就应当作出被告胜诉的裁判。如果原告尽到举证责任，被告就应提出反证来推翻原告所提出的证据。特别是在被告提出抗辩时，应对其抗辩提供证据。

2. 提出主张的人有证明的义务，否定的人没有证明义务。这一原则与“谁主张，谁证明”的拉丁格言一脉相通，是罗马法理学家保罗斯从“一切推定为否定者的利益”的格言中引伸出来的。这一原则后来不仅成为大陆法系中“主张消极事实的人不负举证责任”学说的渊源，而且也对英美法系国家分担举证责任的理论与实践产生了深远的影响。

罗马法初期的这两条原则为后来关于举证责任分担问题的研究奠定了基础。罗马法注释时期、德国普通法时期的学者们有的以第一条原则为主线，有

的以第二条原则为主线，继续对此问题进行研究。在这里特别值得一提的是罗马法注释家布尔加诺斯（Bulgarus）的观点。他认为“各当事人应证明各自主张之原因，原告应证明请求及再抗辩之原因，被告应证明抗辩及复再抗辩之原因。”① 将举证责任的分担与原、被告在诉讼中分别应当主张哪些事实联系起来研究，无疑是朝着解决这一问题的正确方向迈进。

（二）德国和日本的学说

罗马法初期提出的这两条原则，经过罗马法注释时期、德国普通法时期，逐步演变成为大陆法系中德、日两国现代民事诉讼理论中的三大学说——待证事实分类说、法律要件说和法规分类说。

1. 待证事实分类说

待证事实分类说着眼于事实本身的性质。即待证事实是否有可能得到证明以及证明时的难易程度来分担举证责任，认为凡主张积极事实、外界事实的，应负举证责任；凡主张消极事实、内界事实的，不负举证责任。该学说又分为以下两种：

第一种，消极事实说。认为“主张积极事实的人，应该举证，主张否定事实的人，即为消极的事实上陈述的人，不负举证责任。”消极事实不负举证责任的理由有两种：一是消极事实是指未发生的事实，未发生的事实无从举证，所以主张消极事实的人不负举证责任。例如原告主张他曾与被告订立买卖合同，被告予以否认。原告主张的订立合同的事实为积极事实，被告主张的未订立合同的事实为消极事实，故应由原告负担举证责任。二是从因果关系的角度作出解释，认为积极的事实可能产生某种结果，消极的事实不会产生结果，不可能成为某种结果的原因。就已发生的民事法律关系而言，除非出现了某种新的积极的事实，无变更或消灭之可能，会继续存在下去，也就是说消极事实不可能成为引起民事法律关系变更或消灭的原因。所以，主张消极事实的人完全没有负举证责任的必要。②

第二种，外界事实说。该学说依事实能否通过人的五官从外部加以观察，将待证事实区分为外界事实和内界事实。前者如被继承人的死亡、婚姻的缔结、合同的订立与履行、肖像权受到侵害等；后者如第三人的善意与恶意、侵权行为人的故意与过失。该学说认为外界事实易于证明，故主张的人应负举证责任；内界事实无法从外部直接感知，极难证明，故主张的人不负举证责任。

---

① 骆永家（台）：《民事举证责任论》，第70页。
② 王锡三译：《民事举证责任著作选译》，第17页。

2. 法律要件分类说。

法律要件分类说是依据实体法规定的法律要件事实的不同类别分担举证责任。它与待证事实分类说的根本区别在于不是以事实本身的内容与性质作为分担举证责任的标准，而是着眼于事实与实体法的关系，以事实在实体法上引起的不同效果作为分担举证责任的标准。

法律要件分类说又有多数说与少数说之分。在多数说中，被誉为通说的，是以德国学者罗森伯格（Rosenberg）为代表的学说，少数说是德国另一名学者莱昂哈德（Leonhard）倡导的学说。

最初将产生权利的法律要件加以分类的，是德国学者韦伯（Weber）。他把引起权利发生的法律要件事实一分为二，即把上述事实分为与权利发生有直接重要关系的特别要件事实和普遍存在于权利发生情形的一般要件事实。前者如订立某种合同的事实，立遗嘱的事实等；后者如行为人有民事行为能力等。在此基础上，韦伯提出主张权利存在的人，仅须就权利发生的特别要件事实负举证责任，一般要件事实的欠缺，应由对方当事人负举证责任。

韦伯提出的学说经过一些学者特别是罗森伯格的发展和完善后，逐渐成为德、日两国民事诉讼理论界影响最大、长期居支配地位的学说。

1900年，罗森伯格的专著《举证责任》首次出版。在该书中，他指出从各类具体案件中抽象、概括出举证责任分担的一般原则是完全能够做到的，因为在民事实体法规范中已暗含了举证责任分配的一般原则，只要悉心分析民法的条文，就不难发现这一原则。他认为“举证责任分配之根本原则仅有一个，即无该法规之适用，即不能胜诉之当事人，就该规定之要件事实，负有举证责任。简言之，各当事人就有利于自己之规定之要件事实，应负举证责任。”[①]在对该原则进一步说明之前，罗森伯格先对民法规范进行分类，将形形色色、错综复杂的法律规范分成四大类：(1) 权利发生规范。凡能引起某一权利发生的规范均属此类，这类规范又被称为“基本规范”、“请求权规范”、“通常规范”；(2) 权利妨害规范。凡权利欲发生之初，便与之对抗，使之不得发生的规范为这类规范，如无行为能力等；(3) 权利消灭规范。这类规范是在权利发生后与之对抗的，具有将已发生的权利消灭的作用，如债务的履行、免除等；(4) 权利受制规范。这类规范也是在权利发生后，权利人欲行使权利之际发挥对抗作用的，它能够遏制或排除权利，使之无法实现，如意思表示错误等。在此基础上，他具体描述了举证责任分配的原则，即主张权利存在的人，应就权利发生

① 骆永家（台）：《民事举证责任论》第8页

的法律要件存在的事实负举证责任；否认权利存在的人，应就权利妨害法律要件、权利消灭法律要件或权利受制法律要件存在的事实负举证责任。

由于该学说是通过对法律规范的分析、归类来确立分担举证责任原则的，所以德国学术界称之为"规范说"。

此外，日本、台湾的一些学者认为特别要件说是通说。认为该学说将实体法中引起权利发生、变更或消灭的法律要件分为特别要件与一般要件，并以此作为分担举证责任的标准。该学说认为，凡主张权利或其他法律上效果存在者，应就其发生的特别要件事实负举证责任；而一般要件的欠缺，则由对方负举证责任；凡主张已发生的权利或其他法律上的效果变更或消灭者，应就其变更或者消灭的特别要件事实负举证责任，一般要件欠缺同样由对方负举证责任。

不难看出，罗森伯格的规范说与韦伯首倡的特别要件说是一脉相承的。他也是将引起权利发生的法律规范（要件）一分为二，将其中的一部分作为权利发生规范（特别要件），另一部分作为权利妨害规范（一般要件），并认为尽管权利发生规范规定的事实存在与权利妨害规范规定的事实不存在，都是权利得以发生的必要条件，但主张权利存在的当事人仅需就前者的存在负举证责任，无需再证明后者的不存在，后者的存在应当由对方当事人负举证责任。

所以，与其说规范说与特别要件说是两种不同的学说，不如说两者同出一辙，名异而实同。

在多数学说中，还有下列学说是具有一定影响的：①因果关系说。该学说将引起权利发生所必需的多数法律要件进行比较，把其中最有力或相对来说最有力的条件作为原因，其他条件称为单纯条件。认为凡主张权利存在之人，应对权利发生的原因事实负举证责任，单纯条件欠缺的事实由对方当事人负举证责任。②通常发生事实说。该学说将法律要件事实分为通常事实与例外事实。认为主张权利存在之人应就通常可使该权利发生的事实负举证责任，例外事实的存在由对方当事人负举证责任。③最低限度事实说。该学说将事实分为权利发生规定的要件事实、权利障碍规定的要件事实和权利消灭规定的要件事实。认为凡主张权利发生或者是主张对方的权利有障碍、对方的权利已经消灭者，应就权利发生、障碍或消灭的最低限度事实负举证责任。如根据买卖合同请求对方给付价金的当事人，应就双方就标的物与价金意思表示一致（即订立买卖合同）的最低限度事实负举证责任，至于对缺乏相应的民事行为能力、意思表

示不真实等权利障碍事实，则不负举证责任。[①]

由于这三种学说中的原因事实、通常发生事实、最低限度事实相当于通说中的权利发生规范、权利消灭规范和权利受制规范所规定的事实（特别要件事实），单纯条件事实、例外事实、非最低限度事实相当于妨害权利发生、消灭规范所规定的事实（一般要件事实），所以它们与通说并无实质性区别。它们虽然是从不同的思路出发探寻分担举证责任的原则，但结果却与通说殊途而同归。

与罗森伯格一样，莱昂哈德亦认为实体法中隐藏着举证责任分担的规则，因而应当通过分析实体法条文去寻找分担举证责任的一般原则。莱昂哈德也是在对法律规范进行分类的基础上提出分担举证责任的原则的。与罗森伯格不同的是，他认为引起权利发生的一切法律要件事实，都是产生权利所必需的。人为地将它们区分为一般要件事实与特别要件事实、原因事实与条件事实是错误的，因而不能以此作为分担举证责任的标准。从这一认识出发，莱昂哈德将法律规范区分为两大类—权利发生规范和权利消灭规范，罗森伯格的权利妨害规范被归入权利发生规范，权利受制规范则被归入权利消灭规范。他提出的分担举证责任的原则是："主张法律效果成立之当事人，就发生该法律效果所必需法律要件之一切有关事实，应负主张及举证责任。对方就该法律效果变化或消灭所必需法律要件之一切有关事实，应负主张及举证之责任。"[②] 因莱昂哈德将一般要件事实和特别要件事实均作为权利发生的要件事实，所以他的学说被称为"全备说"。

3. 法规分类说。

这一学说也是着眼于实体法的条文，从对实体法条文的分析中归纳出分担举证责任原则的。该学说认为，实体法条文中通常都有原则规定与例外规定。至于哪些规定为原则规定，哪些规定属例外规定，则要通过具体分析实体法条文之间的关系来加以识别。一般来说，实体法中本文为原则规定，但书为例外规定。例如德国民法典第 833 条［动物占有人责任］第 1 款规定的"在动物杀害人或伤害人的身体或健康，或损坏财物时，动物的占有人有义务对受害人赔偿因此而造成的损失"，为本文，为原则规定。第 2 款规定的"如损害系由用于维持动物占有人的职业、营业或生计的动物造成的，而动物占有人已为相当注意的管束，或纵然已为相当注意的管束也难免发生损害者，不负赔偿责任"，但书为例外规定。

---

① 王军乙等（台）："《民事诉讼法新论》，第 374—375 页。
② 陈荣宗（台）：《举证责任与民事程序法》，第 20 页。

该学说在对法规作上述区分后，便以此为标准在当事人之间分担举证责任。该学说倡导的分担举证责任的原则是：凡要求适用原则规定的人，仅应就原则规定要件事实的存在负举证责任，无需进一步证明例外规定要件事实的不存在，如果对方当事人主张例外规定要件事实的存在，则由他负举证责任。

（三）德、日举证责任分担研究的新动向

进入60年代后，德、日两国的经济从战后恢复时期进入了高速发展时期，与现代化伴生的一系列社会问题也随之而来，如环境污染、交通事故、产品责任等。在这些新问题面前，传统的分担举证责任的原则显得苍白无力，难以保护受害者、弱者的合法权益。

在此背景下，德国学术界开始对居支配地位50余年的通说进行反思，学者们纷纷撰文批评罗森伯格的学说。[①] 学者们认为罗森伯格的四分法，以及原则规定与例外规定，完全是从法律条文的外表上、形式上进行分类，未能顾及法律规范的价值取向，未能权衡举证责任分担对双方当事人利益产生的影响。固守通说确立的举证责任分担原则，既无法解决新出现的社会问题，也难以实现法律的公平与正义。学者们还再次对权利发生规范与权利妨害规范的划分提出质疑（这种区分在当时就受到批评，批评者认为两者的界限不易区分，罗森伯格是以原则规定与例外规定的方法加以区分的）。他们认为从民法的角度无法从实质上分清这两种规范，因为这两种规范在时间上是同时发生作用的。以行为能力为例，行为人有民事行为能力，为法律行为生效的要件，为权利发生规范，它与行为人实施某种法律行为的规范是同时发生作用的。而行为人无行为能力，又是民事行为无效的原因，为权利妨害规范。但从实质上看，它与前一规范规定的是同一问题，只是表述方式不同而已。此外，学者们还从间接反证等方面提出了质疑。

在反思过程中，学者们对通说的看法存在着分歧。一部分学者认为通说仍有存在的价值，主张在保留通说的前提下，对通说的内容作部分更新，以使其适应新的社会现实；另一部分学者则认为通说已经陈旧、过时，主张全盘否定通说，用新的分担举证责任的原则取代它。

近年来，德国法学理论界提出的分担举证责任的新学说主要有：

1．危险领域说。该学说依据待证事实属哪一方当事人控制的危险领域为标准，决定举证责任的分担，即当事人应当对其所能控制的危险领域中的事实负举证责任。如在侵权赔偿诉讼中，损害原因、主观过错均属侵害人所能控制

① 陈荣宗（台）：《举证责任与民事程序法》，第24—32页。

的危险领域，应当由侵害人就不存在因果关系、主观上无过错负举证责任，应当由侵害人承担事实无法证明的不利诉讼后果。该学说是普勒尔斯（Prolss）首先提出的。他从三方面论证这一学说的合理性：首先，被害人无法了解属加害人控制的危险领域中的事件，常处于无证据状态；其次，加害人易于了解事件、接近证据；第三，有利于实现防止损害发生，以及一旦发生受害人能得到赔偿的实体法宗旨。他还认为，依据危险领域分担举证责任的办法，不仅适用于侵权诉讼，还适用于契约诉讼及其他诉讼。

2. 概然性说。该学说主张以待证事实发生的概然性的高低，作为分担举证责任的依据。具体而言，当事实处于真伪不明状态时，如根据统计资料或人们的生活经验，该事实发生的概然性高，主张该事实发生的一方当事人不负举证责任，由对方当事人对该事实未发生负举证责任。该学说的理由是依概然性高低分担举证责任可以使法院在事实真伪不明状态下作出的裁判接近案件事实的真实情况，避免错判，也有利于实现法律的公平与正义。

3. 损害归属说。该学说主张以实体法确定的责任归属或损害归属原则为分担举证责任的标准。即通过对实体法各条文进行对比、分析，寻找出实体法关于某一问题的损害归责原则，然后由依实体法应承担责任的一方负举证责任。该学说是瓦伦·多尔夫（Wahrendolf）于1976年提出的。他认为，举证责任分担问题实质上是适用实体法过程中发生的法律解释或法律补充问题。因此，举证责任的归属应当与实体法上的损害归属相一致，否则，实体法的立法宗旨就无法实现。他还认为，分担举证责任应依据公平正义这一最高的法律原则。在实际运用中，这一原则又具体化为概然性原则、保护原则、担保原则、信赖原则、惩罚原则、社会危险分配原则，依据这些原则来公正合理地确定损害归属，确定举证责任的分担。

由于两国间法律传统和法学理论上的渊源关系，这一发端于德国的对举证责任分配通说的反思，不可避免地会波及到日本的学术界。1973年，日本东京大学民法学教授石田穰发表了“举证责任的现状与将来”一文。该文首次对日本学术界信之不疑的德国的通说进行了批判，揭开了举证责任大论战的序幕。其后，以石田穰为代表的否定通说的学者为一方，以仓田卓次为代表的拥护通说的学者为另一方，就举证责任分配问题进行了全面的探讨和辩论，日本的民事举证责任研究也由此得到深化。

石田穰提出应当以利益较量取代法律要件分类，作为新的分担举证责任的标准。他认为，在对双方当事人的利益进行较量时，应考虑三方面的因素：第一，双方与证据距离的远近，应当由接近必要证据的一方对争议事实负举证责

任；第二，举证的难易。即根据事实的性质确定举证难易，由易于举证的一方负担举证责任。例如，证明订立合同的事实要比证明未订立合同的事实容易，所以当合同是否订立成为证明的主题时，应当由主张订立合同的一方负举证责任；第三，诚实信用原则。即法律虽然将举证责任加于某一方当事人，但如果对方当事人违反诚信原则，实施妨害举证或违反禁反言行为时，举证责任应转由该当事人负担。

（四）英美法国家的理论

罗马法中分担举证责任的学说对英美法国家同样有着深远的影响。

在英国，司法实践中至今仍把“提出主张的人有证明义务，否定的人没有证明义务”作为分担举证责任的一般标准。在康斯坦丁·利宁诉英国冶金公司一案中，毛姆（Maugham）勋爵指出：“这是一条建立在智慧基础上的古代规则，没有充分的理由是不应当背离的。”[①] 菲普森（Phipson）解释说：“之所以在一般情况下适用这条规则，除了因为寻求法律救济的人必须首先证明其案情外，还部分因为根据事物的性质，证明事物的不存在要比证明其存在困难得多。”[②] 当然，英美法国家的法官和学者们决非仅仅从形式上判断肯定（积极）事实与否定（消极）事实。菲普森进一步解释说：“在决定哪一方当事人所主张的为肯定的时，当然应当分析问题的实质而不能仅仅看语法形式，因为当事人可以任意变更语法的表述方式。并且，必须将一项否定的主张同仅仅是对肯定主张的否认区别开来。这一规则的真正含义在于：一项已提出的主张，无论它是肯定的还是否定的，只要它成为某一方当事人案件的基本事实的一部分，提出主张的当事人就应当负举证责任。”[③] 克罗斯（Cross）和威尔金斯（Wilkins）在评论上述规则时指出：“但是，绝不能认为它意味着提出否定主张的人不负举证责任，在不少场合，原告或控诉方负担着证明否定事实的责任。”[④]

美国的摩根（Morgan）认为：“负有举证责任的应该是这样的当事人：（1）他引用某一事实的存在，或（2）他关心该事实的认定，或（3）他拥有特殊的情报手段，或（4）他应当引用该事实。”[⑤]

此外，英美法国家的法官和学者还充分注意到实体法与举证责任的关系。克罗斯和威尔金斯认为：“证明责任的发生（即由哪一方当事人负担证明责任

① 菲普森：《菲普森论证据》，1979年英文第112版，第36页。
② 同上书，第36页。
③ 菲普森：《菲普森论证据》，1919年英文第12版，第37页。
④ 《证据法概要》，1980年英文第5版，第28页。
⑤ 普钦斯基：《美国民事诉讼》，法律出版社，1983年版，第99页。

的问题）取决于实体法。"① 摩根在其所著《民事诉讼程序判例与材料》一书中指出："当今，更多的法院明确地认为，实际上是，确定说服责任要求同决定适用实体法规的内容方面的考虑是一样的，也就是说，基于以前的审判经验和实践对公正和政策的考虑。如果早先单凭经验的方法可以适用的话，应该不与法律相抵触。"② 学者和法官们还指出法律条文的结构直接影响到举证责任。他们认为，当法律条文中有例外、但书、免责、限制的规定时，这些事实的举证责任通常应由被告负担。

（五）前苏联的理论

前苏联学者采取类似法律要件分类说的方法，根据法律真实对民事权利和义务关系的不同作用，对作为证明对象的各种法律事实进行分类：(1) 产生权利和义务的事实；(2) 终止权利和义务的事实；(3) 变更权利和义务的事实；(4) 妨碍产生权利和义务的事实。指出上面列举的各种法律事实，不论它是行为还是事件，合法还是非法，也不论它是产生、变更或终止当事人权利和义务的事实，还是妨碍产生当事人权利和义务的事实，只要它是由原告人作为起诉的理由，或是由被告人作为反驳诉讼要求的理由，就都会成为证明对象。每一方当事人都应当证明那些由他所举出的作为自己请求和反驳理由的事实情况。③

举证的难易也影响到前苏联民事诉讼中举证责任的分担。多勃罗沃里斯基指出："审判实践所持的意见是，在有关合同的诉讼中，对于产生合同债务的证明责任，要由债权人负担；而对于履行债务的证明，则是债务人的责任，因为证明履行债务的确定的事实，要比由债权人来证明未履行的、常常拖延很久的不确定的事实容易得多"。④

当事人是否接近证据，是否实施妨害举证的行为，也是影响分担举证责任的因素。库雷列夫认为，"事实无法证明的不利法律后果，应当由那一方在发生诉讼以前能够而且应当依照法律规定或在没有这种法律规定时根据自己利益提供必要证据的当事人来负担。"⑤ "事实无法证明的不利后果，应当落到那一方故意不向法院提供必要证据而有罪责的当事人身上"。⑥

① 《证据法概要》第 26 页。
② 转引自霍震译《举证责任》。
③ 克列曼：《苏联埃民事诉讼》，第 233—234 页，《苏维埃民事诉讼中证据理论的基本问题》，第 43—44 页，特列乌什尼科夫：《苏联民事诉讼中的证据和证明》，第 43 页；阶布拉莫夫：《苏维埃民事诉讼》，第 183—186 页；多勃罗沃里斯基等；《苏维埃民事诉讼》，第 200—202 页。
④ 多勃罗沃里斯基等：《苏维埃民事诉讼》；第 20 页。
⑤ 特列乌竹尼科夫：《苏联民事诉讼的证据和证明》第 58 页。
⑥ 同上书，第 58 页。

（六）简短的评价

在笔者看来，事实分类说的贡献在于指出了消极事实、内界（内心）事实不易证明，因此，为公平起见，在一定的情形下有必要通过推定等方式免除或减轻主张消极事实、内界事实的当事人的举证责任。但是，完全以此作为分担举证责任的标准则是不妥当的。这是因为：第一，消极事实与积极事实之间的界限不易区分，当事人可以通过变换陈述方式的办法轻而易举地将积极事实变为消极事实，从而规避本来应当由他负担的举证责任；第二，消极事实、内界事实并非都不能举证证明。例如，某当事人主张的1992年3月10日他不在北京这一消极事实，可以用3月10日这一天他在上海的证据证明。故意、过失、善意、恶意这些内界事实则可以通过当事人的行为来证明。例如，通过证明被告以显然低于市价的价格购买其物品的事实，可以证明被告为恶意取得，通过被告不履行合同的事实，可以证明被告有过失；第三，与实体法的规定相抵触。无论是我国还是外国的民法中，都有一些规定当事人必须就消极事实负举证责任的例子。如我国民法通则第126条关于建筑物等的倒塌、脱落、坠落民事责任的规定要求所有人或管理人证明自己无过错。德国和法国的民法都规定，在不履行契约时，债务人必须证明自己无过错才能免责。

根据莱昂哈德的学说，原告负担的举证责任仍嫌过重，同时也不符合诉讼节约的要求，因此也不妥当。该学说既得不到多数学者的赞同，又不为审判实践所采用，其原因正在于此。

与其他各种学说相比，法律要件分类说中的多数说，尤其是其中的通说较为合理。根据通说，原、被告负担的举证责任大致平衡，诉讼也较为简捷。这正是它能在德、日两国的诉讼理论与审判实践中长期处于支配地位的原因。

法规分类说根据实体法条文之间原则与例外的关系分担举证责任，使举证责任的分担能够贴近立法者的旨意，同时也照顾到举证责任的平衡与诉讼节约的要求，不失为一种合理分担举证责任的学说。不足之处在于用此种方法不能解决全部诉讼的举证责任分担问题，因为并非所有的法律条文均有原则规定与例外规定。

德、日两国一些学者对通说的全盘否定虽不无偏激，但他们也确实提出了一些极有见地的观点。如举证责任的分担归根到底应当遵循公平、正义这一法律最高准则，应当使举证责任的分担与实体法的立法旨意相一致，同实体法中的损害归属相一致等。

相比较而言，英美法系中分担举证责任的学说远不如大陆法系那样完整、系统，但其中也不乏一些有价值的观点。如举证责任应当由拥有特殊情报手段

的人负担，举证责任的分担应取决于公正、便利及政策性的考虑等。

在前苏联的民事诉讼理论中，举证责任分担的研究显得较为薄弱，一些学者对这一问题所抱的轻蔑态度妨碍了研究的深入进行。即使如此，在理论和实践中仍有一些富有参考价值的认识和值得借鉴的作法，如一些学者指出的举证难易对分担举证责任的影响，应当由故意妨害对方举证的一方负担举证责任。

从总体上说，西方国家，特别是以理性思维著称于世的德国，对举证责任分担的研究相当深入。在相继提出的各种分担举证责任的学说中，或多或少都包含了一些合理的因素。这些合理因素当属法律文化中人类文明的共同成果，在研究我国民事诉讼中举证责任分担问题时，应当大胆地借鉴和吸收。

此外，众说并存的格局一方面说明了举证责任分担问题极为复杂，另一方面也表明试图用一两条原则一劳永逸地解决所有案件举证责任分担的努力注定不会取得成功。正确的思路应当是建立多元的分担举证责任的理论体系，即以一两条标准为主导，以其他标准为补充，这样才能适应复杂多变的案件情况。

四、影响和支配举证责任分担的诸价值

举证责任的分担，实质上是实体法与程序法在诉讼中的适用问题，因此从根本上说，它所追求的目的与法律追求的目的是一致的，都是为了实现公平与正义。民事实体法是通过调整各种不同的利益和要求，合理地配置权利与义务来实现这一目标的。民事诉讼法则是通过以公正的程序发现民事权益争执的真实情况，以调解或裁判迅速解决争议来达到这一目标的。

对于举证责任分担，实体法与程序法中的价值取向又表现为以下五个方面的价值要求。

（一）实体真实

尽管通过证明活动查明的事实究竟是实质真实还是形式真实的，理论上存在着不同的认识，尽管裁判中认定的事实能否等同于实际发生的原始事实不无疑问，但通过证明活动将争议事实的实际过程再现于法庭，使法院的裁判建立在真实的基础上，使裁判中确定的权利义务与当事人之间真实的权利义务相一致，历来是我国民事诉讼证明活动追求的目标。

如前所述，举证责任的法律机能主要在于使法院在事实真伪无法证明的困难情况下能够依据一定的标准对案件作出裁判。但另一方面，正是举证责任的存在，使得当事人真切地感受到举证的压力，强有力地促使他们积极举证以打破事实真伪不明状态。

毫无疑问，举证责任的配置应当有利于真实地再现有争议的案件事实，而

不是为此设置障碍。因此，在分配举证责任时便不能不考虑双方当事人与证据的关系。为了便于发现实体真实，将举证责任置于占有、接近证据或者易于收集证据的一方而不是难以或者无法取得证据的一方显然是必要的。此外，这也是保持程序上的公正所要求的。

（二）诉讼地位平等

原告、被告诉讼地位平等是民事诉讼的本质属性，也是构成程序公正的一项不可或缺的极其重要的内容。前面的分析已经表明，从一定意义上说，举证责任乃是败诉的风险，在一定情形下甚至会决定诉讼的结果。举证责任负担的多少直接影响到当事人在诉讼中的处境，使他处于较为有利的地位或者相当不利的地位。

因此，分配举证责任应充分考虑原、被告诉讼地位平等的价值要求，应着眼于有利于保障双方当事人诉讼地位平等分配举证责任，应当使原、被告承受的败诉风险大致均衡。

（三）诉讼经济

诉讼经济是诉讼制度的内在要求，它实际上是诉讼效益问题。晚近以来，随着“交易成本”、“投入产出”等经济学范畴被用于对法律现象的分析，诉讼效益问题越来越受到人们的重视。

民事诉讼主要是为了解决财产权益纠纷，因而诉讼活动与人们的经济利益密切相关，诉讼主体需要投入时间和费用后才能获得诉讼结果。为此，民事诉讼制度的设计就不能不考虑效益问题。正如一些学者指出的：“如果说公正是诉讼最高价值的话，那么，效益或许应被视为诉讼的第二价值。”①

为了提高诉讼效益，各国在设计民事诉讼具体制度时均把诉讼节约（诉讼经济）作为原则，力求以尽可能少的时间与金钱获得公正的诉讼结果。证明是诉讼中的一项主要活动，证据制度的设计必须符合诉讼节约的要求。

举证责任的不同配置直接影响到诉讼的节奏，它可以加速或者延缓诉讼的进程。因此，在分配举证责任时必须考虑诉讼节约的要求，采用有利于提高诉讼效益的分配举证责任的方法。罗森伯格的规范说、特别要件说、最低限度事实说以及法规分类说之所以受到司法实务的青睐，莱昂哈德的全备说之所以不受司法实务的欢迎，其原因均在于此。

（四）实现实体法宗旨

民事举证责任究竟属于程序法还是实体法范畴，理论上对此历来有不同看

① 柴发邦主编：《体制改革与完善诉讼制度》，中国人民公安大学出版社1991年版，第71页。

法。其实，举证责任是个“两栖”问题，是实体法与程序法在诉讼中的交轨，单从任何一个法域研究都无法寻到它的真谛。因此，分担举证责任不仅应当考虑程序法固有的公正与效率的价值要求，而且应当考虑实体法的价值要求，考虑如何才能使举证责任的分担与实体法的内在精神相一致，如何通过正确分担举证责任促使实体法本旨的实现。

法律是立法者为了平衡和协调社会与其成员之间、社会成员相互之间各种不同的利益和要求，为了实现一定的社会目的而制定的。无论是整部民法典，还是民法中的某项具体制度、某种具体规则，无不为了实现一定的社会目的。正如耶林所说：“目的是全部法律的创造者，每条法律规则的产生都源于一种目的，即一种事实上的动机”。[①] 惟有深刻了解民事实体法所欲达到的社会目的，才能把握住它的价值取向，才能使举证责任的分担与实体法的价值要求保持一致。

为此，就需要从宏观上把握当代民法发展演变的趋势，从宏观和微观上了解民法中每一项制度、每一种规则的立法本旨与价值取向。

进入20世纪后，西方国家的民法经历了“公法化”的洗礼，相继从原先的“个体本位”转向“社会本位”。由于民主思想的强大影响，无论是在契约领域还是在侵权行为领域，西方国家的民法都明显地表现出保护经济上弱者的意图。社会主义国家的民法越来越注重对公民、法人合法民事权益的保护。我国将保护公民、法人合法的民事权益作为民法的基本原则，作为民事立法的出发点和归宿。

在急剧增多的工业事故、交通事故、公害事件的压力下，民法中的侵权责任制度发生了意义深远的变化，以过错为基石的传统的归责原则部分发生了动摇。一些国家以风险责任（即无过失赔偿责任）取代了过错责任，另一些国家虽然仍沿用过错责任，但旧瓶已装了新酒，过错的举证责任被转换于被告，加害人必须证明自己无过错才能免责。无论是风险责任还是举证责任转换，都明白无误地表征了法律向受害者、弱者倾斜，为他们提供尽可能多的保护的价值取向。

当通过对实体法规则的文字与逻辑结构的分析找到立法者的意图时，做到举证责任的分担与实体法价值要求相一致并非难事。然而，这种分析并不总能正确地发现立法的意图，因为“我们从普遍的经验中获知，一条法规的词语往往不能完整地或准确地反映该法规制定者的意图与目的”。[②]

① 博登海默：《法理学：法哲学及其方法》，华夏出版社，1987年版，第104页。
② 博登海默：《法理学：法哲学及其方法》，华夏出版社，1987年版，第514页。

总之，应当把实体法的价值取向作为分担举证责任的依据之一，应当通过分担举证责任促进实体法意图与目的的实现。

（五）使裁判总体上符合事实

当证明活动终了而争议事实仍然无法确定真伪时，法院就不得不依据举证责任的归属对案件作出裁判。就这类裁判而言，法院已无从判断每一裁判中确认的权利义务与当事人之间的真实权利义务关系是否相符。

但是，这并不能改变法律追求的使裁判建立在真实事实关系基础上的旨意。即使无法实现每一个案件的真实，也要尽量使裁判从总体上达到真实。当统计资料或生活经验表明通常情况下争议事实存在或真实的可能性远远超出不存在或不真实的可能性时，在事实真伪得不到证明时认定其真实或存在，与事实本来面目相符合的成分总是居多。这便是概率分析的方法。

既然举证责任分担实质上是在双方当事人之间分配事实无法证明所产生的不利诉讼结果，那么，为了使裁判总体上符合真实，举证责任的分担就必须同概率分析显示的结果，同日常生活经验中得出的结论相一致。这就是德、日两国的一些学者主张应根据概然性分担举证责任的理由所在。

从总体上说，影响和支配举证责任分担的价值要求有以上五个方面，它们均应成为研究举证责任分担的原则以及具体诉讼中举证责任分担的指导方针。但在实践中，这几方面的价值要求并不总是同时起作用的。如果双方当事人与证据材料的距离基本相等，收集证据的能力大体相当，就无从依据第一方面的价值要求分担举证责任；如果实体法在归责问题上对双方当事人一视同仁，未表现出任何倾向性，依据实体法的价值取向分担举证责任便难以奏效；如果概率分析表明争议事实真实与虚假的可能性不相上下，则第五方面的价值要求便难以对举证责任的分担发挥作用。

当这五方面的价值要求同时起作用，并且彼此兼容，相得益彰时，举证责任的分担无疑应同时符合这五方面的要求。在不少诉讼中，做到这一点完全是可能的。例如，在因医疗过失纠纷提起的诉讼中，在原告证明了患者在医疗过程中病情突然加重或死亡的事实后，由被告就不存在医疗过失行为和医疗过失行为与病情突然加重或死亡不存在因果关系负举证责任，便同时与五个方面的价值要求相吻合。这时，举证责任的配置便达到了最佳状态。

然而，这种最佳状态有时是很难达到的，因为这五方面的价值要求并不总是兼容的。例如，在合同、遗嘱等有关民事法律行为的诉讼中，实体真实与诉讼经济、裁判总体符合真实之间就存在着矛盾。在双方对有无相应的民事行为能力发生争执时，如果只考虑发现实体真实，再现案件事实本来面貌的价值要

求，主张合同或遗嘱存在并有效的一方当事人或不仅应当对订立合同、立有遗嘱的事实负举证责任，而且应当对合同双方当事人、遗嘱人具有相应的民事行为能力负举证责任。但这样一来，用于证明活动的时间必然会大大增加，会造成诉讼的不经济和低效率。同时，这样配置举证责任还与使法院裁判总体上符合真实的价值要求相抵触，因为概率分析表明，合同当事人、立遗嘱人具有相应民事行为能力的机率是相当高的。

当诸价值不兼容，甚至互相排斥时，应当依据何种价值分配举证责任的问题便产生了。笔者认为，对此应本着以下原则处理：

第一，在确定价值序位的基础上，以序位在先的价值作为分担举证责任的依据。

为了正确地排列诸价值的序位，必须将诸价值运用于需要确定举证责任配置的案件事实，通过比较分析，权衡哪一种价值应优先考虑、放在优先的位置，才能最有利于实现法律的公平与正义，从而找出第一位的价值。

鉴于分担举证责任的实质在于确定事实真伪不明引起的不利法律后果应归属于哪一方当事人，民事诉讼法又以保障民事实体法确定的权利义务实现为其首要任务。所以，一般而言，选择实现实体法规则的本旨作为第一位价值是妥当的。例如，对侵权诉讼中某些性质上难以证明的案件事实，如果实体法规则在归责问题上已经体现出尽量使受害人能够获得赔偿的意图，就应当优先考虑实体法的本旨，将过错、因果关系的举证责任置于加害方，以便使上述事实真伪无法证明的情况下法院裁判的结果能够与实体法的归责意图相一致。如果实体法规则对双方当事人采取的是一种不偏不倚的中性态度，则应将使裁判总体上符合真实作为第一位的价值要求。

第二，应尽可能兼顾多种价值要求。

在诸价值发生冲突时，虽然已无法做到面面俱到，必须牺牲这项或那项价值，但由于一般不会出现五种价值彼此绝对排斥的情形，所以在优先选择某一价值的同时，兼顾其他一两项价值完全是可能的。因此，应当尽量寻找能够兼顾多种价值的分担举证责任的方法。在前面有关民事行为能力的例子中，由否认合同或遗嘱有效的一方就行为人缺乏相应的民事行为能力负举证责任，便同时顾及了第二、第三、第五方面的价值要求。

举证责任分担的原则是针对各类诉讼中的一般情形提出的，在确立这一原则时，无疑应综合考虑诸种价值要求，尽可能满足多种价值要求。

五、我国民事诉讼中举证责任分担的沿革

在我国古代法律中，虽然找不到“举证责任”这一术语，但这并不说明我

国古代民事诉讼中就不存在举证责任由谁负担的问题。从有关史料看，我国封建社会初期就十分重视证据，特别是重视书证在民事诉讼中的作用。《周礼》中有多处关于证据的记载，如“凡民讼，以地比正之；地讼，以图正之。”[①]“凡以财狱讼者，正之以傅别、约剂。”[②] 意思是说，凡民间发生了诉讼，对争议事实，应通过当事人住地了解案件情况的邻居来证明；凡因土地疆界发生诉讼，应当用保存存于官署的丈量土地的图来证明，凡是因财货发生诉讼，应以契约与券书来证明争议事实。举证责任是民事证据制度中的核心问题，对证据的重视势必导致对举证责任的重视。承嗣、婚姻、田土房宅、钱债是我国古代民事案件的基本组成部分，从我国古代典籍、判牍关于这些案件的记载中，可以看出举证责任分担情况的概貌。

《周礼·秋官·朝士》云：“凡有责者，有判书以治则听”。汉代的郑玄对此解释说：“若今时辞讼有券书者为治之。”意思是说，原告就债务案件起诉时，必须提出借贷关系发生时双方所执的券书为证，官府才受理。宋代判牍中载有无证据官司不许受理的案例。“傥巢有庶出之子不自抚育，并母逐去，以嫁其仆李三，非人情也。今李三之子李五，谓母怀孕而出，以嫁李三，自陈归宗，何所据而然也，准法诸别宅之子，其父死而无证据者，官司不许受理。”[③] 另外，宋代判牍中还记载着这样的案例：罗琛、罗琦兄弟因罗琦典卖给赵宅的一亩多田的所有权发生争执，罗琦告到官府，称该田是他买入的，罗琛将田契盗去转卖给赵家。主审官范应铃审理后，依据证据作出如下裁决：被告罗琛“既有契字，又缴到分关书，既无批破，交易已正。”原告所称“盗窃之事，理或有之，但罗琦并无片纸执手，考之省簿，又是兄弟合为一户，税钱苗退受复无稽考，官司将何所凭退回交易?”从上面所引的例子中不难看出，在我国古代的民事诉讼中，举证责任首先由原告负担，原告如不能证明其主张的事实，官司或者根本不予受理，或者驳回原告的请求，作出被告胜诉的裁判。

在原告证明所主张的事实后，举证责任便转到了被告一方，被告对反驳原告请求所提出的事实也需负举证责任，如不能证明所主张的事实，照样要承担败诉的结果。例如清代《樊出判牍精华》中一案：原告诉称被告欠其钱七百五十串，并提出借据为凭，被告辩解说所欠之钱早已归还，但借据抽回后又被原告拿去。对所主张的事实，被告提不出任何证据。知县樊增祥判曰：“惟此借票一张，的的真真是尔自贻伊戚，照理而论，七百五十串，自应如数归偿。”

---

① 《周礼·地官·小司徒》
② 《周礼·秋官·士师》
③ 《宋本名公书判清明集》，等66页。

由上可见，在我国古代民事诉讼中，虽然理论上从未提出过任何分担举证责任的原则，但在诉讼实践中始终贯彻“谁主张，谁证明”以及原告首先应当证明其主张的作法。中国古代司法官在实践中创立的分担举证责任的方法与凝聚着古代智慧的罗马法中的原则不谋而合。

到了清末，晚清政府迫于日益高涨的革命形势的压力，不得不进行法制改革。在立法方面，模仿西方资本主义国家的法律，制定了刑律、民律和诉讼律草案。《大清民事诉讼律草案》第 340 条规定：“当事人应立证有利于自己之事实上主张。”（这是旧中国法律草案中最早的关于举证责任分担的规定），该草案未及颁行，晚清政府便在辛亥革命的隆隆炮声中寿终正寝了。

国民党政府 1935 年颁布的民事诉讼法是在《大清民事诉讼律草案》的基础上制定的。该法第 277 条规定的举证责任分配的原则是：“当事人主张有利于己事实者，就其事实负有举证之责任。”这与《草案》的规定基本相同。在审判实践中，国民党政府的各级法院主要是参照特别要件说来分担具体诉讼的举证责任的。国民党政府迁至台湾后，台湾当局曾于 1945 年、1968 年、1971 年三次对民事诉讼法进行修订，但举证责任条款并无变化。1980 年 11 月，台湾司法院发布了《办理民事诉讼案件应行注意的事项》。该《事项》第 33 条对举证责任问题作了进一步说明，要求“法院审理及判断事实时，应注意当事人间举证责任分配之原则，当事人主张有利于己之事实者，就其事实有举证之责任。故如原告应先就其诉之原因事实负举证之责，必原告所举证据，确能成立，被告始就其主张抗辩事实，负举声明，如该当事人不能尽举证责任者，即不得认其主张之事实为真实。但法院斟酌证据，并不以负举证责任之当事人所提出者为限，即不负举证责任之当事人，所提出之证据，亦得为该当事人或他造之利益斟酌之。”该《事项》同一条中还要求法院在“不能依当事人声明之证据而得心证，或因其他情形认为必要时，亦得以职权调查证据，并于裁判时斟酌之。”

六、我国民事诉讼中举证责任分担的原则

由于对举证责任存在的严重误解，在新中国成立后长达 30 余年时间里，有关民事诉讼的政策法规从未提及举证责任问题。在民事审判实践中，则是根据“谁主张、谁证明”来确定举证责任的归属。由于当时实行的是高度集中的计划经济模式，民事关系比较简单，所以举证责任的分担在审判实践中并未成为一个突出的问题。这种状况一直延续到 1982 年。1982 年 3 月 8 日，我国颁布了第一部民事诉讼法——《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》。该法第

56条第1款首次对举证责任分担作出规定，即“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”1991年修订民事诉讼时，这一款未作任何更改。

乍一看来，民事诉讼法的这一规定似乎能有效地解决举证责任分担问题，但进一步地分析表明，仅凭此规定并不能确定举证责任的归属。例如，在侵权诉讼中，原告主张被告有过错，被告则主张自己无过错，按照民事诉讼法中的上述规定，原告应就被告有过错负举证责任，被告则应就自己无过错负举证责任。结果，对同一争议事实双方当事人都负有举证责任。这样，一旦有无过错处于真伪不明状态时，法院就无从依据举证责任下判决。可见，上述规定并未能解决举证责任分担问题。

因此，从理论上研究举证责任的分担，探寻分配举证责任的一般规则，在我国民事诉讼中仍然是十分必要的。鉴于当事人在诉讼中主张的是各类事实，将对这些事实的分析作为探寻举证责任分担规则的起点无疑是适当的。

（一）证明对象与举证责任

举证责任的分担与证明对象有极为密切的关系，正如有的学者指出的：“在民事诉讼中，举证责任是由双方当事人分担的。这种分担由证明对象来确定。”的确，如果不深入分析证明对象的性质、特点、范围，特别是它同实体法的关系、在实体法中的作用，就不可能确立分担举证责任的一般原则，就不可能公正、合理地分担举证责任。

尽管民事诉讼的最终任务是要解决当事人之间的民事权利义务争议，但民事权利义务并不会直接成为诉讼中的证明对象，诉讼中的证明对象永远是一定的事实。首先是那些有争议的民事法律关系据以发生、变更或者消灭的事实，以及那些阻碍权利和义务发生、变更或消灭的事实；其次是那些由民事诉讼法规定的，能够引起诉讼程序发生、变更或消灭的事实，以及其他具有程序意义的事实；第三是有疑义或有争议的证据事实本身；最后是其他需要证明的事实，如某种交易惯例、民族习惯、当事人要求适用的外国法规等。

当事人需要证明的程序法方面的事实是相当多的，主要包括：

1. 起诉人与本案有直接利害关系，是本案合格原告的事实；

2. 被诉人侵害了原告的权益，或者与原告发生民事权益争执，是本案合格被告的事实；

3. 由代理人提起诉讼或参与诉讼时，是法定代理人或被授与代理权的事实；

4. 案件是否属于人民法院主管的事实。如在涉外经济合同纠纷、技术合同纠纷、著作权合同纠纷等案件中，被告主张曾与原告订有仲裁协议，订立仲

裁协议的事实便成为证明对象；

5. 本案属于受诉人民法院管辖的事实。如被告的居所地或经常居住地在受诉人民法院辖区内，原、被告之间就某合同纠纷订有选择受诉人民法院管辖的协议等；

6. 当事人申请回避所依据的事实；

7. 当事人申请采取财产保全与先予执行措施所依据的事实；

8. 当事人申请顺延期限时提出的存在不可抗拒的事由或其他正当理由的事实；

9. 当事人申请再审时，所主张的具备民事诉讼法第179条、180条规定的再审条件的事实，如调解违反自愿原则等；

10. 申请人要求适用督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序时，民事诉讼法规定的适用上诉程序必须具备的条件的事实，如企业法人严重亏损，无力清偿到期债务的事实等；

11. 执行过程中案外人对执行标的提出异议所根据的事实；

12. 被申请人要求人民法院不予执行仲裁裁决所依据的事实；

13. 申请执行人要求人民法院搜查时，所主张的被执行人有隐匿财产行为的事实。

以上分析表明，民事诉讼中证明对象的范围是相当宽的。但需要强调指出的是，举证责任分担的研究并不涉及所有的证明对象，而仅仅是以实体法上的事实为对象。其原因在于：

一方面，其他事实尽管同样也存在举证责任问题，但应当谁负举证责任的问题相当简单，根据“谁主张，谁证明”这一分担举证责任的一般原则即可轻而易举地解决，即便是种类繁多的程序法上的事实也不例外。在众多的程序法方面的事实中，有的举证责任的负担一目了然，只能由原告主张和证明（如与本案有直接利害关系）或者只能由被告主张和证明（因存在仲裁协议受诉法院无权受理）；有的稍微复杂些，既可能由原告提出也可能由被告提出，（如存在协议管辖的事实既可以成为原告要求受诉法院管辖的依据，也可以成为被告主张受诉法院无权管辖的依据。）但举证责任由谁负担的问题却不难解决。

另一方面，实体法方面的事实是由原告作为诉讼请求根据的事实提出的，或者是由被告作为反驳诉讼请求的根据提出的，这类事实直接关系到当事人之间民事法律关系的产生、变更或消灭。查明这类事实存在与否，是整个民事诉讼活动的中心环节；更重要的是，由于实体法规范的结构、实体法各条款之间的关系相当复杂，在具体的诉讼中，原告应当主张哪些真实，被告应当主张哪

些事实，界限往往不是那么清楚。

（二）实体法事实的分类

实体法上的法律事实，依据它们引起的法律后果不同，可以分为以下四类：

1. 产生民事权利义务关系的事实。这类事实在诉讼中常被当事人作为诉讼请求的事实依据。如订立合同的事实、造成损害的事实等。

2. 变更权利义务关系的事实，如修改合同条款、变更遗嘱等。

3. 消灭权利义务关系的事实，如合同义务的履行、合同关系中债权人与债务人合并（混合）等。

4. 阻碍权利义务关系产生、变更或消灭的各种事实。如《民法通则》第58条规定的行为人无民事行为能力、欺诈、胁迫等导致民事行为无效的各类事实。

从理论上对实体法上的法律事实进行分类并不困难，而如何在复杂的诉讼实践中正确地识别或区分各类具体的法律事实则属不易。下列各点说明或许有助于我们正确识别与区分。

第一，将妨碍权利义务关系发生、变更或消灭的事实单独分为一类，具有浓厚的功利色彩。不难发现，这里的分类与民法理论上的分类不完全相同。民法理论从引起民事法律关系发生、变更、消灭的角度将法律事实分成三类，民事诉讼理论则把法律事实分为四类，多了阻碍权利义务关系发生、变更、消灭的事实这一类。增设这类事实，完全出于公平分担举证责任和诉讼节约的考虑。这也是为什么不把当事人有相应的民事行为能力，代理人经合法授权这样一些属于民事法律行为有效要件的事实划入产生权利义务关系的事实，却把无行为能力、无代理权作为阻碍权利义务关系产生的事实的理由。

第二，阻碍权利义务产生的事实与消灭权利义务关系的事实存在着两方面的区别。首先，两者发生的时间不同。前者与产生权利义务关系的事实同时发生和存在，后者总发生于产生权利义务关系的事实之后；其次，两者对权利义务关系的作用不同。当存在阻碍权利义务关系的事实时，权利义务关系自始不发生，而当消灭权利义务关系的事实出现时，已发生的权利义务关系便归于消灭。

第三，应当根据具体情况，综合分析实体法的有关规定识别产生、变更、消灭权利义务关系的事实和阻碍权利义务关系产生、变更、消灭的事实。从我国的情况来看，这些事实大致有以下三种情形：

首先，规定在不同的法律文件中。我国尚未制定民法典，因而调整同一问

题的法律规范往往规定在数个不同的法律文件中。以经济合同关系为例，民法通则、经济合同法、国务院颁发的各类经济合同条例、最高人民法院发布的有关经济合同的司法解释中，都有调整经济合同关系的规范。因此，要正确识别哪些事实属产生权利义务关系的事实，哪些事实属阻碍权利义务关系产生的事实，往往需要综合分析数种法律文件中的相关条文。例如，经济合同法第9条规定的"当事人双方依法就经济合同的主要条款经过协商一致，经济合同就成立"，为产生合同权利义务关系的事实。该法第7条规定的导致合同无效的四种情形（有些与经济合同法规定的重合），《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第67条规定的"行为人在神志不清状态下所实施的民事行为，应当认定无效"，都属于阻碍合同权利义务关系发生的事实。

其次，规定在同一法律文件的不同条文中。如民法通则第106条第2款关于"公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任"属产生损害赔偿请求权的事实，第107条、第127条、第128条规定的作为免责事由的"不可抗力"、正当防卫"、"紧急避险"则属于阻碍损害赔偿请求权发生的事实。

再次，规定在同一条文中。在同一条文中，第1款作为本文，规定产生权利义务关系的事实，第2款以但书形式规定阻碍权利义务关系产生的事实，或者在同一条文的前半段规定产生权利义务关系的事实，在后半段以但书形式规定阻碍该权利义务关系产生的事实。从逻辑关系看，两者为原则规定与例外规定关系；从文字表述看，但书常以"……除外"的形式表现出来。如民法通则第72条第2款前半段关于"按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有所有权从财产交付时起转移"的规定，表明交付为转移财产所有权的事实，后半段关于"法律另有规定或者当事人另有规定的除外"的规定，表明"另有约定或约定"的事实为阻碍财产所有权转移的事实。

第四，将实体法上的事实分成为上四类是一种基本的分类，它并未究尽所有的法律事实，因为这种分类至少没有把妨碍阻碍权利义务关系发生、变更或消灭的事实包括进去，而这类事实存在于实体法中是确切无疑的。例如，民法通则第128条、第129条后半段规定的"正当防卫超过必要的限度，造成不应有损害的，应当适当承担民事责任"，"因采取紧急避险措施不当，或者超过必要限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事责任"，相对前半段正当防卫、紧急避险不承担民事责任的规定来说，便是阻碍权利义务关系发生事实发生作用的事实。从两者的逻辑关系看，则前半段的规定为原则规

定，后半段的规定为例外规定。例外规定所涉及的事实，又可被作为产生损害赔偿请求权的依据。

第五，在确定某种权利义务关系的产生需要依据哪些事实时，除了需要分析实体法的有关条文外，有时还需要参照民法理论中的相关内容。当从实体法的条文中不能清楚看出哪些事实是产生某种权利义务的事实，或者实体法对这一问题未作明确规定时，参照有关的民法理论是解决这一问题的有效途径。例如，无论是民法通则，还是最高人民法院的司法解释，均未规定公民之间借贷关系的成立需要哪些法律事实，而民法理论为我们提供了解决这一问题的答案。按照民法理论，公民之间的借贷合同是实践性合同，因此借贷关系的成立需要有两个法律事实：一是双方当事人达成借贷协议，二是出借人将标的物交付给借用人。我国的民事法律还不够健全，特别是调整公民之间民事关系的法律有一部分仍处于缺位状态，这就使得参照民法理论解决上述问题显得十分必要。

（三）举证责任分担的原则

对实体法方面法律事实的上述分类为确立我国民事诉讼中分担举证责任的原则奠定了基础，建立在这一基础上的分担举证责任的原则应当是：

1. 凡主张权利或法律关系存在的当事人，只需对产生该权利或法律关系的法律事实负举证责任，不必对不存在阻碍该权利或法律关系发生的事实负举证责任，存在阻碍该权利或法律关系发生的事实的举证责任由对方当事人负担。

2. 凡主张原来存在的权利或法律关系已经或者应当变更或消灭的当事人，只须就存在变更或消灭权利或法律关系的事实负举证责任，不必进一步对不存在阻碍权利或法律关系变更或消灭的事实负举证责任，这类事实的存在亦由对方当事人主张并负举证责任。

这样分担举证责任的理由是：

第一，符合我国民事诉讼法的有关规定和审判实践中的实际情况。我国民事诉讼法把“有具体的诉讼请求和事实、理由”规定为起诉必须符合的条件之一（第108条第3款），并规定起诉状必须记明“诉讼请求和所根据的事实与理由”（第110条第2款）。这里所说的“诉讼请求所根据的事实与理由”，显然只是指产生、变更或者消灭权利或法律关系的事实，而不包括不存在阻碍权利或法律关系产生、变更或消灭的事实。从撰写起诉状的实际情况看，没有哪一份诉状会毫无必要地去叙述不存在后一类事实并对此提供证据的，因为后一类事实总是由被告在答辩状中作为反驳原告诉讼请求的事实依据提出的。如

在原告依据合同提起的诉讼中，在诉状中只须记叙双方订立合同的事实，而不必说明订立合同时双方当事人均有相应的民事行为能力、意思表示真实。无相应的民事行为能力、欺诈、胁迫等事实总是由被告在答辩状中提出。

此外，从我国的审判实践看，原告在提起给付之诉、变更之诉、肯定的确认之诉时，人民法院也只要求他对诉讼请求所依据的事实，即产生、变更或消灭权利或法律关系的事实提供证据，并不要求他对不存在阻碍权利或法律关系产生、变更或消灭的事实提供证据，如果被告主张存在这类事实，法院就会要求被告提出证据证明。

第二，保障了双方当事人诉讼地位的平等。在我国民事诉讼中，双方当事人的诉讼地位完全平等。诉讼地位平等，不仅意味着双方当事人享受的诉讼权利是平等的，而且也意味着他们承担的义务和责任也是平等的。如果一方当事人负担的举证责任过重，就势必形成该当事人在诉讼中处于极为不利的地位，造成双方当事人诉讼地位实际上的不平等。采用上述原则分担举证责任，原告只须对产生权利或者法律关系的事实负举证责任，负担的举证责任不会过重。在产生权利或法律关系的事实被证明后，被告只需要从阻碍权利或法律关系产生的事实或消灭权利或法律关系的事实中选择一类进行证明，从而负担的举证责任也不会过重。在原告请求变更或消灭现存的法律关系时，分担举证责任的情况亦同。原、被告负担的举证责任基本均衡，真正体现了我国民事诉讼法规定的保障双方当事人平等地行使诉讼权利的原则。

第三，能够较大限度地使人民法院依据举证责任作出的裁判与事实的事实情况相一致。如前所述，争议事实的举证责任一旦确定由某一方当事人负担后，在审理结束时，如果人民法院根据现有的证据仍然无法确定该事实是否存在，就必须依据举证责任的规则，作出对此负有举证责任的当事人的不利裁判。举证责任制度的存在承认法院在事实无法查明时有权依据举证责任作出裁判。但另一方面，法律仍然要求建立在举证责任基础上的裁判从总体上能够最大限度地符合案件的真实情况。只有这样才有利于完成我国民事诉讼法规定的“制裁民事违法行为，保护当事人的合法权益”的任务。

就单个裁判而言，裁判中对事实的认定可能与事实的真实情况相符，也可能恰恰相反，相符的概率至多只有50%。但就总体而言，只要合理地分担举证责任，仍然能够使建立在举证责任基础之上的多数裁判与案件事实的真实情况相一致。

从民事活动的实践看，大多数合同是由具有相应的民事行为能力的当事人订立的，合同的内容亦真实地反映了订约双方当事人的意愿，签订合同的当事

人无民事行为能力或者合同因欺诈、乘人之危等原因而订立毕竟是少数。同样，大多数遗嘱是遗嘱人在神志清醒状态下所立，在神志不清状态下立遗嘱是极为罕见的。在侵权纠纷中也是如此，受害人所受的人身、财产损害多数是由加害人的违法行为造成的，由正当防卫、紧急避险行为引起同样是少数。由此可以认为，大多数民事活动是按照正常状态进行的，例外情况和异常状态只占较小比例。

根据上述原则分担举证责任，主张权利和法律关系存在的原告不必对有行为能力、神志清楚等通常状态事实负举证责任，而由被告对无行为能力、神志不清等异常状态事实负举证责任。如果被告主张的这些事实最终仍处于真伪不明状态，人民法院就认为这些例外情况、异常情况并不存在，根据已由原告证明了的民事活动的通常情况，作出原告胜诉的判决。这种在事实真伪不明情况下作出的判决，能够在总体上最大限度地贴近案件事实的真实情况是显而易见的。

第四，有利于提高民事审判工作的效率。统计资料表明：当事人在实施民事法律行为时，多数情况下并无阻碍权利或法律关系的事实存在，也就是说从概率上分析存在这类事实的机率是相当低的。从审判实践看，在一方当事人证明了产生权利或法律关系的事实后，另一方当事人多数情况下不会再主张存在阻碍权利或法律关系的事实。可见，上述分担举证责任的原则是以科学分析和审判实践经验为依据的。采用上述原则分担举证责任，在多数案件中就不再需要对是否存在阻碍权利或法律关系的事实进行证明，从而收到精简证明事项，减少用于证明活动的时间、精力和费用，提高民事审判工作效率的效果。

第五，有利于外国人了解我国民事诉讼中举证责任分担，有利于我国开展与外国及港、澳、台地区民事诉讼方面的司法交流。随着我国对外开放的进一步扩大，外国人在我国进行的民事活动不断增多，在民事活动中，难免会发生这样或者那样的纠纷，其中部分纠纷会诉讼到法院。为了使我国的律师制度走向国际化，我国同许多国家，同港、澳地区的司法交流与合作正在不断地扩大，同台湾的司法交流与合作也会逐步开展。这一切，都要求我国民事诉讼中的举证责任分担制度尽量与世界上多数国家相一致，与港、澳、台地区相一致。

采用上述原则分担举证责任，既便于外国诉讼当事人和在我国开展业务的境外律师了解、掌握我国民事诉讼中举证责任的分担，又便于我国开展民事诉讼方面的对外交流与合作，因为上述原则是在借鉴和吸收外国民事举证责任理论的合理成分，特别是借鉴和吸收了在大陆法系中有很大影响的德、日两国举

证责任理论中法律要件分类说、法规分类说的精华而确立的。根据上述原则分担举证责任，与按照法律要件说中的通说、法规分类说分担举证责任所得到的结果基本相同。即使是具有独特法律传统的英美法系国家，在民事举证责任分担上，与大陆法系国家也并无多大区别，无民事行为能力、无代理权、欺诈、胁迫等阻碍权利或法律关系产生的事实的举证责任同样是由被告负担的。我国香港的法律制度属英国法类型的、澳门和台湾则属大陆法类型的、台湾民事诉讼中的举证责任分担，与德、日两国基本相同。此外，前苏联的民事诉讼理论与审判实践也是把实体法上的事实分为四类，并在此基础上分担举证责任的。

综上所述，以上提出的分担举证责任的原则，反映了民事诉讼中分配举证责任的一般规律，使双方当事人负担的举证责任大致均衡，有助于人民法院正确、及时地处理民事案件，有利于我国与外国及港、澳、台地区进行民事诉讼方面的交流与合作。

（四）关于上述原则的几点说明

为了正确理解以上提出的分担举证责任的原则，对下列问题加以说明是完全必要的。

第一，上述原则所涉及的事实是抽象的法律事实，它只是以极其概括的方式告诉人们哪些事实应当由原告主张和负举证责任，哪些事实应当由被告主张和负举证责任。在任何实际的诉讼中，抽象的法律事实不会成为证明的对象，成为证明对象的只能是那些经当事人主张后具体化了的事实，即发生在一定的时间和空间的事件或由一定当事人在一定时空实施的行为。例如，双方当事人依法就经济合同主要条款协商一致是发生合同权利义务关系的抽象事实，原告主张与被告在某年某月某日就某项财产的用途、租金、租赁期限等协商一致的事实则为具体的事实。在实际诉讼中，当事人负举证责任的，总是所主张的具体的事实。

但是，这种具体的事实主张决不能脱离应负举证责任的抽象的法律事实。换言之，无论具体的事实主张表现为何种内容，为了使其具有诉讼意义，就必须使之与抽象的法律事实相吻合。在上例中，不论原告主张何种合同关系，也不论原告主张在何时何地、基于何种动机、目的与何人订立，他都必须主张双方就该合同最基本条款达成协议。可见，具体的事实主张并不会引起举证责任分担的变化。当事人在实际诉讼中负担的具体举证责任与根据上述原则确定的抽象举证责任负担具有一致性。

第二，上述原则只是在法律事实这一层次，即直接引起权利义务关系变动的事实的层次上划分举证责任，尚未涉及到第二层次事实，即那些间接的事

实，那些不能单独说明法律事实而需要综合若干事实并通过推论才能说明法律事实的间接事实。在实际诉讼中，当事人主张的，既可能是直接事实，又完全可能是间接事实。例如，在借贷案件的诉讼中，原告可能以被告于某年某月某日立下借据向其借款3000元这一直接方式说明存在借贷关系，也可能以如下间接方式说明：（1）被告因买摩托车向原告借3000元，原告表示同意；（2）当天中午原告去银行取款3000元；（3）当天晚上被告到原告家，原告将钱交给他；（4）第二天被告即买回了摩托。根据上述原则，引起借贷关系发生的事实由原告负举证责任，无论原告主张的是直接事实还是间接事实，都不会引起举证责任分担的变化，原告应对其主张的直接或间接事实负举证责任。

同样，被告反驳原告主张的事实，可以通过直接相反的事实来反驳，也可以用间接的事实来反驳。前者如主张向原告借钱时，原告当即表示拒绝，因而转向他人求借；后者如原告经济困难，不可能向原告借钱，被告所骑摩托是向他人借的或者自己当天下午已去外地出差，根本不可能去原告家取钱等。从诉讼实践看，被告运用间接事实进行反驳，大多发生在原告试图以间接事实证明法律事实存在的场合。但也可能发生在原告以直接事实表明法律事实存在的场合。

当被告提出间接事实进行反驳时，就发生了两类事实的举证责任问题，一类是有争议的法律事实，另一类是被告提出的间接事实。对于法律事实，无论原告是以直接事实将其具体化还是以间接事实将其具体化，举证责任都在原告一方；而对于间接事实，则要由被告负举证责任，被告主张的间接事实要想被认定，就必须以充分的证据证明其事实，原告对此不负举证责任，因此他只要提出证据使该间接事实不处于真伪不明状态，就能达到否定该间接事实的目的。

这说明，当一方当事人以间接事实反驳对方主张的法律事实时，该当事人对间接事实便负有真正的举证责任。但另一方面，他也只对间接事实负举证责任，法律事实的举证责任仍然由对方当事人负担，间接事实的证明不会改变根据上述原则确定的举证责任分担。

第三，尽管在多数诉讼中原告应证明产生某种权利义务关系的事实，被告则应证明妨碍权利义务关系产生的事实或者变更、消灭该权利义务关系的事实，但切莫因此认为举证责任的分担取决于当事人在诉讼中为原告还是被告。

上述原则表明，举证责任分担与当事人在诉讼中处于何种地位并无关系，它完全取决于当事人在诉讼中是主张权利存在，还是否认权利存在或是主张过去发生的权利已变更或消灭。本章最后关于变更之诉、消极确认之诉的举证责

任分担情况的分析可充分说明这一问题。

第四，以上原则虽然未涉及第三人或共同诉讼人，但它完全适用于有第三人参与或共同诉讼人进行的诉讼。在两种不同形态的第三人中，举证责任承担情况亦有所不同。有独立请求权的第三人在诉讼中居于原告的地位，主张自己对当事人争执的诉讼标的享有全部或部分民事权益，自然应对所主张的产生该种民事权利的事实负举证责任。无独立请求权的第三人是因为案件处理结果同他有法律上的利害关系，为维护自己的利益而参加当事人一方进行诉讼的。无独立请求权的第三人通常参加被告一方进行诉讼，人民法院可以直接判决第三人承担民事责任，这就使得多数无独立请求权的第三人的诉讼地位与被告相差无几，这类第三人应对其单独主张的或者与被告共同主张的反驳诉讼请求的事实负举证责任。但是，如果第三人在诉讼中仅仅是否认原告主张的作为诉讼请求根据的事实，就不能认为第三人应对此负举证责任。

共同诉讼有必要共同诉讼与普通共同诉讼之分。在必要共同诉讼中，共同诉讼人对诉讼标的有共同的权利或义务，或者基于同一事实上或者法律上的原因而产生共同的权利义务关系。因此在负担举证责任问题上必然呈现出共同性：共同原告，应对他们主张的产生权利义务关系的事实负举证责任；共同被告，则应对他们主张的妨碍权利义务关系发生或者变更或消灭权利义务关系的事实负举证责任。在举证活动中，共同诉讼人之间具有“一荣俱荣”的关系。一共同诉讼人证明了共同主张的事实，其他共同诉讼人败诉的危险便一并免除，但未必一定“一损俱损”。因为其中一人实施了不利于自己的诉讼行为(如承认对方主张的事实)，除非经其他共同诉讼人承认，其效力不及于全体。在普通的共同诉讼中，共同诉讼人对诉讼标的无共同的权利义务关系，所以一般应分别承担各自的举证责任。但在各共同诉讼人主张的事实完全相同的情况下，如甲、乙、丙三人均主张自己鱼塘中的鱼受相邻化工厂排出的废液污染而死亡，举证责任就会出现与必要共同诉讼相似的情况，即其中一人举证证明的主张的事实，可以使其他共同诉讼人免除败诉的危险。

在集团诉讼中，由于争议产生于相同的事实问题或法律问题，并且集团中的众多当事人诉讼请求所依据的事实或反驳诉讼请求所依据的事实具有同一性，所以举证责任实际上是由集团中的所有的人共同负担的，只是其中的提供证据责任由推选出来的诉讼代表人承担而已。

第五，上述原则只是分担举证责任的一般规则，一般规则的实际运用必须与下一章中的举证责任倒置结合起来。我们不妨将导致举证责任倒置的诸因素称分担举证责任的特殊规则。一般规则与特殊规则之间的关系，犹如一般法与

特别法的关系。在适用时，应根据“特别法优于一般法”的原理，优先适用特殊规则。具体地说，将一般规则运用于具体诉讼时，还必须考虑是否存在需要倒置举证责任的特殊情形，只有在排除特殊情形后，才能完全依照一般规则分担举证责任。

但是，特殊规则的存在并不会降低一般规则的意义，即使在那些需要较多地运用特殊规则处理举证责任分担的诉讼中也不例外。无论如何，举证责任的倒置是以一般规则的存在为前提的，离开了根据一般规则确定的“正置”，倒置便无从谈起。事实上，正是由于特殊规则所起的重要补充作用，才使得举证责任分担的规则得以存在，才使得这些规则能够有效地适用于各种复杂案件。

第六，只有在实体法未对举证责任的负担作出明确规定时，才需要依据上述原则分担举证责任。在我国的民事法规和我国参加的调整民、商关系的国际公约中，有的含有专门规定举证责任的规范。如民法通则第 123 条规定从事高度危险作业造成他人损害后，加害人“如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任”。《联合国国际货物销售合同公约》第 79 条第 1 款规定：“当事人对不履行义务，不负责任，如果他能证明此种不履行义务，是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。”对于上述实体法已明确规定举证责任的情形，无疑应直接根据实体法的规定确定举证责任由谁负担。

七、举证责任分担与诉

在确立了分担举证责任的一般原则后，还有必要运用这些原则具体分析各类诉讼中分担举证责任的情况。在我国民事诉讼理论中，一般依据诉讼的目的和内容，将它分为给付之诉、确认之诉和变更之诉。在不同种类的诉中，举证责任分担的情况又有所不同。

（一）给付之诉、肯定的确认之诉

笔者将这两类诉放在一起分析，是由于它们之间有着紧密的联系，因而在举证责任问题上呈现出某种共性。

给付之诉，是原告请求法院判令被告履行一定民事义务的诉讼。原、被告之间存在着某种民事法律关系，是被告向原告履行给付义务的前提。因此，在给付之诉中，人民法院必须首先确认原、被告之间存在着原告主张的民事法律关系，然后才能判令被告履行义务。确认之诉分为肯定的确认之诉和否定的确认之诉。肯定的确认之诉是原告请求法院确认法律关系或权利存在之诉。在给付之诉和肯定的确认之诉中，原告都是主张法律关系存在的，因此分担举证责

任的情形也基本相同，原告应对以下两类事实负举证责任：(1) 产生权利的事实；(2) 妨碍权利变更或消灭的事实（如果针对被告提出的法律关系已经变更或者消灭的答辩，原告主张这类事实的话）；被告则应对以下两类法律事实负举证责任：(1) 妨碍权利产生的事实，或 (2) 变更或消灭权利的事实。

此外，在现在给付之诉中，原告还应就请求权已届履行期限的事实负举证责任；在将来给付之诉中，原告则应对被告有到期不履行义务的现实危险负举证责任。

（二）变更之诉

变更之诉是原告要求变更或消灭现存法律关系的诉讼。变更之诉的特点在于当事人之间对现存的法律关系并无争议，但对是否应当变更或解除该法律关系有争 。一般来说，原告不必再对双方均无异议的产生权利义务关系的事实负举证责任。

对于变更或解除法律关系的理由，多数在实体法中已作出明文规定。例如我国经济合同法第 27 条规定了变更和解除经济合同的五种理由：城市私有房屋管理条例第 21 条规定了出租人解除房屋租赁合同的三种理由；收养法第 25 条、26 条规定了解除收养关系的理由。但也有法律未作明确规定的，如分割共同财产、终止联营关系等。在法律未明确规定时，当事人可以在合同中对变更或终止合同的条件协商约定，如约定当出现哪些情况时任何一方都有权要求终止联营合同。

在法律已作规定的情况下，作为变更或消灭法律关系根据的事实只能是实体法所规定的事实。因此，原告应对他所主张的实体法所规定的事实负举证责任。在实体法未规定而当事人有约定时，作为变更或消灭法律关系根据的事实一般应是合同中约定的事实，因而原告应对所主张的约定事实负举证责任。在法律既未规定合同又未约定的情况下，原告应对其提出的作为变更或消灭法律关系的根据的事实负举证责任。在变更之诉中，被告如果只是单纯否认原告主张的事实，那么他就不负任何举证责任；如果被告引用一些间接事实来否认原告主张的事实，那么他就不负任何举证责任；但作为变更或解除依据的法律事实的举证责任仍然由原告负担。只有当被告主张存在妨碍法律关系变更或消灭的事实时，他才需要对所主张的事实负举证责任。

（三）否定的确认之诉

否定的确认之诉是原告请求法院确认他与被告之间不存在某种法律关系的诉讼。在这种诉讼中，原告是主张法律关系不成立的一方，被告是主张法律关

系成立的一方，故一般应由被告就权利发生的事实负举证责任。

但是，简单地说否定的确认之诉中举证责任在被告一方并非正确。事实上，原告提起否定确认之诉的情况相当复杂，他可以依据三种不同的理由提起这种诉讼。提起诉讼依据的理由不同，举证责任分担情况也会有的区别。

如果原告在诉讼中仅仅是否认被告关于法律关系成立的主张，那么原告就不需要负任何举证责任。因为原告只是单纯地否认被告主张的产生权利的事实，自己并未主张任何事实，所以举证责任应由被告负担，由被告对其主张的产生权利的事实，即引起法律关系发生的事实负举证责任。如果原告在诉讼中以他与被告之间的法律关系已经消灭为由，要求法院确认他与被告之间现在不存在某种法律关系，举证责任分担的情况就会大相径庭，而完全落到了原告一方，因为以这种理由提起诉讼，实际上是一方面承认他与被告之间原来存在着某种法律关系，另一方面又主张因出现了新的法律事实致使原来存在的法律关系消灭。这样，本来应当由被告举证证明的产生权利的事实因原告的先行承认成为无争议的事实，被告的举证责任由此而免除，原告主张的消灭权利的事实成为双方争执的焦点，自然应由原告对此负举证责任。如果原告以因存在妨碍权利发生的事实为由要求法律确认他与被告之间不存在某种法律关系，基于同样的理由，举证责任也完全在原告一方，应由原告对所主张的妨碍权利发生的事实负举证责任。

八、分清举证责任分担的实践意义

分清举证责任的分担对于诉讼实践具有重要意义。民事诉讼主要表现为当事人行使诉权和人民法院行使审判权的活动。民事诉讼理想状态的实现依赖于这两种权能的正确行使。分清举证责任的分担，既有利于当事人正确行使诉权，又有利于人民法院正确行使审判权。

对当事人正确行使诉权的意义表现为：

1. 纠纷发生前，当事人如果了解一旦发生纠纷自己将对哪些事实负举证责任，那么在进行民事活动时，特别是实施数额较大的民事法律行为时，就会尽量采用将来易于证明的方式（如借款时要求借用人立借据，或者至少是在有其他人在场时把钱交给借用人），诉讼时效即将届满时，以书面形式向债务人提出履行义务的请求，并将该信函或通知制作复印件。对那些即将灭失或今后难以取得的证据，当事人就会及时地请求公证机关采取保全措施。这样，今后一旦发生纠纷，当事人就能通过行使诉权，在法庭上提供充分确凿的证据证明自己所主张的事实，从而使自己的合法权益得到人民法院的确认和保护。

2. 在起诉前，有利于当事人对发动诉讼与否作出正确抉择。尽管提供证据并不是起诉成立的先决条件，但如果起诉人既不能对其主张的事实提供现成的证据，又不能向法院提供任何证据线索，对知道举证责任的当事人来说，诉讼的暗淡前景是不难预料的。此时，与其冒着极大的败诉风险提起诉讼，倒不如先在证据方面作些补救工作再起诉。当证据的获取需要对方当事人的善意合作时，先设法收集证据再提起诉讼无疑是明智的选择，因为提起诉讼后再收集证据通常会困难得多。例如，外地一供销公司从合肥市一批发商店取货后有40000多元货款未付，这笔款已拖欠一年有余，商店经理欲起诉催要货款，笔者对证据进行审查后，发现由于发货手续不严格，商店方面的证据严重不足，于是便建议暂缓起诉，先设法与对方订一份还款协议。后来，这份还款协议对原告胜诉起了决定性作用。

3. 在诉讼中，有利于当事人、诉讼代理人有针对性地收集和提供证据。现行民事诉讼法强化当事人提供证据的责任后，当事人、诉讼代理人收集证据的状况对诉讼胜败的影响明显增大，只有明确了自己对哪些事实负举证责任，当事人才能有目的、有针对性地收集和提供证据。同样，只有明确了自己所代理的当事人对哪些事实负举证责任，诉讼代理人才能有效地开展收集证据的工作。

4. 有利于当事人正确对待败诉的判决。如前所述，当案件事实最终仍处于真伪不明状态，人民法院将不得不作出不利于对该事实负举证责任的当事人的裁判。但另一方面，当事人主张的该事实可能完全是真实的，只是无法证明而已。败诉的当事人如果不明白举证责任的道理，就可能感到自己受了冤屈，甚至会误认为法院裁判不公，而当事人如果明白举证责任，就能够理解和接受败诉的判决。

对人民法院正确行使审判权的意义表现为：

1. 有利于人民法院正确地向当事人收集证据。要求当事人提供证据或补充提供证据是人民法院经常实施的诉讼行为。但是，在某些情况下，审判人员就争议事实收集证据时，并非可以要求任何一方当事人提供证据，而只能要求对争议事实负举证责任的一方当事人提供证据或提供补充证明的证据。在审判实践中，有的审判人员混淆了举证责任的分担，不要求主张某事实存在的当事人举证证明，却要求单纯否认该事实的对方当事人提出证据来证明事实不存在。这不仅会使该当事人陷于无法举证的困境，而且有悖于审判公正的原则。这种作法显然是错误的，分清了举证责任的分担，就能避免发生这种错误。

2. 有利于人民法院对案件作出正确裁判。当案件事实的真伪无法确定时，

举证责任便具有头等重要的意义，案件处理的结果完全取决于该事实的举证责任应当由哪一方当事人负担。因此，在事实真伪不明时，混淆了举证责任的分担，就必然会造成错误的裁判。审判实践中确实存在着这方面的错误。例如，有一损害赔偿案件，大致案情是：原、被告的房屋紧靠在一起，被告扩建房屋时，原告不在家，被告将靠着自己的原告的房屋部分拆除。原告要求被告补偿损失，遭到被告拒绝，为此起诉到法院。法院多次召集双方协商调解，但被告仍拒绝赔偿，理由是：这部分房屋是原告妻子一再主动要求他们无偿拆除的。被告则否认其妻曾提出过拆除房子的请求，并说自己回家后曾多次找到被告，被告当时也答应补偿。由于双方各执己见，案子搁了很久，最后法院通知原告：被告说你妻子主动要求拆除，提不出证据，你说被告后来曾答应补偿，也提不出证据，因而双方都无证据。根据民事诉讼法，原告对自己所提的主张，负有举证责任。本案的证据，首先应由原告提供。倘仍然举不出证明当时不是无偿让被告拆除的证据，法院将不予受理。

对于这一案件，受诉法院显然混淆了双方的举证责任。举证责任的正确划分应当是：原告应对其主张的属自己所有的房屋被被告拆除的事实负举证责任，被告应对其所主张的原告之妻曾请求其无偿拆除的事实负举证责任，因为后一事实是被告反驳诉讼请求所依据的事实。现在既然前一事实已由原告提出的房产证、被告的承认所证明，后一事实真伪不明的不利后果，理所当然应由被告负担。

3. 有利于发现裁判中的错误。为保证裁判的正确性，我国民事诉讼法设立了上诉审程序和审判监督程序，人民法院对上诉案件应依法进行审理，各级人民法院已生效的裁判，上级人民法院对下级人民法院已生效的裁判，最高人民法院对地方各级人民法院已生效的裁判，应当进行必要的审查。既然混淆举证责任分担是造成错误裁判的原因之一，那么有权对上诉案件进行审理、有权对生效裁判进行审查的组织或人员就必须注意这方面的问题，以便一旦发现错误，及时地予以纠正。另外，当事人、诉讼代理人也应当注意这方面的问题，如果发现审判人员因混淆举证责任的分担作出了错误的裁判，也可以此为理由提出上诉或申请再审。

第四节　责成当事人举证

责成当事人举证是人民法院在审理民事、经济纠纷案件中收集和调查民事

证据的一项重要的查证措施。但是，由于我国民事诉讼法当事人举证责任的规定比较原则，致使一些审判人员对责成当事人举证的查证措施在理论上缺乏明确一致的认识，在实践中执行起来也不尽规范。在审理案件中，有的审判人员把本来应当由当事人首先举证的事项，也统统包揽过来；或者相反，把应由人民法院调查的事项硬性派给当事人完成；或者把应由甲当事人举证的事项硬派给乙当事人。这些做法违背了我国民事诉讼法规定的责成当事人举证的查证措施的立法原则。在实施中，甚至出现由于错认举证责任而使不负有举证责任的当事人承担败诉后果的错案。为了正确理解和运用责令当事人举证的查证措施，本章对当事人举证责任的概念和性质、责成当事人举证的概念、举证责任的承担原则、举证责任的转换条件以及实施方法等进行阐述。

一、责成当事人举证的概念

责成当事人举证是指人民法院的审判人员经审查认为有举证责任的当事人在举证责任范围内提供的证据不充分时，依职权指令其继续提供证据的民事查证措施，也称作责令当事人举证。

当事人举证责任同责令当事人举证在概念上是有区别的。当事人举证是指当事人在诉讼中为保护自己的权益，证明自己的请求或否定是正确的，而依法享有的一项提供证据的诉讼权利。例如，民事诉讼法第 125 条第 1 款规定，当事人在法庭上可以提出新的证据。当事人举证作为一项诉讼权利可以行使，也可以放弃，由其本人进行决定，任何其他机关或个人不得非法剥夺；当事人举证责任则是指当事人诉讼中行使请求权或否定权时相对产生的一种必须履行的提供证据的诉讼义务，作为一项法律义务，当事人必须履行。如果当事人不履行自己应负的举证义务，就可能要承担败诉的法律后果；责令当事人举证是人民法院依法享有的行使国家审判权的一种具体形式，是人民法院依职权采取的一项民事查证措施。

当人民法院行使责令当事人举证的职权时，就在人民法院和当事人之间形成了一种诉讼上的权利和义务关系，但是，这种权利和义务关系同人民法院采取的向当事人进行民事调查措施时所产生的权利义务关系是有区别的：一是两种查证措施中权利义务指向的目标不同。人民法院采取责令当事人举证的查证措施时，权利义务指向的目标是当事人收集和提供证据的行为，在这种权利义务关系中，不是由人民法院去直接收集和调查证据，而是人民法院指令当事人去寻找证据。然后，由当事人将获取的证据提交给人民法院。人民法院对当事人采取民事调查措施时，人民法院是调查人，当事人是被调查人，权利义务指

向的目标是当事人手中掌握的证据，在这种权利义务关系中，人民法院有权直接向当事人收集证据，当事人必须如实地提交自己掌握的有关案件事实情况的证据。从这个意义上说，责令当事人举证是人民法院的间接查证措施，而民事调查则是人民法院的直接查证措施；二是两种查证措施实施前提条件不同。责令当事人举证的前提条件必须是对负有举证责任的当事人采用，如果某个当事人对某项事实不负有举证义务，则不能对其实施责令举证的查证措施。而对当事人采取民事调查措施则不是以当事人是否负有举证责任为前提的，只要人民法院认为某当事人知道有关的案件事实情况，或者了解到某当事人掌握某一方面的证据，就可以对其实施民事调查的查证措施；三是在两种查证措施中，当事人提交证据的范围不同。人民法院对当事人采取责令举证的查证措施时，作为义务人的当事人举证的范围是而且仅仅是自己所提出的请求或否定的主张所涉及到的事实，超过当事人主张事实范围的他们就不负提供证据的义务。而在人民法院对当事人实施民事调查措施时，作为被调查人的当事人提交证据的范围是自己所掌握的关于案件事实情况的一切证据，完全不受他们主张范围的限制；四是当事人在两种查证措施中不履行提交证据义务的法律后果不同。当事人接到人民法院责令举证的指令后，如果不履行举证义务，在人民法院也查不到该方面证据的情况下，负有举证责任的当事人就要承担败诉的法律后果。而人民法院在对当事人进行民事调查时，当事人对自己掌握的不提供或不如实提供的，则要承担隐匿或伪造证据的违法责任；五是两种查证措施在实施对象范围上不同。责令当事人举证的查证措施只能对负有举证责任的当事人实施，而民事调查措施则可以对与案件有关的任何人或单位实施。

总之，责令当事人举证是人民法院在审理民事、经济纠纷案件中一项重要的民事查证措施。作为一项查证措施，它同当事人举证的权利，同当事人举证责任以及同人民法院进行的民事调查在概念、特征上都有原则区别，责令当事人举证是人民法院调动当事人参加查证工作的积极性，从而间接收集证据的一项特殊的查证措施，这种查证措施必须对负有举证责任的当事人实施，必须在当事人举证责任范围内实施。

二、当事人举证责任的承担原则和转换条件

实施责令当事人举证的查证措施，首先要解决的问题就是实施对象，即首先要确定谁应承担举证责任。根据我国民事诉讼法第 64 条的规定，当事人承担举证责任的原则是由提出诉讼主张的人负举证责任的原则。所谓诉讼主张，就是当事人在诉讼中提出的请求或反驳的事实和理由。原告提出诉讼请求时所

提的事实和理由就是原告的诉讼主张，被告或第三人提出反驳时所提的事实和理由就是被告或第三人的诉讼主张。在民事诉讼中，当事人提出某种请求或反驳的事实和理由以后，他们就有责任为证明自己提出的事实和理由的正确性而提供证据去证实。

民事诉讼过程，是在人民法院主持下，当事人互相论辩以查明案件事实的过程，因此，举证责任在当事人之间也是不断转换的。当提出请求主张的一方当事人为自己提出的事实和理由提供了充分的证据以后，另一方当事人如果对此不承认，或者虽然承认其中的一部分事实，不承认另一部分事实，或者全部承认对方提出的事实之后，又提出新的事实和理由，举证责任就转换到提出反驳主张的一方当事人身上，反驳方就应承担起为自己的反驳主张提供证据的责任。在整个诉讼过程中，举证责任就是这样在各方当事人之间互相转换，直到各方当事人都为自己的主张提供了充分的证据为止。但是，这一表述只是说明了举证责任在当事人之间互相转换的一般原理，细究起来，这里还有一个必须解决的问题，即在什么条件下一方当事人才算履行了自己承担的举证责任，而可以把举证责任转移到另一方当事人身上去。

根据我国民事诉讼法、民法通则、专利法和企业破产法等法律规定，可以把举证责任的转换条件分为两种类型：一类是主要在程序法中规定的一般转换条件，即全部完成对“主张”证明任务之后的转移；另一类是在实体法中规定的特殊转换条件，即完成“法定”证明任务的转移。

划分当事人举证责任的一般转换条件和特殊转换条件的根据是法律所规定的当事人的举证责任范围。在一般转换条件下，法律规定当事人应当对自己主张的范围内的一切事实承担全过程的、完整的举证责任，提出请求或反驳主张的当事人只有对自己提出的主张提供了完备的、充足的、无懈可击的证据之后，才算完成了自己的举证责任。在这种情况下，如果对方当事人全部或部分否认这些事实，举证责任就转换到对方当事人之身上。在特殊转换条件下，法律规定某些提出主张的当事人只要对自己的主张提供了一定范围的证据之后，举证责任即可以转移到对方当事人身上去。例如，我国《企业破产法（试行）》第7条规定：“债务人不能清偿到期债务，债权人可以申请宣告债务人破产。债权人提出破产申请时，应当提供关于债权数额、有无财产担保以及债务人不能清偿到期债务的有关证据。”该法第10条规定：“债权人提出破产申请的，债务人应当在收到人民法院通知后十五日之内，向人民法院提交本法第八条第二款所列的有关材料。”即提交“有关的会计报表、债务清册和债权清册”。这些规定说明，债权人提出申请债务人破产的主张时，只需提供证明债务人不能

清偿欠自己的到期债务的证据，而不需要提供债务人是否真正达到破产界限的证据，即完成了自己的证据任务，至于债务人是否达到了破产程度的证明责任则转换到债务人身上。再如，我国专利法第60条第2款规定："在发生侵权纠纷的时候，如果发明专利是一项新产品的制造方法，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法的证明。"这一规定说明，方法专利的权利人提出某人侵犯了自己专利权的主张时，只需提出可能是用他的专利方法制造的同样的新产品就算完成了自己的举证任务，而到底对方是否使用了权利人的专利方法，证明责任就转移到被指控侵权的当事人身上。由此可见，在有些特殊情况下，法律为保护特定的一些权利外，明确规定了举证责任转换的条件。因此，凡是法律明确规定了当事人举证责任范围和转换条件的，就属于举证责任的特殊转换条件，凡是法律没有明示当事人举证责任范围和转换条件的，就属于举证责任的一般转换条件。

总之，我国民事诉讼法规定的当事人举证责任的承担原则是主张人负有举证责任的原则。举证责任的转换条件有法律规定的提前的特殊转换条件，也有证明全部主张后举证责任才发生转移的一般转换条件。明确了举证责任的一般承担原则和两种转换条件，并且正确认定当事人的举证责任，也便于当某一当事人未完成举证责任，人民法院采取其他查证措施也未能帮助当事人查到这一方面证据时，审判人员便能依举证责任正确地判令负有证明责任的人承担败诉的后果。

三、当事人举证责任的除外及倒置

在民事诉讼活动中，当事人的举证是民事诉讼证据的一个重要来源。我们强调当事人举证，对法院查明案件事实，搞好民事审判工作无疑有些重要的意义。但是在强调当事人举证的同时，我们要正确理解民事诉讼法关于举证责任的原则，这对实施责令当事人举证查证措施的科学性、合法性，防止片面地过分地强调当事人举证，依法调动当事人协助法院查明案件事实的积极性，及时解决民事纠纷，保护当事人的合法权益，提高民事办案效率，有着十分重要的作用。

我们知道，在民事诉讼中，当事人提出请求或反驳的主张是为了保护自己的民事权益服务的，当事人的举证是以自己的主张作为自己存在的前提，实际上是附属于自己主张的一种附属性诉讼行为。当事人的举证，从程序意义上讲，是维护自己主张的真实性和正确性，从实体意义上讲，是为了保护或实现自己的合法民事权益，或使自己免于承担实体法律义务。当事人的举证活动要

受到当事人的人力、财力或动机目的等主观或客观因素的制约，而且不同程度地影响着当事人举证的真实性。

当事人举证责任的除外，就是由于主客观原因的影响，当事人不能提供审理案件需要的证据时或出现某些特定事实作证据而无需举证时，当事人不承担举证责任。简单地讲，也就是对于不属于当事人举证范围内的证据，当事人无需负举证责任。

我国民事诉讼法第 64 条第 2 款规定："当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。"这就说明强调当事人举证责任，并不意味着当事人毫无限制地承担举证责任，也不意味着人民法院就没有查证任务了。为了正确合法责令当事人举证，就要认识哪些证据不由或不需当事人举证，对此，民事诉讼法中并没有详细地规定。但是，最高人民法院在总结有关民事审判查证中的经验基础上，做出了司法解释，这对于我们正确适用民事诉讼法第 60 条的规定有着重要的指导作用。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 73 条的规定，由人民法院负责调查收集的证据包括：(1) 当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的，当事人及其诉讼代理人在举证过程中，由于客观方面的原因，不可避免地受到制约。客观原因既可能在当事人自身，也可能来自外界。从当事人自身来讲，这种制约可以表现为：第一，对方当事人所持有的证据或者支持对方当事人主张的有关人员如证人、诉讼代理人、近亲属等持有的证据，由于利害关系，提出主张的当事人有时是不可能收集到的。第二，涉及科学技术性强、或与复杂的生产工艺流程有关，抑或属于技术秘密（knowhow）等证据，限于当事人的知识水平与能力，有的是无法提供的。第三，有些证据需要用绘图、复制、摄像、拍照等专门方式保存，当事人由于技术、财力等原因，也有可能无法举证。从当事人外界来讲，这种制约可以表现为：第一，法律规定不能由当事人举证的，如勘验笔录，要由人民法院制作，当事人无权进行。第二，行政规定不允许当事人所为的行为，因而当事人无法举证。例如公民个人在银行的存款，当事人个人无权进行查询。第三，其他原因使当事人无法举证，如案外个人掌握有关证据，人民法院有权调取，不论其愿意与否。但是，该个人对于当事人却无出证的义务，如其拒绝出证，当事人也无权对其采取任何强制措施，而只能求助于人民法院；(2) 人民法院认为需要鉴定、勘验的。根据民事诉讼法第 72 条、第 73 条的有关规定，鉴定结论要由法定鉴定部门或人民法院指定的鉴定部门的专业人员作出，勘验

笔录要由人民法院依法制作，方可作为认定事实的证据，当事人对此无能为力；(3) 当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的。在审判实践当中，当事人为了维护自己的利益出于主观原因或由于客观方面的原因，提供的证据相互有矛盾，因而无法认定的，需要由人民法院调查收集证据，仅靠当事人举证是无法解决的。在当事人提供的证据相互有矛盾 时，既可能双方都不真实，也可能一方真实另一方虚假，还可能双方各有一部分真实一部分虚假的情况，为了去伪存真，人民法院不受当事人举证责任的限制，主动调查收集证据是必要的；(4) 人民法院认为应当由自己收集的其他证据。人民法院判定民事案件也要以事实为依据，没有充足的证据就不可能正确裁判案件，对于那些当事人无责任举证或当事人举证无法满足的，而又为审理案件需要的证据，人民法院应当自己收集。如果责令当事人举证，就可能加重当事人不应负的责任，也可能久审不决，影响民事审判工作效率。

当事人举证责任的除外，除了上述几种情况外，还包括一些当事人无需举证的特定事实。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 75 条规定，"下列事实，当事人无需举证"：(1) 一方当事人对于另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的。这在审判实践中也是屡见不鲜的，例如某甲诉某乙债务纠纷，对于债的数额、还款期限某乙均无异议，而只是无钱还债，在这种情况下，某乙也就没有举证的必要了；(2) 众所周知的事实和自然规律及定理。例如，对于产品制造中应用的数学、物理定律，在进行诉讼时，对于该定律本身就无须举证；(3) 根据法律规定或已知事实，能推定出的另一事实。比如，夫妇双方离婚时，对于双方所生子女有抚养义务，只要双方对于该子女系他们所生子女不发生争议时，就无需再举证该子女确系双方所生了；(4) 已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实。比如，人民法院依特别程序宣告某甲为无行为能力，某乙与某甲签订了一份买卖合同，后发生纠纷诉至人民法院，此时某甲的法定代理人主张合同无效就没有必要再为某甲是无行为能力人这事实进行证明了，只要提交人民法院业已生效的判决就可以；(5) 已为有效公证书证明的事实。如某甲依法收养某乙，并办理了公证，某甲死之后，因继承财产与某甲之弟发生纠纷，对于某乙的养子身份，某甲之弟也承认，某乙无需再举证。对于以上几种事实，只是当事人免除举证责任的一般规则，如果人民法院在审理具体案件的查证工作中，认为当事人要举证的，仍有权要求其举证。比如对于已为有效公证书所证明的事实，当一方主张无效并提出合理的证据时，就有权责令另一方提出反证。

在前面关于举证责任的转换问题的论述中，我们曾把转换条件分为一般转换条件和特殊转换条件两种，现在我们再从另一角度对特殊转换条件做一下阐述，实际上就是关于举证责任倒置问题。

自公元前五世纪时罗马法开始，逐步形成了“谁主张，谁举证”的举证原则，我国民事诉讼法第64条规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”在通常情况下，提出主张的当事人应当在法院查证之前向法院提供有关的证据，以证明自己的主张和所依据的事实的真实性，特别是提起诉讼的原告和提出反诉的被告更应当向人民法院提供证据。但在某些情况下，提出主张的一方当事人由于客观原因无法或难以提出证明自己主张的证据，而由另一方提供证据更合理、可行，因此举证责任由造成侵害的一方当事人承担，这就是举证责任的倒置。该制度不是为了减轻受害方的举证责任，而是为了平等保护当事人的民事权益，使双方当事人平等地承担举证责任。简单地讲，举证责任的倒置的适用，是为了通过形式上的不平等以保证当事人权益受法律保护的实际上平等。

举证责任的倒置一般发生在特殊类型侵权案件和技术性、专业性较强的民事案件中，这类案件的受害方由于客观原因，难以举证，所以由加害方承担举证责任更为适宜。我国民事诉讼法中虽然没有明文规定举证责任倒置问题，但是我国民法通则中规定了几种特殊的侵权案件，适用无过错责任原则，只要不能证明具备免责条件，即使无过错也可能会负民事责任，这在诉讼上就表现为举证责任倒置，也就是在这几类案件中，不是由提出主张的一方当事人负举证责任，而是由加害一方负举证责任。在总结审判经验的基础上，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第74条规定：“在诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。但在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：(1)因产品制造方法明专利引起的专利侵权诉讼；(2)高度危险作业致人损害的侵权诉讼；(3)因环境污染引起的损害赔偿诉讼；(4)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼；(5)饲养动物致人损害的侵权诉讼；(6)有关法律规定由被告承担举证责任的。”

在适用举证责任的倒置时，我们应该注意下述几点：一是要严格掌握适用范围，对于法律、法规中没有规定由被告方承担举证责任的案件，不能随意适用举证责任的倒置；二是要准确掌握举证责任倒置时，举证的内容。在此时，当所负的举证内容是证明自己无过错或对方有过错的证据，如果被告人提出了其他新主张并举证，属于承担应该负的正常举证责任，和举证责任倒置是两码

事；三是在举证责任倒置的案件中，有可能在属于共同侵权或法律规定的数方责任人中的一方，这时他们要分别负举证责任，也就是举证责任的倒置适用被告人全体而不是部分。

四、责令当事人举证的方法和注意事项

审理民事、经济纠纷案件的程序主要包括立案审查、审理前的准备和开庭审理三个阶段，在这三个阶段中，由于审理工作的侧重点不同，当事人承担的举证责任在内容上也各有不同，因此，实施责令当事人举证的查证措施应分阶段、有针对性地进行。

在立案审查阶段，人民法院审理工作的重点是依据民事诉讼法第108条的规定，审查原告的起诉是否具备受理条件。在此阶段，原告为了证明自己的起诉是符合人民法院受理条件的，应当提供与被告存在直接利害关系争论的证据，应当提供证明自己起诉主张的证据和提供证明自己的起诉应由人民法院主管和应由受诉法院管辖的证据。如果原先起诉时按上述范围举证不足，人民法院应责令其补足证据。在审判实践中，不少原告人由于初次涉讼不懂得应提供哪些证据，往往在起诉时提供的证据不全面，遇有这种情况，不能轻率地裁定不予受理原告的起诉，而应对当事人进行耐心地指导，责令其按照法律规定补齐应提供的证据，才予受理。

在审理前的准备阶段，人民法院审理工作的重点分为两个方面，一方面要围绕当事人的争议焦点收集和调查证据，另一方面又要不受当事人争议焦点局限，对案件的管辖、当事人的主体资格和诉讼地位、有无需要裁定先行给付和诉讼保全的情况、有无需要参加诉讼的第三人以及案件中是否涉及违法犯罪的问题等进行全面地审理和调查。在这一阶段，当事人方面也发生了变化，除了原告人、被告或者第三人也参加了诉讼，各方当事人都公开了自己的主张。在这种情况下，人民法院应当注意审查各方当事人为自己的请求或反驳主张提供的证据，发现当事人为自己的主张举证不充分的，应当对其采取责令补充举证的措施。同时，在此阶段，还应密切注意当事人间举证责任的转换问题，对一方当事人完成了举证任务的，应及时责令另一方提出不同主张的当事人进行举证。

在开庭审理阶段，人民法院审理工作的重点是全面核对证据，在该阶段，通过质证和辩论，会暴露出当事人举证中的一些漏洞，遇有这种情况，人民法院也应有针对性地责令负有举证责任的当事人进行补充举证。庭审中，如果当事人提出新的主张，在他们为新提出的主张未提供充分证据时，也应责令其补

充证据。

人民法院实施责令当事人举证的查证措施一般应注意：一是要严格按当事人举证责任的范围及承担原则、转换条件责令当事人举证。人民法院实施责令当事人举证的查证措施时，首先，应审查当事人的举证责任范围，只有属于当事人举证责任范围内的事项，才能责令其举证。如果某件证据不在某个当事人手中，该项证据不属于其举证范围，人民法院需要取得该项证据时，只能采取民事调查措施向掌握证据的当事人取证，而不能责令该当事人举证；其次，要按举证责任承担原则责令当事人举证，对于不属某当事人提出的主张时，该当事人不负举证责任，也不能责令其举证；最后，实施责令当事人举证的措施时，必须注意当事人举证责任的转换条件。在一般转换条件下，应让当事人对其主张提供全部必要证据以后才能将举证责任转移到对方当事人身上。对于特殊转换条件（即举证责任倒置）的情况，应依法律规定将举证责任转移到被告方一边。二是对当事人的举证活动应用合法的方法和耐心的态度进行具体指导。

第八章　民事诉讼证据的举证责任（二）

第一节　举证责任倒置

一、倒置举证责任的必要性

原则性与灵活性相结合，是一条具有普遍指导意义的马克思主义的基本原则。民事诉讼中举证责任的分担，也必须坚持这一原则。适用民事诉讼程序审理的案件多样性和复杂性，决定了我们不能机械地运用上述原则去处理一切案件中的举证责任分担问题。根据以上原则分担举证责任，虽然在一般案件中是公正和合理的，但在某些特殊的民事案件中，特别是在某些侵权纠纷案件中，可能造成极不公正、极不合理的结果。例如，在一般的侵权纠纷案件中，加害行为的违法性、违法行为与损害结果之间存在因果关系，加害人有故意或过失，属于产生损害赔偿请求的事实，按照上述原则，应当由原告负举证责任。但是，在关于医疗事件的损害赔偿案件中，原告往往至多只能证明造成了损害结果，如病人突然死亡，而无法进一步证明医院方面存在着医疗过失，损害结果是医疗过失所致。原告既无医疗方面的专业知识，又不掌握记录治疗经过的医疗档案，难以证明上述两种事实。相反，被告方面却掌握着这方面的知识和资料，甚至可以说全部证据材料均在被告的控制和支配之下，由被告来证明不存在医疗过失，或者损害结果与医疗过失行为无因果关系，既符合法律公平正义的要求，又不会给被告造成太大的困难。在这样的案件中，就必须对上述原则作出变通，实行举证责任倒置，由被告就无医疗过失和不存在因果关系负举证责任。

另一方面，倒置举证责任也是为了使举证责任的分担能够更好地适应社会生活中出现的新问题。持续十多年的改革开放使中国人民普遍享受到现代化建设带来的物质和精神文明的成果，但现代化进程中一些不可避免的社会问题也接踵而来。如环境污染问题、产品责任问题、道路交通事故问题。这些问题向现存的法律制度和法学理论提出了挑战。为了有效地调整伴随着这些问题而出现的新的社会关系，法律自身首先必须作相应的调整。倒置举证责任便是调整的一项重要措施。通过倒置举证责任使法律能够顺利地解决新出现的社会问题，是许多国家的成功经验。例如，随着道路交通事故的显著增多，日本制定了“汽车损害赔偿保障法”。该法革新了侵权赔偿领域中传统的举证规则，将原来由原告负担的被告有过失的举证责任，改为被告对自己无过失负举证责任，并且对被告举证的内容提出了严格的要求。根据该法第3条的规定，加害人如不能够证明以下三点，就必须负赔偿责任：(1) 有关汽车之运行，汽车供应人及驾驶者本身并无疏忽驾驶之情形；(2) 被害人或驾驶者以外的第三人有故意或过失；(3) 汽车本身并无构造上的缺陷或机能上的障碍。

二、倒置举证责任的若干因素

倒置举证责任意味着将事实真伪不明引起的败诉结果从一方当事人转移于另一方当事人，这对当事人的利益来说至关重要。因此，在指出倒置举证责任必要性的同时，也必须强调除非有充分的理由，不得任意转换举证责任。

那么，哪些情况能够成为倒置举证责任的充分理由？或者说，在决定是否实行举证责任倒置时，有哪些因素是必须考虑的？从我国实体法中有关举证责任倒置的规定，以及一些国家倒置民事举证责任的理论与判例来看，下列因素是必须考虑的：

1. 举证的难易。

如果将某一案件事实的举证责任加在远离证据材料又缺乏必要的收集证据的条件与手段的当事人身上，而占有或者接近证据材料，有条件有能力收集证据的另一方当事人反倒不负举证责任，那就势必造成显而易见的不公平。因而，倒置举证责任便成为消除由此而产生的不公正的合乎逻辑的手段。

举证难易取决于以下两个因素：

第一、双方当事人距离证据的远近，接近证据的难易。环境污染案件提供了这方面的典型例证。在环境污染引起的损害赔偿诉讼中，原告方往往至多只能证明自己受到了损害，至于这种损害究竟是不是被告的污染行为造成的，被告是否有过错存在，则提不出有力的证据。造成原告举证困难的原因一方面在

于原告一般都不具备相应的科技专业知识，从而难以知晓某种污染物可能造成的种种危害结果。另一方面在于原告难以进入被告的企业去了解污染物产生和排放情况，无从掌握被告是否采取了有效的防污措施，污染物的产生和逸出是否是工艺上或设备上的缺陷所致。即使原告具备这方面的专业知识和检测手段，出于对工艺流程、专有技术保密的考虑，被告也会将原告拒之门外。这说明原告远离证据，难以接近证据，根本不具备就“因果关系”和“过错”举证的条件。被告的情况恰恰相反，他不但了解污染物可能造成的危害结果，而且也掌握着污染物产生、排放等资料。

第二，收集证据能力的强弱。在环境污染诉讼中，原告人一般都是公民个人，而被告人通常是具有相当实力的工厂或公司，无论从人力、物力、财力，还是从技术知识、检测手段来说，原告都远不如被告，被告收集证据的能力明显地强于原告，在举证中处于有利地位。

因此，在环境污染案件中实行举证责任的倒置，让被告就污染行为与损害结果之间无因果关系或存在法律规定的其他免责事由负举证责任，既可以使原告摆脱举证不能的困境又不给被告举证造成多大的困难。

有人认为，举证责任的分担，只能依据需要证明的事实在实体法上的作用来确定，与举证的难易无关。这种过分拘泥于举证责任分担传统理论的认识是不足为取的。固守传统的分担举证责任的理论和原则，既使得法律难以应付不断变化的社会生活提出的挑战，又有悖于公平、正义这一法律的最根本的价值要求。

2．是否有利于实现实体法的立法宗旨。

当我们在考虑举证责任应当由哪一方当事人负担这一问题时，应牢牢记住的是：摆在我们面前，需要作出决断的，不仅仅是诉讼程序中的技术性问题。这一问题解决的正确与否直接关系到实体法的立法意图能否得到实现，只有举证责任的分担与实体法的立法意图，实体法的价值判断保持和谐，才能从程序上保证实体法的贯彻实施。否则，实体法在诉讼中的适用就会搁浅。正如埃尔曼在《比较法律文化》一书中引用一位美国法官在观察了英美法系和大陆法系的诉讼模式后得出的结论中所说：“举证的规则可能使实体法规则完全不起作用。”

法律是用来调节各种社会矛盾，平衡各个不同的社会阶层、不同的利益群体之间各种互相冲突的利益和需求的。在相互冲突的利益和需求面前，立法者有时不得不作出艰难的抉择：让法律向其中的一方倾斜，即使这种倾斜会损害另一方的利益也在所不惜。立法者在作出倾斜的决定前，往往要权衡双方的经

济地位，看哪一方是经济上的强者，哪一方是经济上的弱者，哪一方有能力承担侵权行为造成的损害结果，哪一方最需要得到经济上的赔偿。从现代各国有关侵权责任的法律规定来看，立法者几乎毫无例外地向势单力薄的受害者倾斜，使他们有较多的得到赔偿的机会。在那些专为保护某一社会群体利益而制定的法律中，如产品责任法、环境保护法等，立法者的这种倾斜就显得特别明显。在消费者和产品的制造者或销售者之间，污染的受害者与产生污染源的企业、公司之间，交通事故的受害者与肇事者或可能的肇事者之间，法律总是尽可能多地作出有利于受害者的规定。立法的宗旨在这些规定中得到了充分地体现。

马克思曾经指出："审判程序和法二者之间的联系如此密切，就像植物的外形和植物的联系，动物的外形和血肉的联系一样。审判程序和法律应该具有同样的精神，因为审判程序只是法律的生命形式，因而也是法律的内部生命的表现。"既然审判程序与法律应该具有同样的精神，既然民事诉讼法的任务是为了保障民事实体法的贯彻实施，民事举证责任的分担就不能不考虑实体法的立法宗旨，民事举证责任的分担应当促进实体法宗旨的实现，而不是与实体法的宗旨背道而驰。因此，当实体法的条文未对举证责任作出明确规定，而按照举证责任分担的原则又不利于实现实体法的宗旨时，就必须认真地考虑对举证责任实行倒置。

三、倒置举证责任的途径

倒置举证责任的途径有以下两种：

1. 在实体法中对倒置举证责任作出明确的规定。

举证责任的分担，直接关系到实体法立法意图的贯彻实施，因而在制定实体法的过程中，举证责任不能不成为立法者经常考虑的一个重要因素。但另一方面，举证责任毕竟只是立法者必须考虑的众多因素中的一个，同时也没有必要对举证责任逐一作出规定。因此，在通常情况下，实体法中并不直接对举证责任作出规定，而将这一问题留给分担举证责任的理论和学说去解决。只有在立法者感到某些问题较为特殊，按照一般的分担举证责任原则无法实现立法意图或者可能产生极不公正的结果时，才会对举证责任作出明确的规定。

在各国的实体法中，一般都有一些倒置举证责任的规定。例如，《苏俄民法典》第 444 条规定："对公民的人身或财产造成的损害以及对组织造成的损害，如果造成损害的人能够证明损害不是由于他的过错所致，则免除他的赔偿责任。"《法国民法典》第 1384 条规定：父母对与其共同生活的未成年子女所

造成的损害，负连带责任，但父母能证明其不能防止发生损害行为者，可免除上述责任。

我国《民法通则》和其他法律中也有关于举证责任倒置的规定，最为典型的是《民法通则》第126条关于“过错”的举证责任倒置以及专利法第60条第2款关于“是否是用专利方法获得同样产品”的举证责任倒置。

2. 在适用法律过程中由法院通过判例或司法解释确立举证责任倒置的规则。

在实体法条文未作明确规定，而出于公平、正义的考虑又必须对举证责任实行倒置时，这似乎是行之有效的，也是唯一可行的途径。

原联邦德国的联邦最高法院在这方面曾为我们提供了成功的范例。1968年11月28日，该法院对一产品责任案件作出了一项在西方乃至在国际侵权责任领域中具有重大而深远影响的判决。案件的大致情况是：原告为某养鸡场的场主，为预防鸡瘟，请某兽医对其鸡注射鼠疫预防针，不料数日后仍发生鼠疫，4000多只鸡死亡，损失马克十余万。原告认为发生鼠疫的原因是疫苗的免疫性不充分，便以生产该疫苗的某公司为被告提起诉讼，被告在答辩中主张突发鼠疫与本公司生产的疫苗无关，而是由于杀菌不充分所致。原告在诉讼中还提出了使用该公司疫苗的其他养鸡者也发生过同样情形的证据。在该案中，疫苗的免疫性能是否不充分（即产品是否存在缺陷，这一问题关系到被告有无过失）和瘟疫是否由疫苗引起是双方争执的焦点，也是案件中关键性事实。按照分担举证责任的规则，上述两项事实的举证责任应由原告负担。但法院认为，药品的制作属高度技术性问题，况且整个生产过程都处于被告控制之下，因而原告难以证明上述事实。为解决原告举证的困难，法院采用举证责任倒置的办法，将这两项事实的举证责任转换于被告。后来，被告因不能充分举证，遂以败诉而告终。

通过这一判例，德国联邦最高法院为民法未作明文规定的产品责任、环境污染、交通事故、医疗损害等事件的损害赔偿诉讼确立了两项极为重要的举证规则：(1) 原告（受害人）应当对遭受损害的基本事实负举证责任；(2) 在上述基本事实得到证明后，被告（加害人）必须对自己无过错及加害行为与损害结果之间不存在因果关系负举证责任。

从我国的情况看，法律中明文规定举证责任倒置的条文为数极少，而实践中需要倒置举证责任的诉讼又远不止法律明文规定的情形，因而我国亦有必要通过此种途径倒置举证责任。

应当指出的是，在一定的情形下，举证责任的倒置无异于诉讼结果的逆

转，实际上会把败诉的结果从一方当事人转移于另一方。如果倒置不当，不仅会极大损害另一方当事人的合法权益，而且也会破坏法律的公平与正义。这就要求法院必须以极为慎重的态度处理这一问题。那么如何才能保证法院稳妥而正确地处理举证责任倒置问题?

将倒置与否的决定权控制在最高人民法院手中或许是解决这一问题的正确方法。最高人民法院可以通过两种方式行使此种权力，一是颁发司法解释性文件确立某些诉讼中举证责任倒置的规则，二是核准下级人民法院呈报的倒置举证责任的报告。前一种方式，实践中已经开始采用，最高人民法院 1992 年 7 月发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下称《意见》）第 74 条规定了在六种侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否定的，由被告负举证责任。在这六种诉讼中，有些是属于实行举证责任倒置的。对于后一种方式，则需要建立一种类似于核准类推适用法律的程序来具体实施，即由作出倒置决定的人民法院写出书面报告逐级上报，最后由最高人民法院审核。

四、举证责任倒置的诉讼

根据《意见》第 74 条的规定及上文所述的导致举证责任倒置的因素，我国应实行举证责任倒置的诉讼主要有：

1. 因环境污染致人损害引起的侵权诉讼

因环境污染引起的民事责任一般属无过错责任，因而被告是否有故意或过失不再是诉讼中证明的对象。但是，即使造成了损害，如果存在着法律规定的免责事由，被告仍可免予承担责任。例如，水污染防治法第 41 条规定，水污染损失是由第三者故意或过失引起的，是由受害者自身的责任引起的，排污单位不承担责任；如果污染损失是完全由不可抗拒的自然灾害引起，造成污染的单位及时采取合理措施后仍然不能避免造成损失，免于承担责任。

按照举证责任分担的原则，原告应对损害事实的存在、被告有污染行为、损害与污染之间存在因果关系这三项产生损害赔偿权利义务的事实负举证责任，被告则应对他主张的免责事由（阻碍损害赔偿权利义务关系发生的事实）负举证责任。但考虑到原告一般难以证明损害与污染之间存在因果关系，同时也为了提高原告求偿的成功率，应当采取举证责任倒置的办法，由被告对不存在因果关系负举证责任。

2. 建筑物或其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱离、坠落致人损害的侵权诉讼。

我国民法理论把上述物品引起的侵权责任归入特殊的侵权责任。但是，与其他特殊侵权责任不同。其他特殊侵权责任一般为无过错责任，它仍然是过错责任。

过错是构成一般侵权民事责任的条件，根据举证责任分担的原则，应由原告（受害人）对被告（侵害人）有过错负举证责任。但在这类诉讼中，由于《民法通则》第126条明确规定建筑物或者其他设施的所有人或管理人能够证明自己没有过错的除外，举证责任已被倒置，原告不必再对被告有过错负举证责任。

因此，原告在诉讼中须对自己的人身或财产受到损害，以及损害是建筑物等倒塌、脱落、坠落所致的事实负举证责任。上述事实得到证明后，被告的过错就被推定存在，被告要想免责，就必须举证证明自己主观上既无故意又无过失，如证明建筑物倒塌是不可抗力所致，是第三人过错所致等。

3．因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼

这是实体法规定举证责任倒置的又一典型例证。按照举证责任分担的一般规则，原告既然指控被告使用了他的产品制造方法，就应当对所主张的事实负举证责任。但如果这样，专利权人就鲜有胜诉的可能。因为专利权人远离证据，他无权擅自进入被告的企业，无权在被告的企业中调查了解，难以收集处于被告控制之下的使用其专利方法生产的证据。而对于被告来说，究竟使用何种方法生产自己最清楚，被告可轻而易举地提出证据来证明该项产品不是用专利方法而是用其他方法生产的。正是基于上述理由，我国专利法第60条第2款规定："在发生侵权纠纷时，如果发明专利是一项新产品的制造方法，制造同样产品的单位或个人应当提供其产品制造方法的证明。"这样，本来应当由原告负担的被告未经许可使用其产品制造方法发明专利的举证责任便转换于被告，由被告就自己未使用原告的专利方法负举证责任。

需要指出，实行举证责任倒置后，原告并非不再要首先举证，只是使举证变得较为容易而已。原告只需要证明以下两点：第一，被告的产品同自己按照专利方法制造的产品相同；第二，自己用专利方法制造的产品在申请日或优先权日，是一种从未上过市的新产品。这两点被证明后，在缺乏相反证据的情况下，法院就会认定被告在此后生产的相同产品是用原告的专利方法获得的。因此，不是用专利方法获得的举证责任落到了被告一方，除非能够证明他是用原告专利方法以外的其他方法获得相同产品，否则就会败诉。

在最高人民法院明确规定由被告负举证责任的侵权诉讼中，有必要实行举证责任倒置的似只有以上三种。其余两种（高度危险作业致人的侵权诉讼、饲

养动物致人损害的侵权诉讼）根据举证责任分担的原则，即可正确调整举证责任关系，因而不必再实行倒置。

下面以饲养动物致人损害的侵权诉讼为例说明这一问题。民法通则第 127 条规定，“饲养动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物饲养人或者管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。”按照举证责任分担的原则，原告应对以下两项基本事实负举证责任：(1) 原告受到了动物的伤害；(2) 造成伤害的动物由被告饲养或管理。被告应对原告有过错或第三人有过错负举证责任。可见，原告有过错或第三人有过错的举证责任已由被告负担了，无须再实行倒置。

4. 产品质量不合格致人损害的侵权诉讼

《民法通则》第 122 条规定：因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的，产品的制造者、销售者应当依法承担民事责任……”这一规定表明我国对产品侵权责任实行严格责任原则即无过错责任原则。实行无过错责任原则的结果使被告“有无过错”不再成为诉讼中的证明事项，原告不必再证明被告有过错，被告也不能通过主张和证明自己无过错来免责，这显然比那些实行过错推定的国家更有利于保护消费者的权益。

但是，对于作为原告的消费者来说，问题并未因此完全解决。因为按照举证责任分担的原则，原告仍需要对下列事实负举证责任：(1) 产品质量存在着瑕疵或者有不当危险，并且它们在产品销售时已经存在；(2) 原告使用该产品受到了人身或财产损害；(3) 产品的质量瑕疵是造成损害的直接原因。在这三项事实中，只有第二项是易于证明的，其余两项证明起来都有相当程度的困难。如产品质量上的瑕疵，一般认为包括设计上的瑕疵、制造上的瑕疵和指示上的瑕疵。作为普通消费者来说，很难知晓这些技术上和工艺上的复杂问题。如果仍然要原告对这两项事实负举证责任，原告就很难跨越举证责任的障碍。为了在诉讼中有效地贯彻实施《民法通则》第 122 条保护消费者权益的立法本意，对上述两项事实实行举证责任倒置是完全必要的。

在产品责任诉讼中，合理的分担举证责任的模式是：原告只须首先证明使用被告产品受到损害的事实；被告要想免责，就必须对自己的产品不存在瑕疵或者瑕疵是产品销售后原告或其他人的行为造成的，产品瑕疵与原告所受损失不存在因果关系等事实加以证明。

5. 因医疗纠纷提起的诉讼

在医疗纠纷诉讼中，人民法院要作出原告胜诉的判决，必须确认有下列事

实存在：(1) 病人在医疗过程中死亡或者受到损伤；(2) 被告方的医务人员在诊疗护理过程中存在着疏忽或懈怠的过失行为；(3) 病人所受的损失是医疗过失行为所致。这表明，医院方面承担民事责任是以医疗过失的存在为前提的，属过错责任。关于医疗责任的性质，我国法学界有不同的认识。有的主张是违约责任，有的主张是侵权责任，有的则认为是违约责任与侵权责任的竞合，(这两种责任在举证责任的分担上迥然不同，违约责任由被告就自己无过错负举证责任，侵权责任则由原告就被告有过错负举证责任,) 但司法实践是把这种诉讼作为侵权赔偿诉讼来处理的。在日本，医疗纠纷案件是作为合同案件处理的，所以不存在医疗过失的举证责任由被告负担。一旦医疗过失行为得到确认，被告要想免责，就必须证明病人所受的损害与医疗过失行为之间不存在因果关系，即使因果关系存在与否难以判明，被告亦要负赔偿责任。例如，日本一岁零四个月的男性幼儿在某诊所做阴囊水肿手术，手术后缝合皮肤时，突然死亡，医生认为是不可抗拒的猝死，原因不明，向家属提出作尸体解剖以查明死因，但家属不同意。家属认为是医疗过失造成死亡，向法院起诉要求赔偿。法院查明医生在诊疗上存在若干过失，但因幼儿家属拒绝作尸检，失掉了赖以收集证据的手段，使被告无法证明死亡的确切原因。法院一方面依据存在医疗过失和被告对不存在因果关系举证不足判决被告承担赔偿责任，另一方面以被告举证不足是由原告行为引起的为理由，将赔偿金减少一半。

我国的医疗事故处理办法规定，医疗单位和卫生行政部门对发生的医疗事故或可能是医疗事故的事件，必须及时、认真地作好调查研究和分析、鉴定工作。确定为医疗事故的，可根据事故等级、情节和病员的情况给予一次性经济补偿（第 4 条、第 18 条）。有人认为，上述规定表明我国对医疗致人损害采取过失推定，医疗单位必须就自己无过失负举证责任。其实，从上述规定中并不能得出不存在医疗过失的举证责任在医疗单位的结论。不过，考虑到举证的难易、以及如何才能使受到医疗过失行为损害的病人或其家属有较多的获得赔偿的机会等因素，实行举证责任倒置，将根据举证责任分担原则应当由原告负举证责任的“医疗过失”和“因果关系”这两项事实转换于被告，由被告对“无医疗过失”和“不存在因果关系”负举证责任是非常必要的。

6．因共同危险行为致人损害的侵权诉讼

在民法理论中，共同危险行为又称准共同侵权行为，是指数人共同实施侵害他人权利的危险行为，对所造成的损害结果无法判明究竟谁是加害人的情况。例如，有四个儿童在楼房的平台上往下扔石子，其中一粒石子恰好将楼下一行人的眼睛击伤，非但受害人不知石子究竟是哪位儿童所扔，连四个儿童也

不知这粒石子是谁扔的。

按照侵权诉讼中举证责任分担的一般规则，原告要求被告赔偿，必须对自己所受的损害确实是被告的侵害行为所致负举证责任，但在共同危险行为中，受害人恰恰无法证明数个实施了共同危险行为的人中究竟谁是加害者。显然，如果囿于举证责任分担的原则，无异于取消受害人获得赔偿的权利。这未免有失公平。

为了使受害人的损失能够得到公正的补偿，同时也为了使实施共同危险的人能公平地承担责任，经过长期探索，终于形成了共同危险行为的理论，这一理论很快就运用于民事立法和审判实践。

首次规定共同危险行为的是1900年颁布的《德国民法》。该法第830条规定："数人因共同侵权行为加害于他人时，各自对损害负赔偿责任。在数人中不知谁为加害者亦同。"英美法国家虽未对此作出规定，但实践中亦是依据共同危险理论作出判决的。如美国的辛德尔诉阿伯特化工厂一案。辛德尔是乳腺癌患者，在她出生前，其母为防止流产服用了当时用来防流产的药已烯雌粉。后来的研究证明，服用这种药与患乳腺癌有很大关系。辛德尔认为自己是此药的受害者，便起诉要求赔偿。但当时生产此药的化工厂有11家之多，她无法证明其母服的药究竟是哪一家工厂生产，所以初审法院不予受理。上诉后，上诉法院改判生产此种药的11家化工厂负连带赔偿责任。

不难看出，在共同危险的理论中，举证责任已被倒置。原告在诉讼中只须证明数被告实施了具有危险性质的行为，以及这种行为给原告造成了损害，数被告中的每个人都必须对损害并非由自己的行为所致负举证责任。若不能举证证明，数被告就被推定为有共同过失，应负连带赔偿责任。

我国民法目前虽未规定共同危险行为，但为了有效保护受害人的权益，制裁民事违法行为，借鉴共同危险理论处理上述共同侵权行为引起的诉讼显然是十分必要的。

7．妨害对方举证的行为。

当重要的诉讼证据为负举证责任当事人的对方掌握或控制时，举证行为的完成有赖于对方善意的协助。但由于种种原因，对方也可能不愿或不能给予协助，如因害怕败诉不愿提交重要的书证，因将物证、书证丢失、损坏无法提交等，这就构成了妨害举证的行为。实践中存在的另一种妨害举证的行为是对方以种种不法行为对证人施加影响，以威胁、贿买等方式阻止证人出庭作证。这些妨害举证行为的存在，使得负担举证责任的一方当事人无法完成其举证活动，人民法院无法查明案件事实。

此时，导致事实真伪不明的责任显然不在负举证责任一方，而完全在对方。若按照举证责任分担的原则，将由此产生的不利诉讼结果判归负举证责任一方负担，势必会与法律公平、正义的本质背道而驰。对举证责任进行某种调整的必要性便由此而生。

妨害举证的行为普遍存在于各国民事诉讼中。出于公平正义的考虑，为消除或减轻该行为给举证者带来的困难，同时也为了遏制妨害举证行为，各国采取的对策大致有两种：一是采用表现证明的方法，转由妨害举证的一方负担起提供证据的责任；二是实行举证责任倒置，由妨害举证的一方就该事实不存在负举证责任，若无法证明，就要承担不利的法律后果。从理论上说，后一种办法对妨害举证的一方更为严厉，因为他对该事实负举本证的责任。但从司法实务上看，这两种方法并无多大区别，实为异曲同工。

德国联邦最高法院于 1971 年对一撤销婚姻诉讼案作出的判决是因此而实行举证责任倒置的极好例证。该案的大致情况是：原告（夫）与被告（妻）结婚后，原告从第三人口中得知，被告曾于 1933 年至 1945 年间纳粹政权时多年被留置于看护治疗机构，接受精神病治疗并被作了绝育手术。原告以被告婚前未将此事向其说明为由，诉请法院将婚姻撤销。在诉讼中，被告主张自己根本没有精神病，亦未接受过绝育手术，之所以在看护治疗所生活多年，是由于受纳粹迫害所致。但被告拒绝免除知悉其身体情况的医生的保密义务，同时也拒绝接受医生的身体检查及鉴定。因被告的上述行为，原告无法举证证明其主张为真实。根据上述情况，联邦最高法院认为原告主张的事实为真实，判决被告败诉。判决的理由是，原告本应就其主张的被告有精神病的事实负举证责任，但因被告妨害举证的行为，使原告无法举证，从诚实信用及正义的观点来看，原告不应因被告的行为而处于不利状态，所以应将原告的举证责任转换于被告，由被告就无精神病及未被绝育的事实负举证责任。如被告不能举证证明不存在上述事实，应负担不利的法律后果。

对诉讼实践中存在的因一方当事人故意或过失妨害另一方举证，使另一方主张的事实无法得到证明的情形，我国民事诉讼法未规定应如何处置，判例也鲜有说明。鉴于采用举证责任倒置的方法具有明显的合理性，我国完全可以借鉴这一方法处置类似上述情形。

代理权限、欺诈、胁迫、乘人之危等事实中选择一项进行答辩。一旦当事人主张了某项事实，并且该事实在诉讼开始时处于真伪不明状态，潜在的举证责任便随之产生。为避免潜在责任的现实化，他必须首先向法院提供证据，这便是罗马法以来一直流传至今的“谁主张、谁举证”的举证法则的真谛。如果

在证明过程结束时，该事实的真实与虚假仍未被证明，主张该事实的当事人便会承担现实的举证责任，更直观地说，该当事人就会承担起事实未得到证明的责任。

总之，在举证责任所包含的两种责任中，真正能够代表其本质的，是结果责任。既然惟有结果责任才能说明其本质，那么，将举证责任的法律性质界定为事实处于真伪不明状态时产生的不利诉讼结果便是有充足理由的。对提出事实主张的当事人来说，诉讼开始时负担的实际上是一种潜在的举证责任，由于当事人的举证活动和法院调查收集证据的活动，这种潜在责任大多不会现实化，因此举证责任又是一种可能发生的败诉危险。从这一意义上，又可以认为举证责任的法律性质是败诉危险负担。

重新认识举证责任法律性质引出的具有重大理论和实践意义的问题是：既然举证责任的法律性质是由事实真伪不明状态引发的败诉结果或败诉危险负担，那么，我国过去那种建立在提供证据责任基础之上的民事举证责任理论的正确性就值得怀疑了。实际上，将举证责任简单地定义为提供证据的责任，然后以此为基点构筑民事举证责任的理论，是我国民事举证责任理论研究的最大误区，这一理论亟待更新与重建。应当以结果责任作为新的支撑点，并在此基础上重构我国的民事举证责任理论，这便是结论。

第二节　事实真伪不明与举证责任

一、事实真伪不明现象存在的理论依据

尽管我国的《民事诉讼法》力求达到查明案件的客观真实，并为此规定了包括法院在必要时必须主动介入调查取证活动在内的各种措施，但是，只要尊重诉讼实践，就不能不承认这样一个事实——诉讼中依然存在着案件事实真伪难以确定的情况。为什么会出现事实真伪不明现象？

从理论上分析，至少可以找出下列原因：

1. 审判人员对案件事实的认识受到证据材料的限制。

审判人员在诉讼中面对的是一些既往的案件事实。尽管当代电子技术在诉讼领域中的运用大大增强了人们认识既往事实的能力，但是，时间的不可逆性使这些发生在诉讼前的事实仍然不会原原本本地重现于法庭。缘于对各自诉讼利益的追求，或者缘于认识和理解上的偏差，双方当事人对案件事实的陈述往

往各执一词，截然相反。这又进一步增加了审判人员认识案件事实的难度。在审理之初，案件事实仍属未知领域，审判人员只能通过各种证据材料来认识未知的事实。

显然，审判人员能否正确地认识案件事实，取决于能否收集到必要的证据材料和能否对证据材料作出正确的判断。如果案件事实发生时留下了相关的证据材料，如形成了文字，制作成了视听资料、有见证人见证等，这些证据材料又保存完好，当事人能够在诉讼中积极地提供证据，证人能如实地向法庭陈述耳闻目睹的事实，案件事实就不难查清。否则，查明案件事实的真相就会成为一项相当困难，有时甚至是力所不能及的工作。

并非所有案件的证据材料都保存完好。在一些案件中，书证灭失了，证人失踪或死亡了；在另一些案件中，由于这样或那样的原因，当事人进行民事活动时未留下任何文字材料，其他人对事情经过也不甚了解。像这样的案件，当事人往往无证可举，人民法院也无据可查，从而使审判人员无从判断争议中的案件事实究竟是真还是假。

2. 审判人员对案件事实的认识受到证据合法性的限制。

在民事诉讼中，用来认定案件事实的证据材料除了需要具备客观性和相关性外，还必须符合合法性的要求。合法性对诉讼证据提出了两方面的要求：

一是当法律对某些证据有特定要求时，作为证据的材料必须符合法律的特定要求。否则，即使可能是真实的和与争议事实相关联的，也不允许作为证据来使用。例如，按照民事诉讼法第68条的规定，当事人以书证作为证据时一般应当提交原件。当事人提供的书证若为复制件，按照最高人民法院的规定，“证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据”。

二是收集证据的活动必须合法。无论是当事人或其诉讼代理人收集证据，还是人民法院调查收集证据，都必须依法进行。违法取得的事实材料，即使同案有关，也不能用作证据。这里最典型的例子是债务案件中一方当事人通过窃听方式取得的另一方当事人的谈话录音，录音的内容虽然同争议事实有关，但因为违反了合法性的要求，法院拒绝将它作为诉讼证据。此外，通过威胁、利诱等非法手段收集的证据也不能作为定案的根据。

对证据提出合法性的要求无疑是合理而必要的，但这也确实缩小了人民法院在诉讼中可以运用的证据的范围，有时甚至会成为事实难以查清的直接原因。在审判实践中，有时会遇到这样的情况，当事人虽然就其主张的事实向法院提供了证据材料，但该材料因违反了合法性的要求而不能作为证据使用。由

于某种原因，无论是当事人还是人民法院都无法收集到其他证据，从而使案件事实陷于真伪不明状态。

3. 审判人员对案件事实的认识受到审理期限的限制。

为消除实践中存在的案件久拖不决的弊端，民事诉讼法增设了审限的规定。根据民诉法的规定，第一审案件适用普通程序审理的一般应当在立案之日起6个月内审结，适用简易程序审理的应当在立案之日起3个月内审结。对判决上诉的案件应当在立案之日起3个月内审结，对裁定上诉的案件应当在30日内作出终审裁定。

审限的存在要求审判人员对案件事实的认识必须在一个相对来说很短的期限内完成，并对案件作出明确的结论。这就对审判人员的认识能力提出了更高的要求，并在一定程度上增大了查明案件事实的难度。

一般而言，审限的存在与诉讼中的事实真伪不明并无直接的联系，但在有的案件中，它也会导致案件事实难以确定。例如，审限即将届满，案件事实因关键性证人下落不明而难以确定，虽然不排除该证人若干年后可能重新出现，但人民法院不能长久等待，让案件悬而未决不作裁判。

4. 审判人员对案件事实得出真假难辨的结论是一种正常的认识状态。

尽管法律出于裁决纠纷的需要，要求审判人员在适用法律前必须对案件事实作出非真即假的认定，但从认识的实际过程来看，的的确确还存在着第三种状态——真假难辨，难以断定。

例如，投资者在作出投资决定前，如果他所获得的信息表明收益将大大超过风险，就会毫不犹豫地作出投资的决定；如果信息表明风险大而收益小，就会作出不投资的决定；如果信息表明风险与收益大致均等，他就会处于难以决择的境地。当然，投资者完全可以通过推迟作出决定的办法来摆脱困境。

在这方面，审判人员与其他人并无质的区别。如果证据充分，足以表明争议中的案件事实存在或不存在，他就会作出案件事实真实或虚假的结论；如果证据不足，无法断定，他就会合乎逻辑地作出事实真伪不明的结论。

上述诸方面原因，集中到一点，就是由于这样或那样的制约因素，人民法院收集不到认定案件事实所必须的证据，从而无法确定争议事实的真伪。

二、事实真伪不明现象的实践依据

从我国的民事审判实践看，当事人在诉讼中提供不出充分的证据，人民法院也收集不到必要证据的原因大致有以下五个方面：

1. 法律未明确规定公民之间的某些重要的民事法律行为应当采用书面形

式。

将有关当事人的民事权利义务作明确记载，不但日后不易发生纠纷，而且即使发生纠纷，当法律行为采用书面形式，当事人在诉讼中也能够举出充分的证据，证明法律行为的存在及其内容。正是基于上述优点，我国经济合同法明确规定“经济合同，除即时清结者外，应当采用书面形式”，涉外经济合同法和技术合同法则规定涉外经济合同、技术合同一律采用书面形式订立。

应当肯定，我国法律关于法人之间以及公民与法人之间的合同形式的规定是相当明确、具体的。从已颁布的合同方面的法律、法规来看，侧重点在于调整法人之间的合同关系。如果说法人之间的合同关系基本上已纳入民法调整的范围，公民之间的合同关系则至今仍存在着许多法律上的空白。

关于法律行为的形式，民法通则第56条虽然作了原则规定，即“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。”但具体到公民之间的借贷、赠与等民事法律行为，由于民法典尚未制定出来，法律上迄今未作出明确的规定。最高人民法院在司法解释中虽然规定了有些合同（如保证合同、抵押合同）应当采用书面形式订立，但这些司法解释公布的范围和程度远不如法律。除法律专业人员外，一般的公民往往难以知晓。

由于法律并未明确要求应当采用书面形式，公民在订立借贷、赠与等合同时常常采用口头形式。口头形式固然简便易行，但往往会引起争执，造成当事人提供不出充分的证据，人民法院也无从调查取证。实践中一些发生于公民之间的债务案件，事实难以查清，其原因就在于此。

2．人们在实施民事法律行为时常常采用口头形式。

口头形式是法律认可的民事法律行为的形式之一。简便、快捷、易行的优点使它具有存在的合理性。但证据价值差，发生纠纷后事实往往难以查清，又使它带有很大的缺陷。在实践中，口头形式运用得极为广泛，口头形式的民事法律行为大量存在，一些依法应当以书面形式实施的民事法律行为也被口头形式所取代。出现上述现象的原因是多方面的：

第一，中国人口中仍有相当数量的文盲，就其绝对数而言仍相当庞大。对于文盲来说，书写是力所不及的事，所以他们倾向于采用口头形式实施民事法律行为。对于这些文盲兼法盲的人来说，即使法律规定了某种法律行为应当以书面形式进行，也难以奏效。

第二，法律对公民之间一些重要的民事法律行为的形式迄今仍未作出具体规定。自1979年以来，我国的民事立法工作取得了引人注目的成就，包括民

法通则、婚姻法、继承法、合同法在内的一大批民事法律、法规相继被制定出来，民事活动无法可依的状况已成为过去。尽管如此，我国的民事法律距离完备的要求尚有一定的差距，特别是在对公民之间民事活动的调整上，依然存在着一些法律上的盲点。

第三，部分民事法律行为产生于具有某种特定关系的当事人之间。即使法律要求这些法律行为必须采用书面形式，但这些规定对具有特定关系的当事人也多半难以发挥预期的作用。发生在亲朋好友之间的借贷关系就是极好的例证。

3．一些事实发生时几乎未留下证据或者所留证据甚少。

从理论上说，伴随着案件事实的发生，总会留下这样或那样的证据，但实践中确有一些几乎未留下任何证据的案件。例如有的侵权赔偿案件，发生纠纷时没有第三者在场，原告、被告各执己见，但因无证人，原、被告都无法证明所主张的事实，人民法院也收集不到证据来确定孰真孰假。又如，在海上货物运输中，火灾发生的原因多数是无法查清的，因此在诉讼中很难证明作为被告的承运人究竟有无过错。

4．争议事实历时太久

在民法通则实施之前，这是审判实践中造成事实无法查清的主要原因之一。

1986年4月，我国颁布了民法通则，第一次系统、全面地规定了诉讼时效制度。时效制度的确立，即起到了督促当事人及时行使权利的作用，又收到了防止年深日久、证据无从查找的民事案件发生的功效。不过，即使存在诉讼时效制度，也不足以保证发生在多年前的争议事实绝对不出现。首先，诉讼时效中有最长诉讼时效，即20年诉讼时效的规定，这种时效是从权利受到侵害之日起开始计算的，这就使得人民法院在诉讼中需要查明发生在十几年前的侵权事实。要求有关这一事实的证据都能保存完好显然是不现实的；其次，诉讼时效会因权利人主张权利等原因而中断，如果时效多次中断，也可能造成上述情况；再次，即使是当事人在两年或一年的诉讼时效期内提起的诉讼，仍然可能会涉及到发生在几十年前的争议事实。1991年安徽省合肥市中市区人民法院审理的一起房产纠纷案件就属这种情况。在案件中，原告万某、被告刘某及他们已过世的父母是邻居，抗日战争时期，被告一家逃难来到合肥，原告父亲将空余的六间房屋租给被告家居住。后来，这种租赁关系一直延续下来。1990年底，原告因要求收回房屋自住遭拒绝起诉到法院。法院受理后，被告在答辩时提出反诉，要求法院确认房屋产权属被告所有。被告提出两个事实作为依

据：一是房屋在日军侵入合肥时曾毁于大火，是被告父亲在废墟上将房屋重新修建起来的；二是重新修建起来的房屋又毁于1954年的洪水，现在的房屋是被告灾后重建的。原告承认房屋曾二度毁坏，但主张是原告家重建的。上述争议事实，一个迄今40多年，一个迄今30多年，证据早已散失。

5．证人不作证或作伪证。

尽管民事诉讼法明确规定“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证”，但证人不愿出庭作证仍然是审判实践中一个相当突出的问题。不愿出庭作证的原因相当复杂，最主要的是害怕日后会给自己招惹麻烦，会受到当事人打击报复。所以，有的证人发生纠纷时明明在场，完全了解案件事实，当法院要求其出庭作证时，却推说自己不在场或未看清。有的证人虽然提供了所了解的情况，但却要求对他的姓名保密。当然，证人的顾虑并非没理由。实践中确实存在着对侮辱、诽谤、诬陷、殴打证人的行为处置不力的现象。民事诉讼法虽然规定诉讼参与人或者其他人对证人实施上述行为的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任，但执法不力往往使得这些规定形同虚设。这在很大程度上加剧了证人的惧怕心理。

审判实践中另一个相当突出的问题是证人作伪证。证人提供虚假证词或虚假书面证言的情况在诉讼中时有发生。虚假证言的存在妨碍了人民法院查明案件事实的活动，如果缺乏行之有效的措施揭穿虚假证言，案件事实就会呈现出真伪难辨的状态。在多数情况下，只要措施得当，揭穿虚假证言并不是一件非常困难的事情。例如，通过质证时对证人进行巧妙的询问，就能将证词的虚假性暴露于法庭。遗憾的是，这方面的工作目前尚未得到应有的重视，审判实践中时常出现庭审时不传唤证人出庭，而由审判长或审判员宣读他们的书面证言或审判人员询问证人的调查笔录。这就使当事人及其诉讼代理人失去了询问证人的机会。即使证人出庭，有的诉讼代理人因缺乏经验或未掌握询问证人的技巧，也难以揭穿虚假证言。

三、处置事实真伪不明现象的演变

作为一种客观的诉讼现象，事实真伪不明状态存在的历史与诉讼本身一样古老和悠久。然而，在不同的历史发展阶段，在不同的国度，处置这一现象的方式并非一成不变。随着人类文明的进步，它经历了一个从愚昧到科学的演化过程。

在人类社会早期，与当时人们认识能力低下和普遍存在的宗教迷信和蒙昧状态相适应，各国在诉讼中广泛采用神明裁判的方式。那时，案件事实真假难

辨不会给裁判者带来丝毫困扰，因为万能的神明可以洞察一切，可以轻而易举地确定事实的真伪。在神明裁判中，火灼、水淹、对神宣誓等曾被用来作为认定事实的主要证据方法。水淹又称冷水审，《汉谟拉比法典》就记载了这种证据方法。该法典第2条规定："设若某人控他人行妖术，而又不能证实这事，则被控行妖术的人应走近河边，投入河中。如果他被河水制服，则揭发者可以取得他的房屋；反之，如果河水为这人剖白，使之安然无恙，则控他人行妖术的人应处死，而投河者取得揭发者的房屋。"

此外，司法决斗也被一些国家用作证据方法。在欧洲各国，这种证据方法被沿用至15世纪。当原、被告对案情的陈述发生矛盾，难以断定真伪时，法官可以命令双方当事人进行决斗，在决斗中获胜的一方被认为陈述真实，不敢决斗及在决斗中败北的一方则被认为作了虚假的陈述。在当时，决斗被看作一种合理的证据方法，因为人们普遍相信在决斗中获胜的一方主要不是由于身强力壮，而是因说真话获得了神明的帮助。

作为一种世界性的法律文化现象，神明裁判也存在于古代中国。史书中有"皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之。有罪则触，无罪则不触"的记载。直至本世纪，居住在边远地区的我国一些少数民族仍将神明作为一种解决民间纠纷的方式。中国社会科学院民族研究所夏之乾副研究员所著《神判》一书中对上述情况作过详细的描述。

显然，上述证据方法离今天所说的依证据判案相距甚远，因而，有的学者不无道理地将这一时期的诉讼称为"无证据裁判"。

经过漫长的发展过程，神明裁判这一原始的证明方法被废弃，各国的诉讼先后进入了"证据裁判主义"时期。从此，法律规定法官或陪审团必须严格地依据证据来认定案件事实，诉讼中的事实真伪不明现象，则必须按照举证责任的规则来处理。运用举证责任解决案件中疑难事实的基本模式是：法律预先将有关争议事实的举证责任分配于双方的当事人，规定一些案件事实的举证责任由原告负担，另一些案件事实的举证责任由被告负担。举证责任确定后，在诉讼终结时，如果应由原告负举证责任的事实处于真伪不明状态，法院就把败诉的后果判归原告负担，如果应由被告负举证责任的事实处于真伪不明的状态，就将败诉的后果判归被告负担。例如，在债务案件中，应由原告负举证责任的曾发生借贷关系的事实处于真伪不明状态，法院判决原告败诉。借贷关系发生的事实被证明后，应由被告负举证责任的借款已经偿还的事实处于真伪不明的状态，法院就判决被告败诉。

从理论上分析，运用举证责任规则处置事实真伪不明状态的深层次原因在

于：第一，即使面临着事实真假难辨的困难处境，法院依然需要对案件作出裁判，否则，危害社会经济和生活秩序的冲突和纠纷依然存在，强制性化解纠纷的司法功能无从实现；第二，所作出的裁判必须是非此即彼的，而不能采取折衷的办法，使双方分担责任。换言之，案件事实经过证明后可以有三种状态——真、假、真假难辨，但法院的裁判却只允许有两种结果：认定这一事实，判决结果有利于主张事实的当事人，要么认定或假定事实不存在，判决结果不利于主张事实的当事人；第三，这是实行证据裁判主义的必然结果。实行证据裁判主义后，法院在裁判中认定为真实的事实必须有充分的证据证明，事实的真伪未得到证明，法院自然不能认定其为真，以该事实作为诉讼请求根据或者反驳诉讼请求根据的当事人就会因此而受到不利的裁判。

有必要指出，就事实处于真伪不明的状态时根据举证责任对案件作出裁判这一点而言，不论是奉行形式真实的诉讼制度，还是以实质真实为原则的诉讼制度，都是一致的。西方学者认为，"如果事实的真伪无法确定的话，案件的结局就要由举证责任的规则来决定。"前苏联和东欧社会主义国家的一些学者也得出了相同的结论。特列乌什尼科夫认为："在证据不足的条件下，规定证明责任的法律规范便具有重要意义。这时也就面临着一个问题：应当由谁来证明什么事实。关于证明责任分担的规范，在法院难以查明事实真相的条件下就成为最尖锐的武器，它使作出的判决有了法律根据。"前东德的霍斯特·克利纳教授也指出："不过，有时候尽管法院认真仔细地收集了证据，当事人也诚实地进行了合作，但案情可能还搞不清楚，因为某一事实未能证实。即使在这种社会主义审判实践所罕见的情况下，案件也应当根据审判工作的一般原则加以解决。所以，在作出法律结论的时候，必须把应当适用的法律规范规定的案情落实下来。如果实质性的法律事实仍然得不到证明，则这些事实应以不存在论处。从此可以得出一条一般规则，想享受法律后果的人应当承受法律规定有举证责任的事实无法证实的风险。"从审判实践来看，无论是实行资本主义制度的西方各国，还是实行社会主义制度的前苏联和东欧国家，当案件事实真伪不明时，都是作出不利于对该事实负有举证责任的当事人的裁判。由此可见，当事实真伪不明时，根据举证责任的规则对案件作出裁判，在各国民事诉讼中有普遍性和规律性。

也许有人会提出质疑：如此岂不抹杀了在举证责任问题上两种不同诉讼制度的差别？笔者的回答是：如果说在这一问题上存在着差别，则差别绝不在于事实真伪不明时是否依举证责任下裁判，而在于诉讼中较多还是较少地依举证责任下裁判。

从理论上说，在奉行形式真实的西方各国，特别是英美的民事诉讼中，调查收集证据的活动完全由当事人或其诉讼代理人进行。法官在这一活动中完全处于消极状态，他只是对当事人提出的证据材料进行审查，判断它能否作为证据以及证明力大小，而不主动调查收集证据。因而，提供于法庭的证据材料可能会极不充分，诉讼中较多地出现事实真伪不明现象，法官不得不较多地运用举证责任的规则下裁判。在追求实质真实的社会主义各国民事诉讼中，法律不但不禁止法官介入调查取证活动，而且规定法官在一定情况下必须介入。由于法官积极参与调查收集证据的活动，诉讼中总是能够收集到充分的证据材料，事实真伪不明现象较少出现。因而，需要根据举证责任下裁判仅出现于个别案件。

然而，实际上的差别要比上述理论分析小得多。一方面，造成事实真伪不明的原因错综复杂，即使法官积极主动地介入调查收集证据的活动，事实真伪不明现象仍会时有发生。另一方面，在奉行形式真实的西方国家，法律制度一般都比较完备，法治传统比较悠久，一般国民都具有较强的法律意识。更重要的是，这些国家的律师制度相当发达，大部分民事诉讼都由律师代理。因此，当事人及其诉讼代理人具有相当强的收集和提供证据的能力，以至于无需法官的介入，证据材料也会充分地提供于法庭。

或许有人对此持不同观点，认为在依据举证责任下裁判时，裁判中认定的事实可能与实际发生的事实截然相反，确认的权利义务关系完全不符合当事人之间实际存在的权利义务关系。此观点不无道理。对每一具体的诉讼案件来说，用这种方式下裁判不一定能够恢复事实的本来面目。因为，提不出证据的人未必就是主张虚假事实的人，未被证明的事实也不等于该事实实际上并未发生。然而，正如有的学者指出的："从法律上推定提不出证据的举证责任承担者的主张不能成立则是合理的。因为，它毕竟把案件的裁决依据寄托于形式逻辑和人的判断，而不是寄托于'虚幻'的神明和野蛮的决斗；而且就概率而论，在绝大多数场合，提不出确实证据，就是当事人的主张在事实上不成立；只要对任何人都一视同仁，适用同一标准，不仅正确，也是公平的。"

四、我国处置事实真伪不明现象的实践

在我国的民事审判实践中，同样也存在着事实真伪不明的现象，当这种现象发生时，人民法院应当如何处置？这不仅是民事诉讼理论研究的重要课题，也是当前司法实践中需要进一步解决的问题。

笔者认为，在这种情况下，人民法院也应当遵循诉讼的自身规律，根据举

证责任的规则对案件进行处置。即谁对该事实负举证责任，就把不利的诉讼结果判归谁负担。这样是与我国民事诉讼法“以事实为根据，以法律为准绳”的诉讼原则以及证据必须确实充分的证明要求相一致的。在诉讼中，事实是处理案件的根据，而事实又必须通过证据来确定。人民法院在判决中认定的事实，必须是为确实充分的证据所证明的事实。事实真伪不明，就是当事人主张的案件事实存在与否还没有查清，尚未查清的事实是不能认定其存在的。我国民事诉讼法第153条第3款把原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清、证据不足作为撤销原判或改判的理由之一。第179条、185条把“原判决、裁定认定事实的主要证据不足的”规定为当事人按审判监督程序申请再审和人民检察院按审判监督程序提出抗诉的原因之一。这就意味着如果审判人员在判决中认定了尚处于真伪不明状态的事实，他所作的判决就会被上诉审法院或再审法院依法撤销。显然，当事实的存在与否还有着无法消除的疑义时，人民法院就无权认定这一事实，就只能假定该事实并不存在，并据此作出不利于对该事实负有举证责任的当事人的裁判。

从审判实践看，在事实真伪不明（实践中通常称作事实无法查清）时，根据举证责任的规则对案件作出判决的方法，已为我国大多数审判人员自觉或不自觉地采用。在诉讼中，通常首先应由原告负提供证据的责任，由他来证明诉讼请求所依据的事实。如果原告在起诉时提供了一些证据，人民法院受理了案件，但经过审理后由于证据不充分，无法确定原告主张的事实是否真实，法院就会以原告主张事实证据不足，难以认定为理由，驳回原告的诉讼请求。例如，在一侵权责任案件中，原告齐某与被告张某是同一公司的职工，两人关系密切、往来频繁。1991年9月30日，原告邀被告等二人去他家打牌，一直打到深夜两点。次日上午，齐某发现放在抽屉内的1000元现款不见了，因其间无其他外人来，打牌的三人中唯有张某最熟悉他家的情况，并且张某元旦将要举行婚礼，正等着钱用，便认为一定是张某把钱偷走了。因此立即找到张某，要他把钱交出来，张某当即否认，双方引起争执。后来，齐某向法院提起诉讼，要求张某还钱。诉讼中，齐某提出下列证据：(1) 9月30日上午，齐请假一小时去银行取款。此事他当时曾告诉过张某；(2) 9月30日中午齐和其女友王某一起去购录像机，因所要的型号缺货未买成，回家后将钱锁在抽屉里；(3) 张某知道齐某平时将抽屉钥匙放在何处；(4) 张某因筹办婚礼入不敷出；(5) 三年前张某因盗窃公司财物曾被公安机关拘留过。张某对原告所提供的证据并未表示异议，但坚持说自己并不知道原告将钱取回后放在抽屉内，也从未开过原告的抽屉；并称，即使原告的钱真的被盗，当时屋内还有其他两

人，原告的表弟也曾来过，怎么能证明一定是自己偷的。法院认为，原告对被告偷钱这一侵权事实负有举证责任，原告所提出的五项证据，只能证明被告存在着偷钱的可能性，不足以证明钱确实为被告窃走，法院也未查到其他证据，故钱究竟为何人所偷无法查清。因原告主张的事实未被证实，法院作出驳回原告诉讼请求的判决。

在原告诉讼请求所根据的事实已被证明，被告答辩所根据的事实仍处于真伪不明状态时，人民法院就会作出被告败诉的判决。例如，在某地人民法院审理的一民事案件中，原告李某诉称于恋爱期间曾买金项链一条，准备结婚时送给女友杨某，后来被杨某先拿去戴了，现在恋爱关系终止，故要求女方返还。原告起诉时向法院提供了购买金项链时的发票、其父母的证言等证据。被告辩称购买金项链时原告曾从她那拿了 200 元钱，并且在两人关系恶化后她已给了原告 800 元钱，言明金项链归她所有。原告否认被告所述。除两位同事的证言外，被告未能提供其他证据。法庭调查时，被告的两位证人称已给原告 800 一事，是被告在诉讼前对她们说的。因被告主张的事实未被证明，法院判决被告归还金项链。

但是，并非所有的审判人员都已经认识到了举证责任的作用。由于理论上缺乏正确的认识，在事实真伪不明时，审判实践中出现了这样一些作法：

1. 采取调解的方式处理。由于认为判决需要严格的事实根据，调解则具有较大的灵活性，所以一些审判人员把调解作为处置事实无法查清案件的灵丹妙药，有的地区还把它作为经验推广。

2. 采取拖延的方式处理。当事实无法查清，当事人又不愿接受调解时，有的审判人员感到束手无策，只好把案件搁置起来。现行民事诉讼法颁布实施前，有些案件一搁就是数年，成为长期得不到解决的悬案。

3. 采取各打五十大板的方式处理。这种处理方式，实际上是让双方当事人分担因事实无法查清而产生的不利法律后果。如四川某县人民法院审理的一损害赔偿案件，原、被告系同村社员，原告诉称被告将他打伤，并在扭打时把他的手表抢去，被告坚决否认抢手表一事。经审理查明：对于发生纠纷，双方当事人都有一定的责任，原告确实受了轻伤，但对于发生纠纷时原告是否带着手表，以及手表究竟是为被告抢去还是脱落后为在场的其他人拾走，均无法查明。于是，审判人员便对双方进行调解，要求被告赔偿原告的医药费和手表价款的一半。原、被告均不接受这一调解方案，最后，法庭按调解时的意见作了判决。

在笔者看来，以上三种处理方式都是不正确的。第一种处理方式是以事实

不清也可以进行调解为基础的，这显然与我国民事诉讼法第 85 条关于“人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解”的规定相抵触。并且，在事实未查清时，能否进行有效的调解，也是很值得怀疑的。因为在这种情况下，当事人通常不愿意接受调解。

第二种处理方式，实质上是变相中止诉讼。中止诉讼，是暂停诉讼程序的进行。在诉讼进行的过程中，只有发生了民事诉讼法规定的法定原因，才允许中止诉讼。根据民事诉讼法第 136 条的规定，中止诉讼的原因有六种。事实无法查清，显然不属于前五种明确规定的原因。那么，是否属于具有弹性条款性质的第六种原因“其他应当中止诉讼的情形”呢？这需要作具体分析。从立法的本意看，第六种原因是指那些目前存在，但经过一段相对来说比较长的时间会消除的妨碍诉讼进行的情形。因此，除非事实无法查清是属于上述情况造成的，如关键性证人一时离家出走，下落不明等，一般不宜采用中止诉讼的办法。在大多数情况下，因事实无法查清将案件长期搁置起来的作法，既不符合民事诉讼法的规定，又会加重当事人的讼累，因而是不可取的。

第三种处理方式的错误是显而易见的，因为判决缺乏任何事实根据。在上述例子中，法庭无法说明它是根据什么样的事实认定被告应赔偿手表价款的一半。一旦提出上诉，这样的判决必然会被上级人民法院撤销。这样的判决，貌似公平，实则荒谬。因为它违反了反映诉讼自身规律的法院应作出“非此即彼”裁判的要求。诚如西方学者彼得·斯坦和约翰·香德所说：“在许多情况下，妥协是可能的；而法律却不允许这样做，因为那将会使法律规定所具有的确切性毁于一旦。”

案件事实真伪不明，还有一种典型的表现形态，这就是证明某事实存在与证明其不存在的证据势均力敌、不分轩轾。在西方国家的诉讼理论中，一般都认为如果两种可能性相等，负担举证责任的当事人必定会败诉。摩根教授认为：“说服负担亦然。若陪审团未经说服认为该事实存在时，法官及陪审团必须假定其为不存在，纵使彼等均同意该事实之存在或不存在有同样可能性时亦然。”在我国民事诉讼理论中，这一问题很少被谈及。但从审判实践看，在事实的真与伪两种可能性同等程度存在时，也同样是作出对该事实负有举证责任的当事人的不利裁判。1984 年北京市崇文区人民法院审理的一房产继承案就是很好的例证。在该案件中，原、被告系兄弟姐妹，原告方声称其母生前留有遗嘱，要求根据遗嘱继承房产，被告则否认遗嘱是真实的。诉讼中，原告方向法院提交了由一原告人书写，其余共同原告人签名并盖有被继承人印章的遗嘱，以及当时在场的照顾被继承人的保姆出具的证明，该证明证实遗嘱是按照

被继承人的真实意愿所立。被告方则向法院提交了同是由该保姆出具的否认遗嘱是被继承人真实意思表示的证明材料。当法院找保姆了解情况时，保姆已去向不明、无从查找。据此，崇文区法院认为：被继承人立代书遗嘱时，唯一没有利害关系的见证人是在场的保姆，代书人以及其余在遗嘱上签名的人均为本案中一方当事人，而该保姆事后又出具了内容完全相反的两份证明材料，作为另一方当事人的两个继承人坚持否认遗嘱是真实的。因此，不能认定原告提出的遗嘱是被继承人的真实的意思表示，该遗嘱不具有法律效力。

从证据理论上说，在本证与反证不相上下时，作出不利于对该事实负举证责任的当事人的判决显然是合理的。因为势均力敌同样意味着该事实尚未被证明，这与本证的证明力弱于反证的证明力或者稍强于反证的证明力并无本质区别。

五、减少依举证责任下裁判的对策

举证责任规则的存在赋予了人民法院在事实真伪不明状态下作出裁判的权利，并使得这种裁判在法律上成为合法的和正确的。但另一方面，这种裁判毕竟是建立在事实并未查清基础之上的，这与民事诉讼的理想状态——人民法院在查明事实、分清是非的基础上，依法对案件作出裁判——相距甚远。

审判人员完全有理由不作这样的裁判，因为他们无法得知判决中认定的事实是否与案件的真实情况相符，无从确定当事人的合法民事权益是否得到了法律的保护，违法的民事行为是否得到了应有的制裁。

从上述理由中得出的合乎逻辑的结论是：在承认人民法院在一定条件下可以根据举证责任规则下裁判的同时，应当尽可能缩小适用举证责任规则处置案件的范围；而要实现这一目标，就必须采取各种措施来防止或减少诉讼终结前事实仍处于真伪不明状态的情况。

从近年的审判实践看，人民法院为此已采取了一些措施，主要有：

1. 把好受理关。

把好受理关，对那些起诉人提不出任何证据，人民法院显然也无从查找证据的案件裁定不予受理，无疑是避免将来不得不按举证责任规则下裁判的有效措施之一。采取这种措施的理由大致有两个方面：一是它在事实上有利于起诉人，使起诉人避免了一次必败无疑的诉讼，使他免受败诉的羞辱和避免了败诉带来的经济损失；二是它防止了人民法院陷于案件事实无法查清，又不得不作出裁判的困难境地。

不受理事实显然无法查清的案件，是我国审判实践中的一贯作法。《民事

诉讼法（试行)》颁布后，如果原告起诉时未能提供任何证据，并且显然无法收集到足以查明事实的证据时，人民法院就会以不符合起诉条件（即不符合试行法第81条第2款的规定）为理由通知不予受理或以裁定驳回起诉。例如，原告蒋冠芬于1982年4月向哈尔滨市太平区人民法院诉称被告周德贵之母耿氏（已故）曾向其借苏联红军券1000元，现要求被告偿还借款。被告否认借款一事，原告提不出任何证据，太平区人民法院根据试行法第81条第2款的规定，驳回原告起诉。原告不服，先后上诉、申诉到哈尔滨市中级人民法院、黑龙江省高级人民法院，均被驳回。

实践中的上述作法曾得到最高人民法院的认可。最高人民法院1984年9月发布的《关于贯彻执行〈经济合同法〉若干问题的意见》中曾指出："如果合同纠纷发生的时间较长，或者无人证物证，事实显然已无法查清的，可以不予受理。"

值得注意的是，即使在极为注重保护当事人的诉讼权利，特别是起诉权的民事诉讼法颁布后，最高人民法院在《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》中仍然肯定了这一做法。根据《意见》第4条的规定，对于既未能提供书面借据，又未能提供其他必要事实根据的起诉，人民法院可以裁定不予受理。

从减少人民法院依举证责任下裁判的案件的数量来说，这样做具有一定的合理性。但是，不受理起诉人未能提供任何证据的诉讼是否合法，是否会侵害当事人依法享有的起诉权，则不无疑问。即使承认人民法院有权拒绝受理起诉时未提供任何证据的案件，这种做法目前也只适用于债务案件，对于其他各类案件来说，仍然不能以此作为防止或减少诉讼中依举证责任下裁判的对策。

2．中止诉讼。

一般来说，事实真伪不明是不能通过中止诉讼的方式来处置的。但也不能一概而论。在某些特殊的情况下，采取中止诉讼方式处置不仅是必要的，而且也是合理的。因此，最高人民法院1991年7月2日发布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》中规定："债权人起诉时，债务人下落不明的，由债务人原住所地或其财产所在地法院管辖。法院应要求债权人提供证明借贷关系存在的证据，受理后公告传唤债务人应诉。公告期限届满，债务人仍不应诉，借贷关系明确的，经审理后可缺席判决；借贷关系无法查明的，裁定中止诉讼。在审理中债务人出走，下落不明，借贷关系明确的，可以缺席判决；事实难以查清的，裁定中止诉讼。"

笔者认为，最高人民法院作出上述规定的理由有两点：一是事实无法查清与债务人不参与诉讼有直接关系，如果债务人参加诉讼，债务关系有可能会查

清；二是债务人下落不明是一种暂时状态，经过一段时间，债务人可能会重新出现。

但是，中止诉讼只是一种临时性措施。中止诉讼后，债务人可能会重新出现并参加诉讼，事实又被查清，人民法院自然可以依据查清的事实作出判决。但相反的可能性同样存在。债务人下落不明状态可能会长期持续，甚至可能会被宣告失踪乃至宣告死亡。在后一种情况下，诉讼不可能也不应当无止境地中止下去，法院又不能因此而终结诉讼。所以，法院最终仍然不得不依据举证责任的规则对案件作出判决。

可见，在债务案件中，用中止诉讼的办法处置事实无法查明的案件，可以避免人民法院过早依据举证责任下判决，并且可以减少依据举证责任下判决的次数，但并不能完全取代举证责任。

3．延期审理。

在某种情况下，当事人未能提出充分的证据证明所主张的事实，是因为在收集证据时遇到了暂时性障碍。诸如证人出国，一时无法和他取得联系；不识字的证人因中风暂时丧失了语言能力，正在接受治疗等等。对此，人民法院如果急于按照举证责任的规则作出判决，显然有失公正。合乎情理的作法是延缓对案件的审理，留下一段合理的时间让当事人收集证据。延期审理不仅有利于保障当事人行使诉讼权利，也有利于人民法院查明案件事实，有助于防止或减少事实真伪不明状态的出现。

在审判实践中，有些法院早就采取了延期审理的作法，并收到了良好的效果。民事诉讼法颁布后，这一作法显得更为必要。因此，最高人民法院于1992年7月1日发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第76条明确规定："人民法院对当事人一时不能提交证据的，应根据具体情况，指定其在合理期限内提交。当事人在指定期限内提交确有困难的，应当在指定期限届满之前，向人民法院申请延期。"

4．比照一定情形处理。

这种处置办法的特点在于：在当事人争议的案件事实无法查清时，人民法院不是依照举证责任的规定作出不利于一方当事人的裁判，而是按照法院自己的价值判断，寻找一种公平合理的解决办法。例如，按照最高人民法院的规定，在借款案件中，借贷双方对有无约定利率发生争议，又不能证明的，可参照银行贷款利率计息。借贷双方对约定的利率发生争议，又不能证明的，人民法院可以根据本地区的实际情况，按照民间贷款的利率可以适当高于银行的利率，但最高不得超过银行同类贷款利率的4倍（包含利率本数）的标准处理。

这里，最高人民法院显然采取了一种折衷的处置办法。一方面，法院不支持原告主张的约定利率（利率通常比银行同类贷款利率高）；另一方面，又不支持被告未约定利率的主张，而是按照法院认为是公平合理的办法来解决。

需要说明的是，这种处置办法的适用范围极为有限。到目前为止，只适用于债务案件中利率约定不明的情形。

以上采取的种种措施无疑能够在一定程度上减少或延缓依据举证责任下判决，但单凭这些措施是远远不够的。既然争议事实真伪不明是人民法院不得不依据举证责任作出判决的原因，那么遏制事实真伪不明状态自然成为治本之策。为了尽可能减少出现事实真伪不明状态，笔者认为有必要采取下列措施：

1. 进一步完善关于民事法律行为形式的规定。

不少国家的法律规定一定数额以上的赠与、借贷等合同，必须采用书面形式订立，否则将导致合同无效，或者法院在诉讼中不接受证人证言的后果。例如，法国民法典第1923规定，“自愿寄存，应以书面证明。其价值超过50法郎者，不得以证词证明。”第1343条规定，“提出请求超过50法郎的诉讼者，以后虽减少其最初的要求数目时，亦不得以证人证明。”苏俄民法典第44条第2款规定“公民之间发生的金额在100卢布以上的法律行为”必须以书面形式实施。并在第46条规定“不遵守法律所要求的普通的书面形式，当事人在发生争议时则无权援引证人证言证实法律行为，而在法律直接规定的情况下，法律行为将告无效……。”此外，还规定了保证合同、抵押合同、公民之间超过一年期限的财产租赁合同、金额超过50卢布的借贷合同等，应当以书面形式签订。美国统一商法典第2201条则规定，“除本条另有规定外，标的额500美元以上的买卖合同需有足以表明买卖合同已在当事人这间达成的某种形式的文书，并由合同履行人或由他指定的代表或经纪人签字，否则，在诉讼上无效……。”上述规定既有利于防止纠纷发生，又有利于纠纷发生后查明事实。值得我国借鉴。我国继承法已规定遗嘱原则上必须采用书面形式。今后在制定民法典时，对公民之间数额较大的民事法律行为，特别是借贷、赠与、保管、抵押、保证等合同，也宜规定应当采用书面形式订立，并且在诉讼中原则上排斥证人证言。

2. 增设对违反作证义务的人适用强制措施的规定。

综观各国的民事诉讼法，在规定作证义务的同时，都对不履行义务的证人规定了相应的法律责任。在法国民事诉讼中，不出庭作证的证人，以及没有合法理由拒绝作证或者拒绝宣誓的证人，将被法院处以100至10000法郎的罚款。（第207条）在日本民事诉讼中，证人无正当理由不到场时，法院可以命

令其负担因此而发生的诉讼费用并处以5000元以下罚款，并可追究刑事责任，判处包括罚金、拘留在内的刑罚。必要时，法院还可命令拘提证人。（第277～278条）在前苏俄民事诉讼中，无正当事由不出庭的证人会受到罚金、拘传强制措施的制裁，拒绝或者规避提供证言的证人，会被追究刑事责任。（第62条）

我国民事诉讼法虽然规定了“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证”，但对违反这一义务应承担什么样的法律责任、应如何处理，至今未作任何规定，这就使得上述规定缺乏应有的拘束力。为了确保证人履行作证义务，我国民事诉讼法在对妨害民事诉讼的强制措施中也应作相应的规定。例如，规定人民法院对经两次传票传唤，无正当理由不到庭的证人可以拘传，对出庭后规避提供证言的证人可以科处罚款等。

3．增设当事人必须正当进行诉讼的规定。

针对当前诉讼中一些当事人故意作虚假陈述的情况，民事诉讼法有必要增设当事人必须正当进行诉讼和对不正当进行诉讼的当事人加以处罚的规定。正当进行诉讼是诚实信用原则在民事诉讼活动中的体现，它要求当事人在诉讼中应据实陈述，不得故意提出一些根本不存在的“事实”进行争执，也不得故意否认对方主张的确实存在的事实。不少国家的民事诉讼法对此已作了明确的规定。前苏联和东欧一些社会主义国家把正当进行诉讼规定为民事诉讼法的基本原则之一，并规定法院应对违背该原则的当事人处以罚款。日本民事诉讼法规定“当事人或其代理人，由于故意或重大过失，违反事实对文书的真实性进行争执时，法院得以处5000元以下罚款。”（第331条）这些规定，既可以防止不必要地拖延诉讼，又有利于法院查明案件事实，值得我国借鉴。

4．强化当事人的证据意识。

随着强调当事人提供证据责任的现行民事诉讼法的实施，当事人已负担起收集、提供证据的主要任务。因此，当事人证据意识的强弱会对诉讼中的证据情况产生更大的影响。强化当事人的证据意识，无论对当事人维护自身的合法权益，还是对人民法院查明案件事实都会起到积极的作用。

当事人证据意识薄弱在实践中主要表现为：一是用口头形式实施本来应当采用书面形式的民事法律行为；二是选择见证人时忽略了法律规定的条件；三是不重视书证、物证的保管；四是对行将灭失的证据不知道采取保全措施，或是不知道应通过何种方式保全；五是采用违法的手段收集证据。

笔者认为，强化当事人证据意识的措施固然有多种，但最有效的办法是有针对性地收集一些证据方面失误的典型案件，通过报刊、杂志等新闻媒介广为

报道，以使人们从失误引出的教训中认识到证据的重要性和依法收集证据的必要性。

5. 大胆采用新技术手段。

现代科学技术的迅猛发展，大大强化了人们认识事物的能力。现代科技手段运用于诉讼活动后，一些过去无法查明或难以查明的案件事实现在能够查清了。在民事诉讼中大胆运用现代科技手段，无疑能减少案件事实真伪不明现象的发生。

进入80年代后，人类白细胞抗原（HLA）已被我国法院运用于确认亲子关系的诉讼。尽管这项鉴定技术不能成为认定亲子关系的惟一证据，但它对查明亲子关系的作用是不可低估的。

6. 适当降低证明要求。

鉴于证明要求高低与事实真伪不明现象多寡存在的反比例关系，应当对民事诉讼中的证明必须达到客观真实的理论进行认真地反思，改变目前实行的民、刑案件的证明要求一视同仁的作法，适当降低民事诉讼中的证明要求，这样就能够减少审判实践中事实无法认定的情形。对此，在第十章中将作详细分析。

第三节　举证责任的实际发生与免除

一、举证责任的发生

1. 当事人提出了事实主张。

举证责任的实际发生，以当事人提出一定的事实主张为前提条件。当事人在诉讼中争执的主要是实体法上权利义务关系发生、变更或消灭的变动情况，但造成上述变动的根本原因在于法律事实。因此，原告在诉讼中主张享有某项权利，就必须相应地主张该权利赖以发生的事实，被告主张原告的权利已经变更或消灭，也必须主张导致该项权利变更或消灭的事实。

在以辩论主义为原则的国家的民事诉讼中，当事人在诉讼中提出事实主张至关重要。如果当事人未主张，法院即使通过其他途径了解了该事实，亦不得把它作为裁判的基础。所以，当事人在诉讼中向法庭陈述请求或反驳请求所依据的事实，也被视为责任，即主张责任。我国人民法院对事实的审查和认定虽不拘泥于当事人主张的事实，但如果认为当事人的事实主张无足轻重，那就大

错特错了。审判实践表明，人民法院对事实的审查通常是在当事人主张的框架内进行的，当事人如果不提出那些对自己有利的事实，法院一般不会主动去了解。从这一意义上说，我国民事诉讼中的当事人亦存在着主张责任。

尽管理论研究侧重于举证责任的分担，但从举证责任的实际发生来看，主张责任无疑是先于举证责任而存在的。

如同举证责任需要在当事人之间进行分担一样，主张责任也需要依据一定的标准分配于双方。主张责任与举证责任互为表里、密不可分，它实际上是依据分担举证责任的同一原则在当事人之间分配的。也就是说，凡是原告负举证责任的事实，原告在诉讼中应予主张；凡由被告负举证责任的事实，在诉讼中就由被告主张。

但是，由于原告在诉讼中通常是主张权利存在的一方当事人，他在提出事实主张时，几乎没有什么选择的余地，对产生该项权利的法律要件事实，他必须一一主张。如主张赠与关系成立的原告，不仅要主张赠与和接受赠与的意思表示，而且应主张赠与物的交付。被告则有相当大的选择余地，他可以根据实际情况，从诸多的可作为反驳讼诉请求理由的事实中进行选择。但无论如何，当事人必须主张某项事实后，才有可能对它负举证责任。

被告与原告在主张问题上的不同这处还在于，只有当原告主张的事实已被证明时，被告才必须主张新的事实予以反驳。在此之前，对原告主张的事实予以否认便可立于不败之地。这种差别来源于原告、被告在诉讼中的不同位置，原告处于“攻击者”的位置，被告处于“防御者”位置，只有当进攻已形成实际威胁时，才有必要予以反击。

2．该事实具有实体法或程序法意义。

人民法院在诉讼中需要查明的，是那些能够引起民事法律关系或民事诉讼法律关系产生、变更或消灭的事实，以及妨碍民事法律关系产生变更或消灭语言规范化的事实。对当事人来说，惟有主张这样的事实，才有可能成为证明对象，才有可能负担起举证责任。

诚然，在大多数情况下，当事人在诉讼中主张的都是能够引起实体法或程序法后果的事实，但也确有主张并无诉讼意义或者与本案无关的事实的情形存在。因此，提出这一条件仍然是有实际意义的。

3．双方当事人对该事实有争议。

民事诉讼制度是为了解决社会成员之间民事权益的争执而存在的。很难想像当事人会因为无争议的事件起诉到法院，也很难想像法院会受理不存在争议的案件（指适用普通程序审理的案件）。事实上，法院非但不受理无争议的

“案件”，也不受理那些存在假想的、可能发生的、非现实性争议的案件。

如果说，案件事实在诉讼开始之际对法院来说仍是“未知数”的话，对双方当事人来说则通常为“已知数”。双方当事人一般为有争执的民事法律关系的主体，他们对案件事实远比法院清楚，因而当一方主张不利于另一方的事实，另一方未提出争执时，法院一般就不必再要求主张事实的一方负举证责任。

基于上述理由，争议的存在是举证责任得以发生的又一必要条件。

4．该事实处于真伪不明状态。

一般来说，一方当事人主张的对自己有利的事实，在对方提出争执后，该事实便被置于真伪不明状态。但也并非完全如此，因为诉讼中存在着一些例外情形，如该事实属于预决的事实、属于众所周知的事实、属于推定的事实等。在存在例外情形时，由于争议事实的真伪已经明了或已经暂时明了，举证责任不会发生。

二、举证责任的免除

以上分析表明，当事人主张某一事实后并不必然会负担举证责任，必须具备一定的条件举证责任才会发生。在这些条件中，最根本的是事实处于真伪不明状态。当事人之所以会承担行为意义上的举证责任，是因为该事实在诉讼开始时真伪不明确；当事人之所以会承担结果意义上的举证责任，是因为该事实在作出裁判时仍然处于真伪不明状态。在诉讼中，有些事实的真实性是一目了然的，有些事实的真实性已由法院在其他诉讼中查明，有些事实被法律假定为真实，也有些事实因当事人之间无争议而被看作是真实。对这些真实性已明了的事实，法院在裁判中可以直接确认，它们不再成为实际诉讼中的证明对象，当然也就不发生举证责任问题。

对那些可以免去举证责任的事实，一些国家往往在法律中作出明确规定。我国民事诉讼法对此虽未规定，但在司法实践中同样是承认这些事实存在的。最高人民法院在适用民事诉讼法的《意见》中规定：“下列事实，当事人无需举证：(1) 一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明示承认的；(2) 众所周知的事实和自然规律及定理；(3) 根据法律规定或已知事实，能推出的另一件事实；(4) 已为人民法院发生法律效力的裁决所确定的事实；(5) 已为有效公证书所证明的事实。(第 75 条) 在上述事实中，当事人在诉讼中承认的事实和推定的事实具有多种形态，它们与举证责任的关系也相当复杂。本书将专门进行分析，此不赘述。

（一）众所周知的事实

众所周知的事实，是指一定区域内大多数人都知道的事实。众所周知的事实不必证明，是各国民事诉讼法的通例。日本民事诉讼法第 257 条规定："显著的事实，不需证明"。苏俄民事诉讼法第 55 条规定："法院认为众所周知的情况不需要证明"。在英美法系国家，众所周知的事实属司法认知的范围，法官可以径行认定，因而也无需当事人举证证明。

我国民事诉讼法虽然没有明确规定众所周知的事实不必证明，但在审判实践中，都是自觉或不自觉地将它们作为免证事实。

一般认为，成为众所周知的事实，必须具备两个条件：一是诉讼发生时为大多数人所知晓；二是审理案件的审判人员也知道。

事实为人们知晓的范围是不同的，有的事实全国大多数人都知道，有的事实全省、全地区或全市的多数人知道，有的事实只为某村、某单位所共知。那么，如何确定众所周知的事实的范围呢？笔者认为，范围不宜划得过宽，那些仅为某单位、某村共知的事实不宜作为众所周知的事实，因为审判人员通常并不知道该事实是否真实。

此外，事实是否为众所周知是因时因地而异的。随着时间的推移，一些原属共知的事实在人们的记忆中淡化了，不再为众所周知。同样，在此地为众所周知的事实在彼地可能只有少数人知道。例如，1991 年 7 月合肥市肥西县三河镇为大水所淹没，这在合肥乃至在安徽属众所周知的事实，但对于其他省份的人来说，此事实未必会为多数人知道。因此，如果诉讼发生在安徽，此事实自不必证明，如果诉讼由新疆的法院受理，主张此事实的当事人仍需负举证责任。

当众所周的事实成为诉讼中的重要事实时，是否必须经当事人主张后，法院才能把它作为裁判的基础？德、日两国的学术界对此有不同认识。日本的多数学者从辩论主义出发，主张凡属法律要件的主要事实，仍须经当事人主张；德国的一些学者从保证判决中认定的事实真实出发，主张法院可依职权径行认定。前者被称为"积极说"，后者被称为"消极说"。台湾民事诉讼法采用消极说，对此问题作出了颇有特色的规定，即"前项事实，虽非当事人提出者，亦得斟酌之。但裁判前应使当事人，就其事实有辩论之机会。"为保证人民法院在裁判中认定的事实与事实的真实情况相一致，我国无疑应允许人民法院直接认定众所周知的事实，但为了不致因误认而损害当事人的权益，可借鉴台湾的作法，在法庭辩论时提出这一事实，使因该事实被认定而处于不利地位的一方当事人有提出不同意见、提出相反证据的机会。

对于被法院认为是众所周知的事实，许多国家的学说和判例允许当事人提出相反主张，并允许当事人以反证证明。这样做有利于防止法院滥用权力认定事实和误认事实。我国民事诉讼似亦有赋予当事人此项权利的必要。

（二）预决的事实

所谓预决的事实，是指已为发生法律效力的判决所确定的事实。预决的事实之所以不必证明，一方面因为该事实在别的诉讼中已为人民法院查明，另一方面是为了防止法院在裁判中对同一事实作出互相矛盾的认定。

预决事实的存在有以下三种情况：

1．为生效民事判决所预决的事实。这里主要是指人民法院依普通程序作出的判决中认定的事实。依特别程序所作判决中认定的事实是否也具有预决效力，值得研究。这类判决中认定的事实是法院作出判决时的事实状态。判决作出后，事实状态可能发生变化，因此法律允许人民法院依据新的事实状态作出新判决，撤销原判决。所以，不能笼统地说依特别程序所作的判决中认定的事实也具有预决效力。例如，在涉及遗嘱人立遗嘱时有无完全民事行为能力的诉讼中，人民法院数年前作出的认定遗嘱人为限制民事行为能力人的判决，似不足以使这一事实成为预决事实，特别是在有证据表明遗嘱人的精神病已经康复的情况下。

2．为生效刑事判决所预决的事实。人民法院在刑事判决中认定的事实无疑应对民事诉讼产生预决效力，但这种预决效力只应局限在一定的范围内。对此，苏俄民事诉讼法典明确规定“已发生法律效力的某一刑事案件判决，对于审理受到刑事判决人的行为的民事法律后果的案件的法院来说，只是在是否有这种行为和此种行为是否为该人所实施的问题上具有约束力。”（第55条第3款）这一规定具有一定的合理性，因为刑事判决主要解决被告人是否实施了某种犯罪行为。

由于大多数犯罪行为同时还是民事侵权行为，所以刑事判决的预决效力通常表现在民事侵权诉讼中。当然，其他诉讼中亦会出现预决问题，如法院在刑事判决中认定被告以订立经济合同为名实行诈骗的事实，对确认该合同无效的诉讼具有预决效力；法院在刑事判决中认定被告实施严重伤害夫妻感情犯罪行为的事实，对受伤害一方以此为理由提起的离婚诉讼具有预决效力等

3．为生效行政判决所预决的事实。国家行政机关在具体行政行为中认定的事实对法院审理民事案件并无预决效力。但是，如果人民法院在行政诉讼中判决维持该行政行为，这一事实便具有了司法认定的性质，对往后的民事诉讼产生了预决效力。如维持人民政府所作的土地确权决定的行政判决，对今后发

生的有关该土地的侵权诉讼具有预决效力。

在实际诉讼中，如果审理案件的审判人员不知道具有预决效力的判决存在，主张存在这种判决的当事人应提出判决书或其副本予以证明。判决书或其副本提出后，人民法院就不必再对该事实进行调查，主张该事实存在的当事人便免去了举证责任。

（三）自然规律及定理

在诉讼中，当事人向法庭陈述的事实中有时会涉及到自然规律或科学定理，如潮汐的涨落、生物有机体的新陈代谢、能量守恒与转换定律、作用与反作用定律等。这些自然规律与定理，有的广为人知，成为众所周知的事实的一部分，因而不必举证证明。有的虽然不具有共知性，但已经过实践的反复检验，其客观性及真实性不致有误，所以同样不必证明。

但是，科学定理很多，审判人员未必尽知。此时，主张的一方当事人就应当进行解释，告诉审判人员可以从何处寻证。

（四）经公证证明的事实

各国的法律都赋予经公证证明的法律行为、法律事实和文书很强的证据效力。一些国家的法律规定，除非有足以推翻它们的相反的证据，法院在诉讼中应直接将它们作为认定事实的根据。我国民事诉讼法第 67 条对此也作了相同的规定。

承认经公证证明的法律行为、法律事实和文书在诉讼中有着不同于一般证据效力的明显的合理性。公证行为亦属国家的司法行为，公证机关对事实的确认，是依照法定程序，经过严密的审查后作出后，一般都具有真实性。因此，当事人提出公证文书证明所主张的事实后，人民法院就不必再对该文书进行审查，也不必再要求该当事人提供其他证据，只要对方当事人未提出足以推翻公证证明的相反证据，人民法院就可以直接将它作为认定事实的根据。

可见，经公证证明的事实在诉讼中之所以成为免证事实，是因为该事实的真实与否已被公证文书所证明。也正是从这一意义上说，主张该事实的当事人的举证责任被免除。

值得注意的是，在免除举证责任这一问题上，经公证证明的事实与预决的事实和法律上推定的事实是有区别的。预决事实的免除是绝对的免除，除非认定预决事实的判决被撤销（这种情况极少发生），当事人不会再负担起举证责任。经公证证明事实的免除具有相对性，因为法律允许提出反证，公证证明一旦被反证推翻，主张该事实的当事人就不得不重新负担起举证责任。对于主张

法律上推定事实的当事人来说，举证责任的免除是彻底的免除，由于举证责任因推定的作用已被转移于对方，所以该当事人在任何情况下都不会对此负举证责任。经公证证明事实的免除是在举证责任未发生转移情况下的免除，因而不具有彻底性。关于这一问题，可参见第八章。

第四节　民事（经济）申请再审案件的举证

在民事诉讼中，举证责任是指当事人就案件的某一待证事实所负有的向法院提供证据加以证明的责任。负有举证责任的当事人提供不出证据或不愿提供证据时，便可能要承担不利于自己的法律后果。正因为如此，举证责任的确定便成为人民法院进行民事诉讼活动时所必须认真解决的一个十分重要的问题，本文拟就民事（经济）案件当事人申请再审时有关举证的问题作一探析。

一、民事（经济）案件当事人申请再审举证的必要性

在民事诉讼中，申请再审是指民事诉讼当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误，或者调解违反自愿原则或调解协议内容违反法律的，在法定期限内向原审人民法院或上一级人民法院要求改判的行为。当事人就生效的民事判决、裁定或调解书向法院申请再审时应否负举证责任？

《民事诉讼法》第 182 条规定："当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审。"根据这一规定，当事人就生效的民事调解书向法院申请再审时负有举证责任，其必须提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律。如果当事人就生效的民事调解书不能提供证据来证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律，他便依法不应向法院申请再审，否则，这种无依据的申请再审实际上只是一种无理缠讼的行为，人民法院可责令其举证。若其仍不能举证，又坚持申请再审的，人民法院可通知驳回。

当事人就生效的民事判决、裁定向法院申请再审时又如何？《民事诉讼法》第 178 条规定："当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向原审人民法院或者上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。"根据这一规定，当事人只要认为生效的判决、裁定有错误的，便可申请再审。从条文的字面涵义来看，这一规定并未直接要求当事人就生效的判决、

裁定向法院申请再审时负有举证责任，以证明生效的判决、裁定有错误。这是否意味着当事人就生效的判决、裁定向法院申请再审时不负举证责任？笔者认为，当事人就生效判决、裁定向法院申请再审时应负举证责任，理由如下：

首先，就生效判决、裁定向法院申请再审的人应符合法律规定的条件。根据《民事诉讼法》第 178 条的规定，就生效判决、裁定向法院申请再审的人仅限于当事人。一般来讲，当事人主要包括一审中的原告、被告和第三人；二审中的上诉人、被上诉人、第三人。另外，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《意见》）第 203 条的规定，当事人为无行为能力或限制行为能力的自然人时，其法定代理人可以代理当事人提出再审申请。因此，就生效判决、裁定向法院申请再审时，申请人首先应就其身份提供证据，证明自己是本案的当事人或当事人的法定代理人。

其次，当事人就生效判决、裁定向法院申请再审应在法定期限内提出。《民事诉讼法》第 182 条规定："当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后二年内提出。"根据这一规定，当事人就生效判决、裁定向法院申请再审时应提供证据，证明自己向法院申请再审的时间是在判决、裁定发生法律效力后的二年内。如果判决、裁定发生法律效力后的二年之后，当事人才向法院申请再审的，法院应不予受理。当事人仍坚持申请再审的，法院则应驳回这种申请时间不合法的再审申请。

再次，当事人就生效判决、裁定向法院申请再审应具备法定理由。《民事诉讼法》第 178 条虽仅简单地规定当事人对已经发生法律效力的判决、裁定认为有错误的，就可以向法院申请再审。但这并不意味着当事人对生效的判决、裁定只要不服便可随心所欲地认为其有错误而向法院申请再审。《意见》第 206 条规定："人民法院接到当事人的再审申请后，应当进行审查。认为符合民事诉讼法第 179 条规定的，应当在立案后裁定中止原判决的执行，并及时通知双方当事人；认为不符合第 179 条规定的，用通知书驳回申请。"根据这一规定，当事人就生效判决、裁定向法院申请再审时，其再审申请首先应接受法院的审查。经法院审查认为符合《民事诉讼法》第 179 条规定的，才会立案再审。反之，则应驳回。因此，当事人就生效判决、裁定向法院申请再审时有责任提供证据证明自己的再审申请符合《民事诉讼法》第 179 条的规定，即证明再审申请符合下列情形之一：

（1）有效的证据，足以推翻原判决、裁定的；

（2）原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；

（3）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（4）人民法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；

（5）审判人员在审理案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

只有申请再审人能证明自己的申请符合上述所列的五种情形之任何一种，且经法院审查属实的，才可立案再审，否则，将应依法予以驳回。由此看来，当事人就生效判决、裁定向法院申请再审并非毫无限制，其再审申请的理由应符合《民事诉讼法》第179条的规定，且这种理由还应有据可证。

最后，当事人就生效判决、裁定向法院申请再审时应提供证据证明其申请符合《民事诉讼法》的有关规定，既可有效地防止当事人滥用申请再审这一诉讼权利，又可大大减轻法院的负担。当事人就生效判决、裁定向法院申请再审时若无责任提供一定的证据证明申请符合《民事诉讼法》的有关规定，只要其认为生效判决、裁定有错误便可向法院申请再审的话，则必然会导致败诉的当事人在判决、裁定发生法律效力后滥用申请再审这一诉讼权利，因为当事人就生效判决、裁定向法院申请再审无需交纳案件受理费，对其再审申请再免除有关的举证责任的话，当事人便可随意并反复向法院申请再审，尤其是那些仅仅主观上认为生效判决、裁定有错误，但又无实际根据，内心怀有不服心理的当事人，以及很清楚案件的处理结果，只是抱着“死马当成活马医”的侥幸心理的当事人。司法实践亦已证明：由于对当事人的再审申请缺乏必要的限制，当事人多次、重复申请再审的现象大量存在。面对这些再审申请，忙于应付日益增加的一、二审案件的法院的审判力量更显不足。要想从根本上改变当事人滥用申请再审这一诉讼权利的现象，最好莫过于强调并切实贯彻举证责任制度，当事人就生效判决、裁定向法院申请再审时，他必须就其再审申请的理由是否符合《民事诉讼法》的有关规定提供必要的证据加以证明。如果毫无证据加以证明，或所举证据经查不实，法院则应依法驳回这种无据缠讼的申请。

综上所述，当事人就生效的民事判决、裁定、调解书向法院申请再审时在申请人的资格、申请的时间、申请的理由方面负有举证责任。这种举证责任是出于人民法院对申请人的再审申请进行审查的需要。申请人的再审申请经法院审查属实并立案再审后，在再审的庭审中，申请人仍应就其申请理由依据《民事诉讼法》规定的“谁主张、谁举证”的原则负担举证责任。

申请人申请再审时应举证，再审庭审中申请人还应举证，二者的关系如何？笔者认为，申请人申请再审时的举证与其再审庭审中的举证虽发生在不同的阶段，但它们都是申请人维护自己民事权益的手段，二者是既联系又区别的有机统一整体。申请再审时的举证是再审庭审中的举证发生的前提，只有再审申请的理由经举证证实才有可能会发生再审庭审；再审庭审中的举证又离不开

申请再审时的举证，且须以其为基础，有的甚至在范围和内容上是相同的。但是，申请再审时的举证与再审庭审中的举证又有所区别。具体说来，在举证的直接目的和不举证或举证不实的后果方面，二者存在下列差异：在前者，举证的直接目的是希望导致再审程序的发生，在后者，举证的直接目的是希望法院通过再审对原判决进行改判，以达自己申请再审的最终目的；在前者，不举证或举证不实的后果是法院驳回再审申请，在后者，不举证或举证不实的后果是承担败诉的风险责任。申请人申请再审的举证与其再审庭审中的举证的上述区别，要求法院必须正确处理好二者的关系。一般来说，申请人在申请再审阶段提供的证据只要达到了法院立案再审的标准就可以了，而不必要求申请人提供的证据确保其胜诉。因此，申请人的举证能证明其申请理由符合《民事诉讼法》等有关规定，法院就应依法立案再审，而不应随意加重申请人的举证负担。

二、民事（经济）案件当事人申请再审申请理由的举证

民事（经济）纠纷案件的当事人申请再审时应有充分的理由，这种理由应符合《民事诉讼法》的有关规定，并有相应的证据加以证明。

（一）当事人就生效民事调解书申请再审时关于申请理由的举证。

根据《民事诉讼法》第 180 条的规定，当事人就生效的民事调解书向法院申请再审的理由有两个，申请人的举证应紧紧围绕这两个理由：

1. 调解违反自愿原则。调解违反自愿原则是指调解的进行违反当事人程序意义上的自愿，或者调解协议的达成违反当事人实体意义上的自愿。当事人程序意义上的自愿是指当事人主动向人民法院申请用调解方式解决他们的纠纷，或者同意人民法院为他们做调解工作解决纠纷。如果法院强行调解，或强迫双方“达成协议”，则与自愿原则相违背，当事人只要能提供证据加以证实，便可向法院申请再审。当事人实体意义上的自愿是指当事人双方经法院调解达成的协议，必须是互谅互让，自愿协商的结果。换句话说，就是当事人双方对案件的处理结果要自愿，协议的内容是当事人双方的真实意思表示。如果法院压当事人让步，无视当事人处分权，搞违法调解，迫使当事人达成协议，则违反了调解要自愿的原则。当事人如果提供证据加以证实，则可向法院申请再审。总之，当事人就调解违反自愿原则的申请理由举证时应紧紧围绕调解的进行及调解协议的达成是否违反自愿原则。

2. 调解协议的内容违反法律。调解协议的内容违反法律指双方当事人就调解后达成的协议的内容与有关的法律规定相抵触。最常见的有：调解协议的

内容直接违反法律的规定，严重损害一方当事人利益；调解协议的内容显失公平，对一方有重大不利；一方在重大误解的情况下，达成调解协议等。申请人只要能提供证据证明调解协议的内容有违反法律规定的情形存在，便可向法院申请再审。

（二）当事人就生效民事判决、裁定申请再审时关于申请理由的举证。

当事人就生效民事判决、裁定向法院申请再审时，其申请理由应符合《民事诉讼法》第179条第一款规定的五种情形，其关于申请理由的举证亦应紧紧围绕《民事诉讼法》第179条规定的五种情形：

1．有新的证据并足以推翻原判决、裁定。申请人的这一申请理由本身就包含了其所负担的举证的内容，即他必须提供新的足以推翻原判决、裁定的证据。在这里，申请人所提供的证据必须符合两个条件：一是新的证据，所谓新的是指在判决、裁定发生法律效力后发现的，没有在原判案件的审理过程中出现过的证据。二是新的证据足以推翻原判决、裁定。所谓足以推翻原判决、裁定是指新的证据证明力足以改变原判决、裁定对条件事实的认定，致使案件需要改判，如原判决、裁定认定案件事实所依据的主要证据在新的证据被发现后其证明力的丧失等。上述两个条件缺一不可。如果虽有新的证据，这种新的证据不足以推翻原判决、裁定，则依法不能引起对案件的立案再审。

2．原判决、裁定认定事实的主要证据不足。主要证据是指对案件事实肯定或否定的重要证据。主要证据不足是指认定案件事实所依据的重要证据的证明力尚不足以达到据此可足以肯定或否定案件的事实。在一个案件中，如果认定案件事实的主要证据不足，就说明据此所认定的案件事实不清或有错误，申请再审也就有比较充分的理由。对这一申请理由，申请人应如何举证？笔者认为：申请人的举证范围应包括以下两个方面：一是就原判决、裁定认定案件事实所依据的主要证据应客观、全面地提供给原审法院或上一级法院，以便原审法院或上一级法院审查原判决、裁定认定案件事实所依据的主要证据的证明力；二是将原审时已提交给法院但未被原判决、裁定所采信的证据重新提交给原审法院或上一级法院，以便原审法院或上一级法院通过对证据的全面审查来确定原判决、裁定认定案件事实的主要证据的证明力。

3．原判决、裁定适用法律确有错误。适用法律确有错误指适用实体法律有错误。而不包括适用程序方面法律，因为《民事诉讼法》第179条第一款关于申请理由的第四项已对适用程序法的错误有专门规定。所谓确有错误是指原判决、裁定适用了不该适用的法律，或者对法律条文的含义有错误的理解。如果原判决、裁定适用法律有错误，案件的处理结果也必然不会正确，申请人就

此申请再审的理由就比较充分。就此申请理由，申请人应如何举证？笔者认为，司法实践中，原判决、裁定适用法律确有错误，主要是指原判决、裁定适用了不该适用的法律，而造成这种结果的原因又大多是由于原判决、裁定对案件性质的认定失误所致，如错将合伙关系认定为借贷关系等。在这种情况下，申请人举证的重点应放在案件性质的认定上，即申请人应提供证据来说明原判决、裁定对案件性质所作的认定存在错误。申请人提供的证据当然应是原审中已出现过的证据，包括被原判决、裁定采信的和未被采信的。至于原判决、裁定因对法律条文的含义存在错误理解而导致适用法律的错误，如果申请人对原判决、裁定关于案件性质和事实的认定不存在异议，则只需将原判决、裁定认定案件性质和事实的证据提交给原审法院或上一级法院，同时说明原判决、裁定因对法律条文的含义作出错误理解并因此而处理案件的情况即可。至于原判决、裁定是否存在错误理解法律条文含义的问题，则应由负责审查再审申请的原审法院或上一级法院依法确认。

4．违反了法定程序并可能影响案件的正确判决、裁定。违反了法定程序是指在案件的审理中违反了《民事诉讼法》规定的程序，或者违反了诉讼程序中的某一项制度、某一诉讼活动的规定等。如应采取普通程序审理却采用了简易程序审理；违反了回避制度、合议制度、公开审判制度等；在庭审中该出示、质证的证据未经出示、质证便采信；该让诉讼代理人发言而没有让其发言，等等。可能影响案件的正确判决、裁定是指可能导致该案件的不正确裁判。申请人就本项理由申请再审时应如何举证？由于原判决、裁定的作出所经过了的程序的笔录，一般由法院管理归档，当事人难以甚至不可能取得这些笔录，并作为证据提交给法院。在这种情况下，接受再审申请的法院应依照《民事诉讼法》第 64 条第二款的规定，依照职权主动调取有关笔录，并进行审查。当事人只要提出违反法定程序的主张即可。当事人就原判决、裁定的作出违反法定程序提出主张后是否还需说明这种违反法定程序的行为可能影响案件的正确判决、裁定？笔者认为，原判决、裁定的作出违反法定程序，实际上就包括违反法定程序可能影响案件的正确判决、裁定，因为任何生效判决、裁定的作出都必须严格依照有关程序法进行。如果违反了程序法的规定，生效判决、裁定便存在不正确的可能性。对于申请人来讲，他便有理由相信判决、裁定存在错误的可能性，他亦可据此向法院申请再审。至于违反法定程序的行为是否可能影响案件的正确判决、裁定，这应是由法院来审查决定的问题。法院在审查决定申请人关于违反法定程序可能影响案件的正确判决、裁定的理由是否合法时，亦只能以违反法定程序可能影响案件的正确判决、裁定为标准，而不能以

违反法定程序的行为一定影响案件的正确判决、裁定为标准，因为法律规定的只是“可能影响案件的正确判决、裁定”，至于是否影响案件的正确判决、裁定，应在立案再审后才能知道。

5. 审判人员在审理案件中有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为。在理解本项理由时应注意以下两点：

(1) 审判人员应从广义上来理解，即应包括办理该案的审判员、书记员、庭长和院长；

(2) 审判人员贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判的行为是发生在审理该案件的期间，而不是发生在办理其他案件期间。尽管后一种行为也应当追究，但不应该作为申请再审该案件的理由。申请人待本项理由申请再审时，应在上述所列两点的范围内举证。

第五节　常见民事诉讼中举证责任的分担

一、财产所有权诉讼中举证责任的分担

(一) 返还原物诉讼中的举证责任

这类诉讼是指原告诉请被告返还其占有的动产或不动产的诉讼。在多数国家，这类诉讼的举证责任由不占有财产的一方当事人，即原告负担。不少国家的民法规定，对物的占有具有权利推定的效力。如德国民法第 1006 条规定：“为动产占有人的利益，推定占有人即为物的所有人。”法国民法第 2230 条规定：“占有人在任何时候均应推定以所有人名义为自己占有，但如证明其开始占有即为他人占有者，不在此限。”这样，占有物品的一方在诉讼中就处于有利地位，他可以援引民法中权利推定规定，不必证明自己是物品的合法所有人。相反，原告要获得胜诉，就必须证明自己对所争执的物品享有合法的权利。

我国民法通则及民法理论均未承认占有具有权利推定的效力，但从审判实践看，物品的占有者在举证责任问题上也是处于有利地位的。这是由于未占有物品的原告是提起诉讼的一方当事人，他首先必须证明作为诉讼请求根据的事实，即证明对所争执的物品享有合法权利的事实。如证明对该物品享有所有权，享有占有权等。如果原告主张的引起权利发生的法律事实得不到证明，而被告也未能证明对该物享有合法的权利，人民法院通常也会依据被告外观上占

有物品的事实，作出有利于被告的裁判。例如，在河北省廊坊地区中级人民法院审理的一起关于房屋地基纠纷的上诉案中，上诉人李某主张由廊坊镇卫生部门占有和使用的一块宅基地的使用权归其所有。在一审中，李某提出买房时的文契作为证据，但该文契的四至栏中有些疑点，经过多方调查，仍然无法消除这些疑点。一审法院认为此文契不足以证明地基使用权归李某所有，虽然被告也未能证明自己对该地享有使用权，但鉴于占有这一事实，一审法院作出了维持原状的判决。在二审中，上诉人未能提供新的证据，二审法院也未能收集到足以确定该地所属的其他证据，由于该地的历史归属不能认定，法院作出了驳回上诉、维持原判的判决。

（二）共有财产及其处分争执时的举证责任

1．对共有财产争执时的举证责任。

在我国司法实践中，当共有关系的存在已得到证明，共有人之间就某项财产究竟属共有还是个人所有发生争执，该财产的权属得不到确切证明时，一般是将它作为共有财产处理。这表明发生上述争执时举证责任在主张财产归个人所有的一方当事人。

最高人民法院对云南省高级人民法院关于白银纠纷案请示报告所作的批复，提供了这方面的极好例证。在该案中，被告唐学周于 1985 年 3 月翻建自有房屋时，在墙脚掘获刻有乾隆字样的白银 29 公斤 4 两。该房系唐氏家族的祖遗产，历经数代均由唐姓家族人居住，从未变更过产权。族人皆知房下埋有白银，解放前曾两次掘获。因年代久远，白银究竟系唐姓家庭中何人所埋不能证实。原告唐绍清等以此白银系高祖母遗产为由，起诉要求继承，被告唐学周辩称白银为其父临终前告知所埋，不同意原告继承。最高人民法院认为，根据以上事实，白银应定为唐姓家族人所埋，视为原、被告等人的共有财产。

对共有财产的争执，还可能表现为该财产究竟系共同共有还是按份共有。按照《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《意见》）第 88 条的规定，如不能证明为按份共有的共有财产，应当认定为共同共有。这就意味着，在上述争执中，举证责任在主张按份共有的一方当事人。

2．部分共有人擅自处分共同共有财产发生争执时的举证责任。

对共同共有的财产，应当经各共有人协商一致后才能处分，部分共有人擅自处分，属无权处分，一般应当认定为无效民事行为。但另一方面，如果第三人是善意、有偿取得该项财产，认定处分行为无效又会损害第三人的利益。因此最高人民法院在规定上述处分行为一般应认定无效的同时，规定应当维护善

意、有偿取得该财产的第三人的合法权益，作为例外，可以不认定为无效，对其他共有人的损失，由擅自处分财产的共有人赔偿。(《意见》第89条)

在因上述纠纷提起的诉讼中，法院通常会追加处分该项财产的共有人作为第三人参加诉讼，第三人如主张处分时已经过原告同意，则应对原告已同意的事实负举证责任。擅自处分的事实被认定后，被告（实体法上的第三人）如主张他是善意、有偿取得该项财产，举证责任便由被告负担。

二、合同诉讼中举证责任的分担

合同诉讼中的举证责任分担，是个相当复杂的问题。不仅因为合同种类繁多，而且因为调整合同关系的法律、法规也非常之多，有民法通则、合同法、国务院有关经济合同的条例、最高人民法院的司法解释。因此，只有按照合同的不同类别，运用分担举证责任的原理，具体分析相关的法律条文，才能正确地解决合同诉讼中的举证责任分担问题。

（一）因合同订立或有效与否发生争执时的举证责任

一般来说，在原告根据合同请求被告履行义务的诉讼中，如果被告否认双方曾订立合同，应由原告对产生合同权利义务关系的事实，即与被告订立合同的事实负举证责任。

由于合同的性质不同，法律对合同形式的要求不同，原告负举证责任的范围也会有所不同。对于诺成性合同，原告应对他与被告已就该合同最基本的条款协商一致的事实负举证责任。应当强调指出的是，合同最基本的条款与合同主要条款并非完全等同的概念，它比主要条款的范围更小，是指成立某种合同必不可少的条款。合同法中规定的主要条款是一个条款齐全的合同应具备的条款，而现实生活中相当一部分合同条款并不那么齐备，但双方只要就足以引起合同权利义务发生的最基本条款协商一致，仍不失为该合同已经成立。例如，在买卖合同中，标的物和价金是合同最基本的条款；在租赁合同中，租赁物与租金是合同最基本的条款。至于其他条款，如合同的履行期限、履行方式和地点、违约责任，虽然是合同的主要条款，但它们的欠缺，并不影响合同的成立。对于实践性合同，原告除证明双方已就最基本条款协商一致外，还应证明交付合同标的物的事实。对非要式合同，原告只需证明与被告就最基本条款协商一致的事实；对于要式合同，则应当证明协商一致（要约与承诺）是依照法律规定的形式进行的，有的还需要进一步证明已履行了法律要求的审批或登记手续。

以上只粗略分析订立合同时的举证责任问题，还未触及到订约过程中发生

争执的具体情形，因此须作进一步分析。

合同是双方的民事法律行为，双方当事人就合同最基本条款协商一致的过程在法律上表现为要约与承诺。当订约双方分处异地或异国，通过信件、电报、电传达成协议时，要约与承诺的阶段性表现得最为明显，双方也容易对要约、承诺是否已到达，是否被撤回等问题发生争议。因此，研究订约过程中的举证责任分担，就不能不具体分析要约与承诺中发生的种种争执。

1．要约是否附保留条件发生争执时的举证责任。

附有保留条件的要约，实非要约，而是要约邀请。一般而言，要约与要约邀请的界限是相当清楚的，不容易混淆和发生争执，但实践中有时会对要约是否附保留条件发生争执。例如，原告主张自己已对被告发出的要约作出承若，故合同已经成立；被告则主张要约中附有保留条件，如在要约中注明“以未出售为条件”等，因而自己的提议仅是要约邀请，故合同并未成立。

发生上述争执时，应由被告对附有保留条件的事实负举证责任。因为提议中包括订立该合同最基本条款的事实是构成要约的事实，该事实应由主张要约的原告负举证责任。存在保留条件的事实是妨碍要约成立的事实，应由否认要约的被告负举证责任。此外，相对要约来说，附保留条件是例外情形，这可以进一步说明应由被告负举证责任的理由。

2．要约、承诺是否撤回发生争执时的举证责任。

要约或承诺发出后，如果行为人改变了主意，有权将它们撤回，但撤回的通知必须先于要约或承诺到达对方。当撤回与否发生争执时，应由主张已将要约或承诺撤回的一方负举证责任，他不仅要证明发出撤回通知的事实，而且应证明该通知先于要约或承诺到达。他可以通过证明以比要约或承诺更为快捷的方式发出撤回通知来证明这一问题。

3．承诺是否在要约有效期限内到达发生争执时的举证责任。

承诺在要约的有效期限内到达要约人，是构成承诺的必要条件。对此发生争执时，主张合同已成立的原告应对他在要约有效期内发出承诺的事实负举证责任。该事实被证明后，被告主张未收到承诺或承诺迟到时，则应对所主张的事实负举证责任。因为承诺的信件、电报发出后，在绝大多数情况下都能够在合理期限内送达受件人，遗失、误送等意外情况极为罕见。相对于邮件在合理期限内送达来说，遗失、误送等属例外情形，故原告无须就不存在例外情形负举证责任。

要使因投递工作的失误而迟到的承诺失去效力，要约人必须在接到承诺后立即将情况通知受要约人。因此，当原告证明他已在要约有效期限内发出承诺

的邮件后，主张承诺迟到的被告，不仅应证明该邮件因邮局方面送达失误而逾期到达，而且应证明他已采用适当的方式将迟到的情况通知了受要约人。

如果被告承认与原告订立合同的事实，但主张该合同为无效合同，此时的争议便集中在合同有效的诸要件上。如原告主张订立合同时双方皆有相应的民事行为能力，被告则主张一方无行为能力。原告主张合同为双方真实意思表示，被告则主张原告订约时有欺诈、胁迫等行为。由于导致合同无效的诸事实属妨碍合同权利义务产生的事实，故按照举证责任分担的原则，主张合同有效的原告对此不负举证责任，应由主张存在这类事实的被告负举证责任。

民法通则第60条规定，“民事行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”这一规定似表明部分无效原则上会引起全部无效，除非无效部分不影响其余部分的效力。因此，在被告证明了部分无效的事实后，如果双方对其余部分是否有效有争执，应由原告对无效部分不影响其余部分效力的事实负举证责任。

（二）因代理关系发生争执时的举证责任

在我国的经济活动中，不少合同是通过代理人订立的。在合同诉讼中，代理关系的有无、被代理人授权情况如何、本人是否对无权代理行为予以追认，转委托是否事先经过被代理人同意等，直接关系到民事责任由谁承担，当事人也常常在这些问题上发生争执。例如，当原告要求作为被代理人的被告履行合同时，被告主张代理人订立合同时超越了代理权限或者合同是在代理权终止后订立的，此时便应由被告对超越代理权限或代理权已终止的事实负举证责任。如果无权代理或越权代理的事实已得到证明，双方对被代理人是否追认存在着争议，被告已追认的举证责任就应由原告负担。在合同是由合同签订人持单位出具的介绍信订立的情况下，原告要求该单位履行合同义务时，只须证明该介绍信存在的事实，无须进一步对介绍信是合法取得的事实负举证责任。如果被告主张合同签订人盗用了单位的介绍信，则应由被告对此负举证责任。

代理人在订立合同时，通常是以被代理人名义与第三人签订合同，但实际生活中也有以自己名义签订而实际上是为他人订立。发生违约行为后，第三人（原告）往往起诉订立合同的人（被告），要求其履行合同义务或赔偿损失，被告则主张是为被代理人订立的，故应由被代理人承担责任，并主张在订立合同时已将此事口头告知原告，原告则否认已告知。当被告是否为代理人处于真伪不明状态时，举证责任应由哪一方当事人负担？此时似应由被告负举证责任，这不仅因为代理关系的存在是妨碍权利发生的事实，而且该事实处于被告控制之下，被告易于举证。

在审判实践中，还存在着双方就是否存在发生争议代理关系发生争执的情况。即一方主张另一方为自己的代理人，故民事活动的后果应由自己承担，另一方则予以否认。在上述争执中，应由主张对方为自己代理人的一方就代理关系的存在负举证责任。例如，在柳州市柳南区人民法院受理的一民事案件中，原告林某诉称：1973 年因其姐的房屋需要拆迁，自己便委托被告黄某购买房屋，黄带她去看了蒙某的房屋，随后她便交给黄 400 元让其购买，但黄某却以自己次子余某之名同蒙某达成买房协议。不久余某便搬入该房居住，后来又退一间房子给蒙某，收回买房款 200 元。林某认为三被告侵犯了她买房屋的权利，要求法院保护。法院查明余某购买蒙某房屋及后来退还一间均属实，但因原告提不出确切证据，故不能认定代理关系存在。

我国民法通则还对代理关系规定了四种连带责任，对此发生争执时，一般应由主张对方应负连带责任的当事人就该种责任要件事实负举证责任。如当被代理人要求第三人和代理人对其受到的损害负连带责任时，应就双方恶意串通的事实负举证责任。

（三）合同内容的举证责任

在一些合同纠纷中，双方当事人对存在着合同关系并无争执，但对合同的性质、合同中的某些条款有争议。存在上述争执时，举证责任的分担需视具体情形确定。

1．因合同性质发生争执时的举证责任。

所谓合同性质发生争执，是指原告主张与被告间存在着某种合同关系，被告则主张存在着另一种合同关系。例如原告主张其父生前曾将两幅名画存放在被告处，委托其保管，被告则主张这两幅画是他从原告父亲处买的。原告主张将自行车借给被告使用，被告主张原告已将车赠送给自己。以上争执的实质在于被告一方面否认原告主张的合同关系，另一方面又主张存在着一种新的合同关系。在诉讼中，人民法院无疑应当要求双方当事人对各自主张的合同关系举证。如有一方能够证明自己的主张，举证责任应由哪一方负担的问题就无足轻重，但若双方都证明不了，分清举证责任的负担就至关重要了。

在上述争执中，应由原告就产生所主张的合同关系的事实负举证责任。因为被告的陈述属于前面所说的“附理由的否认”，而不是“附限制的承认”，被告的否认使得原告必须对作为其诉讼请求根据的事实负举证责任。换言之，由于原告必须首先对产生合同权利的事实负举证责任，在原告未能证明该事实的情况下，即使被告主张的合同关系也未得到证明，败诉的后果仍然应当由原告负担。

在双方主张的合同关系均无法获得证明时，如果混淆了举证责任的分担，就势必会产生错判。在审判实践中，确实存在着这样的错案。例如，某地人民法院曾处理过这样一起案件：1988年7月，原告王某以被告张某向其借款6000元逾期不还为由向法院起诉。原告诉称：1987年9月底曾借给被告人民币6000元整，这笔钱是在被告家中由原告亲自交给被告本人的，当时无其他人在场，双方亦未立文字契约，现要求被告归还。被告张某承认收到所述之款，但又辩称此款是王某拟与他人合伙经商，托其交给合伙人丁某的入伙款，不是借款，故不同意原告的请求。对上述情况，被告未能提供证据。经法院调查，丁某证明1987年9月底确实收到张某的人民币6000元，但称自己不熟悉王某，张某当时也未言明此款是王某入伙经商之款。王某与丁某之间无合伙协议，王某亦未参加合伙经商。此外，发生诉讼前丁某已因经商亏损资不抵债。

在审理此案的过程中，围绕着举证责任分担以及对案件的处理产生了两种不同意见：一种是举证责任应在原告方，原告既未提供借据，又未能提供其他证据，仅凭被告承认接过款还不足以认定存在借贷关系，所以应驳回原告的诉讼请求。另一种意见认为，由于被告承认收到原告所交之款，免除了原告就借贷关系存在这一事实的举证责任，而被告必须对代理关系的存在负举证责任，在被告举不出证据，法院又查不到确切证据时，只能由被告承担败诉后果。最后，该法院根据第二种意见作出了判决。

2．合同条款发生争执时的举证责任。

发生上述争执时，举证责任的分担应依据该条款是否属于原告主张的合同的基本内容来确定。凡属合同基本内容的，举证责任在原告一方；反之，举证责任在被告一方。如在租赁合同中，原告主张的租金数额高，被告主张的数额低；在买卖合同中，原告主张标的物为某物，被告主张为另一物；在公民之间基于朋友关系订立的委托合同中，原告主张有酬金，被告主张为无偿的，举证责任应由原告负担。但是，如果该条款不属于合同的基本内容，一般应当由被告负举证责任。如被告对向原告借款的事实不争执，但主张自己是代别人借款，被告承认与原告订立买卖合同的事实，但主张双方约定原告交付定金后合同才能生效，被告就应对其主张负举证责任。因为这些条款与原告主张的合同的基本内容，即产生合同权利的基本事实并不矛盾。

在法律中，有一些关于合同条款的解释性或补充性规定，如“按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”“合同对专利申请权没有约定的，完成发明创造的当事人享有专利申请权。”（民法通则第72条、第89条）“受委托创作的作

品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。”（著作权法第 17 条）这些规定或者对合同中的某一问题作出解释，但又允许当事人另作约定，或者在当事人未明确约定的情况下，对合同条款加以补充。它们的共同特点是都属于法律中的任意性规范，合同当事人可以通过另作约定来排除这些规范的适用。这些规范对举证责任分担的意义在于：凡是主张与规范中设定的权利状态相一致的一方当事人不必负举证责任，举证责任在主张另有约定的一方，他必须对另有约定的事实负举证责任。如举证责任由主张财产所有权转移的时间另有约定、主张著作权归委托人的一方承担。

（四）合同担保问题的举证责任

1．保证。

第一，双方就保证关系是否存在时的举证责任。当被告否认其为保证人时，应当由原告就被告曾向其担保债务人履行债务的事实负举证责任。根据最高人民法院关于贯彻执行民法通《意见》第 108 条的规定，对法人之间的或公民与法人之间的保证合同，原告必须以书证证明；而对公民之间的口头保证，除法律另有规定外，可提出两个以上无利害关系的证人来证明。

第二，保证内容发生争执时的举证责任。根据最高人民法院的司法解释，“保证范围不明确的，推定保证人对全部主债务承担保证责任。”（同上第 108 条第 2 款）因此，主张只同意就部分债务负保证责任的被告应对其主张负举证责任。保证人为二人以上时，负连带保证责任是常态，负按份保证责任是例外情形，故应由主张曾与债权人约定按份承担责任的保证人负举证责任。当债权人主张保证人同意对新增加债务担保而保证人否认的，举证责任应由债权人负担。

根据最高人民法院 1988 年 1 月 9 日对河南省高级人民法院请示报告的批复，借款合同双方当事人未经保证人同意达成延期还款协议的，应视为成立新的法律关系，解除了原来的担保合同，保证人不再负担保责任。在诉讼中，债权人与保证人就是否经保证人同意可能发生争执，此时举证责任应由谁负担呢？再次同意的事实属债权人与保证人订立新的保证合同的事实，即产生权利的事实，故应由债权人负举证责任。

1963 年，台湾上诉法院曾处理过这样一个案件：债权人诉请保证人清偿债务，保证人以债权人允许债务人延期清偿为由提出抗辩。债权人主张此事经过保证人同意，并以债权证书为证。该证书上确有保证人的签名，但清偿日期已被涂改。双方对签名是在涂改之前还是涂改管之后发生争执。受诉法院是这

样分担举证责任的：保证人应对债权人允许延期清偿的事实负举证责任，债权人则应对签名是在涂改日期（即允许延期清偿）之后负举证责任。理由是清偿日期更改后，保证人通常需另签名，未另签名为例外情形。此外，证书由债权人占有，债权人有条件不经保证人同意任意更改日期。因而由债权人就签名发生在更改后负举证责任才符合公平的要求。此判例对我们处理类似案件具有一定的借鉴作用。

2．定金。

在定金这种担保形式中，双方最可能发生争议的是预付款项究竟是预付款还是定金。对此，似应由主张定金的一方负举证责任。因为定金和预付款虽都具有预付性质，但定金具有担保作用，对双方当事人来说关系重大，应当在合同中写明。若究竟系定金还是预付款不明，只能作为预付款处理。

从性质上说，定金有违约定金、成约定金和解约定金。在我国审判实践中，定金一般是违约定金，成约、解约定金为例外。在合同诉讼中，如果一方证明了订立合同的基本事实，另一方主张双方约定将交付定金作为合同成立的附加条件，就应对这一约定负举证责任。由于违约金与定金的性质不同，所以两者允许并用。即一方当事人既可以要求对方支付违约金，又可要求按定金罚则处理定金，但前提条件是以该定金为违约定金。假如是解约定金，则无需再负违约责任。对定金属解约定金的事实，应由违约一方负举证责任。

3．抵押。

第一，抵押关系存在与否发生争执时的举证责任。发生上述争执时，举证责任应当由债权人负担。债权人一般应提供书面抵押合同或载有抵押条款的债权文书证明抵押关系存在，但也可以通过证明债权债务关系存在和债务人已将抵押物或权利证书（如房屋产权证书）交给自己的事实来证明抵押关系存在。在后一种情况下，证据效力要差得多。债务人只要提出反证，如表明所谓的抵押物是债权人以借用为名取走的，使该物是否为债务人自愿用作抵押处不明状态，承担不利后果的仍然应当是债权人。

第二，债权人对抵押物灭失有无过错发生争执时的举证责任。《意见》第114条规定："抵押物在抵押权人保管期间灭失，毁损的，抵押权人如有过错，应承担民事责任。"但未明确过错的举证责任应由抵押权人还是抵押人负担。从上述规定的字面看，过错是抵押权人承担民事责任的条件，似应由抵押人对抵押权人有过错的事实负举证责任。但由于抵押物处于抵押权人保管之下，惟有抵押权人对何种原因造成灭失、损坏最清楚，所以应当实行举证责任倒置，由抵押权人就自己无过错负举证责任。

4．留置。

在涉及留置的诉讼中，双方至多会对留置权的存在与否发生争执。债权人主张他是合法地将债务人的财产留置，债务人则主张债权人是非法扣留。合法留置的举证责任无疑应由债权人负担，债权人应证明留置的财产是债务人根据此项合同关系交给债权人占有的。

（五）因违约问题发生争执时的举证责任

在证明订立合同的事实后，原告是否需要进一步证明被告违约的事实，要根据不同情况来确定。如果原告主张被告未履行给付之义务，而被告主张已履行时，一般应当由被告对已履行的事实负举证责任。如应由被告就已交付买卖的标的物、承揽标的物、租赁标的物等负举证责任。如果原告主张被告未履行某种消极义务，如违反合同中承诺的不在某一特定地区参与竞争的义务、非专利技术转让合同的受让方违反合同约定的保密义务，则应由原告就实施上述行为的事实负举证责任。如果原告主张被告履行合同不适当，如交付的标的物质量不合格，超过了合同履行期限等，举证责任亦应由原告负担。

原告在诉讼中如果仅仅是要求被告支付违约金，原告只需要证明订立合同的事实、被告违约的事实（在某些情形下）以及法定或约定违约金存在的事实，不必证明他受到的实际损害。但是，如果合同中约定的违约金视为违反合同的损失赔偿，原告主张违约金数额过分低于或者被告主张过分高于违反合同造成的损失时，则要由原告对受到的实际损失负举证责任。原告如果要求被告赔偿因违约遭受的财产损失，就必须进一步证明所受到的损失。

在违约责任问题上，各国民法一般都把债务人有过错作为承担违约责任的条件，同时规定只要存在着债务人不履行或迟延履行债务的事实，就推定债务人有过失（法国民法典第 1147、1148 条，德国民法典第 282 条，苏俄民法典第 222 条）。因此，被告要免予承担违约责任，就必须就自己无过错的事实负举证责任。

我国法律同样也把过错作为承担违约责任的条件。例如，经济合同法第 32 条规定："由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行的，由有过错的一方承担违约责任。"但未明确规定究竟是应该由原告就被告有过错的事实负举证责任，还是应由被告就自己无过错的事实负举证责任。对此无疑应当由被告负举证责任。因为从理论上说，履行合同是当事人的法定义务，当事人违反了这一义务，就应当推定其有过错。从与证据的距离看，被告明显近于原告，原告对被告因何种原因未履行合同，通常并不清楚，将举证责任置于原告方，就会使原告陷于举证不能的困境。而被告对自己为何不履行

合同最了解、最清楚，并掌握或控制着这方面的证据，由他证明自己无过错的事实，比较容易也相对合理。

有关合同的法律中一般都规定了免责事由，有的合同当事人自己还另外约定了免责事由。如果被告以法定或约定的免责事由作为自己的答辩理由时，应对这些事实负举证责任。如果被告主张原告对合同未能履行亦有过错，有过错的举证责任应当由被告负担。

（六）因合同附条件与否发生争执时的举证责任

当原告要求被告履行合同时，被告有时会主张该合同附有停止条件或解除条件，而原告则予以否认。此时，究竟应当由原告就不附条件负举证责任还是应由被告就附条件负举证责任，笔者以为举证责任应当由被告负担。理由有三：第一，该事实是由被告作为反驳诉讼请求的根据提出的；第二，证明条件存在要比证明其不存在容易得多；第三，大多数合同都不附条件，在条件存否不明的场合，认定不附条件符合真实的可能性大。

但是，附有条件的事实一旦得到证明，举证责任的负担就要依据条件的性质来确定。在合同附停止条件时，由于条件的成就是原告请求权成立的先决条件，所以原告除证明订立合同的事实外，还应证明条件成就的事实。在合同附解除条件时，由于条件成就后当事人之间原来存在的权利义务关系就归于消灭，该事实属消灭权利的事实，故应由被告对此负举证责任。

附条件的合同一旦订立，任何一方当事人均不得以自己的行为促成或阻碍条件成就。恶意促成条件成就的，视为条件未成就；恶意阻碍条件成就的，应视为条件成就。在原告根据合同请求被告履行义务的诉讼中，如果合同附停止条件，则恶意阻碍条件成就的举证责任由原告负担，恶意促成条件成就的举证责任由被告负担；如果合同附解除条件，则恶意阻碍条件成就的举证责任由被告负担，恶意促成条件成就的举证责任由原告负担。

三、侵权诉讼中举证责任的分担

侵权诉讼是指原告要求被告承担侵权民事责任的诉讼。侵权民事责任的构成，必须具备法律规定的一定条件。侵权民事责任有一般侵权责任与特殊侵权责任之分，两者的构成要件不完全相同，举证责任分担的情况也有所不同。

（一）一般侵权诉讼中的举证责任分担

构成一般侵权民事责任，必须同时具备以下四个要件：(1) 损害事实客观存在；(2) 侵权行为与损害事实存在因果关系；(3) 行为具有违法性；(4) 行为人有过错。

在上述四个要件事实中，第一、二个应由原告负举证责任。第三个要件实践中原告一般不必单独证明，因为侵害他人权益的事实得到证明后，除非被告能够证明其行为是合法的，行为的违法性也就随之确定。第四个要件的举证责任由谁负担，是个较为复杂的问题。从世界各国的法律和诉讼实践看，关于过错的举证责任，经历了一律由原告证明被告有过错到在全部或部分案件中由被告对自己无过错负举证责任的演变过程。前苏联和东欧社会主义国家的民法采用过错推定的方法，将举证责任置于被告一方，要求被告就损害不是由于他的过错所致负举证责任。德、日等国的民法只对部分案件实行过错推定，多数案件仍要求原告就被告有过错的事实负举证责任。

我国民法通则第106条规定："公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。"但未明确过错的举证责任由谁负担。我国的民法理论一般认为，在侵权诉讼中，除无过错责任外，受害人不仅要证明损害的事实，而且要证明侵害人造成损害是有过错的。

然而，过错属于侵权行为人的心理状态，受害人很难直接证明。所以不少国家采用"事实本身说明过失"或过错推定的方法来缓解受害人举证的困难。诚如史尚宽先生所说："然原告如证明可推断有故意或过失之事实，则应认为已有初步之证明，被告如主张有可推断非故意或过失特别之情势，则被告有证明此情势之责。法院以被害人所证明之事实，认为一般足以推断有故意过失，或以加害人所举证之反对事实特可认为无故意过失时，不应仅以概然性之论断为标准，而应兼采损害公平分担之理想。盖仅以概然性之论断，不足以决定有无过失之时极多。是以基于公平分担之过失推定，正合于此制度之要求。例如知为他人之财产而毁损之，无权利而使为假扣押或假处分，或对于他人之生命财产处于负有责任之地位之人，而疏于危险之预防，均可推定为有过失。"在我国审判实践中，亦采用过错推定的办法来认定被告有无过错，但这只是事实上的推定，举证责任并未发生转移。

笔者认为，为了对受害人提供更有力、更周全的保护，将来有必要在民法典中明确规定由侵害人对自己无过错负举证责任。这样不仅大大减轻了受害人举证的困难，而且把有无过失不明的风险从原告方转移到被告，使原告所受的损失有更多的获得补偿的机会。另一方面，加重了加害人的责任，以此促使人们的行为更为谨慎，最终达到减少损害发生的目的。

在侵权诉讼中，被告作为答辩依据的事实通常有：其行为是合法行为，如职务授权行为、正当防卫行为、紧急避险行为；被害人对损害的发生或扩大有过错，如损害发生主要是由于被害人的故意或重大过失造成；损害是不可抗力

引起等。被告只要在诉讼中主张这些事实，就应当负举证责任。

（二）特殊侵权诉讼中的举证责任分担

我国民法通则规定的特殊侵权责任，大多数是无过错责任，亦有实行举证责任倒置的。因此，特殊侵权责任在举证责任分担问题上与一般侵权责任最大的区别有两点：一是由于实行无过错责任；原告负举证责任的事项减少，不必再就被告有过错负举证责任；二是由于实际举证责任倒置，被告的举证责任加重，即使是仍以过错为要件的侵权责任，被告亦要对自己无过错负举证责任。某些特殊侵权诉讼中因果关系举证责任的倒置，又进一步加重了被告的举证责任。

此外，在特殊侵权责任中，法律对免责的事由往往作出明确规定。

（三）值得研究的两类侵权诉讼

1. 无民事行为能力或限制民事行为能力人侵权诉讼中举证责任分担。

在这类特殊的侵权诉讼中，举证责任的分担除按一般原则解决外，还有些特殊问题值得研究。

第一，关于年龄和经济能力的举证责任。在诉讼中，双方有时会对侵害人致人损害时或诉讼时是否已满 18 岁、有无经济能力承担责任而发生争执。此时应当由主张侵害人已年满 18 周岁，有经济能力承担民事责任的监护人负举证责任。因为上述事实对受害人来说，是妨碍他向监护人行使损害赔偿请求权的事实，并且这些证据属监护人的控制范围，他最有条件证明。

第二，关于监护人过错的举证责任。依据民法通则的规定，监护人承担的民事责任虽然属无过错责任，但法律允许尽到监护责任的无过错的监护人适当减轻责任。在双方对是否尽到监护责任发生争执时，基于与上面相同的理由，应由监护人对自己无过错负举证责任。

有时，造成他人损害的被监护人是暂时脱离被监护人的控制，在幼儿园、学校生活、学习或是在精神病院接受治疗的人。针对这种情况，最高人民法院在《意见》第 160 条中规定："…单位有过错的，可以责令这些单位适当给予赔偿。"这表明单位与其他监护人不同，只承担过错责任，但由于未明确过错的举证责任由谁负担，问题也就发生了。法国民法典亦规定教师对学生在其监督期间造成的损害负赔偿责任，但在举证责任问题上明确规定："关于教师，被控因其过失、不慎或疏忽而致发生损害的事实者，应当按照一般法由原告在诉讼时加以证明。"（第 1384 条）对此问题我国应规定由单位对自己无过错负举证责任。这既是因为未成年人或精神病人是处在上述单位的监督管理之下，

单位对自己无过错的事实容易举证，也因为在过错处于真伪不明状态时，可以通过调节赔偿的数额来减轻单位的责任。最高人民法院规定的不是全部赔偿，而是适当赔偿，这就使调节赔偿数额成为可能。

2．侵害名誉权诉讼中的举证责任

民法通则实施以来，侵害名誉权的诉讼日渐增多。这类诉讼虽然仍属于一般侵权责任诉讼，但在举证责任上颇具特点。

在这类诉讼中，如果双方对侵权事实存在与否发生争议，原告只须证明被告以书面或口头形式，或者以行为方式侵害了原告的名誉，不必证明被告散布的有损其名誉的事实是不真实的。原告证明上述事实后，举证责任便转到了被告方，被告应对其刊载或散布的消息的真实性负举证责任。如不能证明其真实性，法院就会认定侵权事实存在，并认定被告有过错。如在徐良诉《上海文化艺术报》和赵伟昌一案中，原告诉称该报于 1987 年 12 月 18 日刊登赵伟昌写的《索价 3000 元带来的震荡》的文章中称“当一家新闻单位邀请一位以动人歌声博得群众尊敬爱戴的老山英模参加上海金秋文艺晚会时，这位英模人物开价 3000 元，少一分也不行。”文章内容严重失实，许多报刊转载、评论，广大读者信以为真，严重损害了原先的名誉。在诉讼中，原告以报纸发表、刊载的文章为证据，初步证明了侵权事实，被告否认侵权，就必须对原告确实曾索价 3000 元负举证责任。被告举证不足，法院认为被告客观上实施了侵害原告名誉权的行为，主观上亦有过错。

四、不当得利诉讼中举证责任的分担

我国民法理论认为，构成不当得利必须符合以下要件：（1）一方获得利益；（2）另一方受到损失；（3）获得利益与受到损失之间有直接因果关系，即一方受益与他方受损出于同一原因事实；（4）获得利益没有合法的根据。

从表面上看，原告既然是主张返还不当得利请求权的一方当事人，自然应对产生不当得利权利义务关系的上述四个要件事实负举证责任。被告否认不当得利，自然无需任何举证责任。但从诉讼实际看，问题并非那么简单。

1．被告是否获得利益发生争执时的举证责任。

这是不当得利诉讼中经常发生的争执。如银行工作人员主张因将 100 元人民币误认为 10 元而多付款给储户，储户则否认自己多得钱款等。因一方得利与他方受损是构成不当得利的最基本条件，也是诉讼中首先需要证明的事实，所以应当由原告对此负举证责任。

在多数情况下，证明被告获得利益并不是件特别困难的事。如原告可通过

证明在合同被撤销前或解除前向被告支付了预付货款；证明被告擅自印刷、发行原告的作品而取得利益来加以证明。但在一些情况下，证明这一事实是相当困难的，如前面所举的银行因误认票面多付给储户款的例子便是如此。因此，能否证明被告确实获得了利益，是原告在提起诉讼前不能不认真考虑的问题。

2．被告取得利益有无合法根据发生争执时的举证责任。

从实践看，在这一问题上发生争执的情形相当复杂，因此举证责任究竟由谁负担不能一概而论。争执的情形大致有以下几种：

其一，原告主张原先有某种合法的依据，但后来这种依据不复存在。如原先基于合同为某种给付行为，后来合同被撤销或解除。被告如对原告主张的撤销或解除合同所依据的事实进行争执，应由原告对该事实的存在负举证责任。

其二，原告主张被告取得利益无法律依据，被告则主张有某种合法的依据。如基于赠与、基于抵押权等，则应由被告对存在合法依据的事实负举证责任。因为在上述争执中，实际上是被告主张依据某种法律关系而取得该利益，原告否认法律关系的存在，当然应由被告证明产生该种权利义务关系的事实。

其三，原告主张因履行不存在的债务而引起不当得利。履行不存在的债务，大致有三种情形：一是履行根本不存在的债务，即一方误认为存在某种债务关系而为的给付行为，如继承人误认为被继承人生前欠某人债务而向其清偿等；二是履行已经消灭了的债务，如债务人不知道保证人已替他清偿债务又向债权人偿还欠款、合同解除后仍依该合同交付标的物等；三是履行义务超过应该给付的债务，如前面所说的银行工作人员向储户多付款等。

在以上三种情形中，第一种情形最为典型。德、日等国的民法将这种情形称为“非债清偿”，即因清偿不存在债务而引起的不当得利。

在非债清偿引起的诉讼中，究竟应当由原告对不存在债务关系的事实负举证责任，还是由被告对存在债务关系负举证责任，这在德、日两国的理论界是长期存在争议的问题。一部分学者从法律要件说出发，认为既然不存在债务关系而为清偿是不当得利返还请求权产生的法律要件，自然应由原告对不存在债务关系的事实负举证责任。日本的判例也支持这种观点。另一部分学者对此持强烈反对态度，认为这种固守法律要件分类说分担举证责任的作法不可取。反对由原告负举证责任的理由主要有两条：其一，这样分担举证责任将会使法院在举证责任问题上陷入首尾不一贯、自相矛盾的境地。假如原告不依据不当得利请求返还而是改变策略，先提起消极确认之诉，要求确认作为给付原因的法律事实不存在，那么在消极确认之诉中，被告若主张法律关系存在，就必须对产生该法律关系的事实负举证责任。原告获得胜诉后，再提起返还不当得利的

诉讼时，因前一判决的预决关系，原告不必再就不存在债务关系的事实负举证责任。其二，这样分担举证责任完全忽略了举证的难易，有悖于实质的公平。原告主张不存在债务关系，若原、被告之间确无债权债务关系，要原告证明从未发生过的这一事实，无疑是强人所难。而对于被告来说，既然他主张存在着某种债权债务关系，他通常总是掌握着能够证明产生债权债务关系的证据或证据线索，由他对产生债权债务关系的事实负举证责任，自然不会有多大的困难。

应当承认，后一种观点是有充足理由的。因此，在因履行根本不曾存在过的债务所发生的返还诉讼中，举证责任应当这样分担：原告应就已为给付的事实负举证责任，被告则应对债务关系的存在应负举证责任。

第二种情形分担举证责任不同于第一种，举证责任完全在原告一方。原告除了需要证明已为给付的事实外，还需证明该债务因先前的给付行为或其他原因而消灭的事实。

在第三种情形中，原告除了对已为给付的事实负举证责任外，还应证明已给付的数量超出了债务中应给付的数量。原告证明上述事实后，被告若主张超量部分亦有合法依据，存在合法依据的举证责任便由被告负担。

民法理论认为，如果行为人明知无给付义务而为给付，就不能构成不当得利。是否为明知无给付义务而为给付，亦会成为诉讼中的争议事实。对此应由哪一方当事人负举证责任？明知无给付义务而为给付，系阻碍不当得利请求权发生的事实，在诉讼中是由被告作为反驳诉讼请求的事实提出的，加之相对于误认为存在给付义务而言，明知无给付义务而为给付系例外情形，故举证责任应由被告负担。

除明知无给付义务而为给付外，排除不当得利请求权的事由还包括为履行道德上的义务而为给付、履行未到期的债务等。当双方对是否存在上述事实发生争议时，举证责任亦应由被告负担。

3．受益人是否为恶意发生争执时的举证责任。

在不当得利诉讼中，受益人取得利益时是善意还是恶意，对确定返还利益的范围关系甚大，所以诉讼中有时会发生争执。

德、日等国的民法均规定，对善意之得利人，仅在现存利益的限度内负返还的义务。但得利人如为恶意，则应返还全部利益，即使该利益已因意外原因不复存在或大为减少时亦不例外。我国民法通则对此虽未作明确规定，但民法理论对此是持肯定态度的。

一般认为，当受益人是否为恶意发生争执时，应由原告对被告存在恶意负

举证责任，即由原告举证证明被告取得利益时明知缺乏合法根据而仍然接受。

当被告为善意时，返还的利益以现存利益为限。此时可能发生的争执是原告主张被告取得的利益仍全部存在，被告则主张一部分利益已失去，现存利益少于取得时的利益。对此同样存在应由哪一方当事人负举证责任的问题。台湾的史尚宽先生认为："关于利益返还之举证责任，由利得人负担。盖利得人原应返还其所得利益之全部，法律为保护善意之利得人，特缩小其范围。故不当得利已经证明，如无反证，则利益应认为现存者。"

笔者亦认为应由被告就现存利益已经减少的事实负举证责任。其理由除上述史尚宽先生指出的外，还在于现存利益是否已减少，何种原因致使利益减少，属被告控制范围之内的事实，由被告负举证责任，才符合公平正义的要求。

五、期货经纪纠纷诉讼中举证责任的分担

前两年席卷全国的"期货热"，由于法制不健全、管理混乱等原因，留下很多后遗症，导致期货纠纷多、诉讼频繁。经过各方面的艰苦努力，近年我国期货法制不断完善，大量遗留问题逐步得到解决，期货经纪业渐渐走上正轨，开始成为我国市场经济体系中充满活力的新兴行业。但目前尚有不少问题，尤其是期货经纪纠纷中的举证责任问题较为典型，故有必要进行一些探讨。

我国民事诉讼法规定，举证责任分担的一般原则是"谁主张，谁举证"，但也有举证责任倒置的例外情形。按最高人民法院的解释，因产品制造方法发明专利引起的专利侵权、因环境污染引起的损害赔偿等六种诉讼，"对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证"，即实行举证责任倒置的原则。对期货经纪纠纷诉讼案的举证责任，我国现行民事诉讼法并未作出专门规定。1995 年 10 月 27 日最高人民法院印发《关于审理期货纠纷案件座谈会纪要》之前，南京市某法院在哄动一时的南京金中富期货案的判决中，针对原告对被告进行场外私下对冲的指控，就曾采用举证责任倒置的原则，责令被告提供入市交易的证据，被告终因不能举证而败诉。

最高人民法院的"纪要"对此问题提出了全国统一的原则性指导意见。该"纪要"第 9 条规定："……如果客户主张经纪公司未入市交易，经纪公司否认的，应由经纪公司负举证责任。如果经纪公司提供不出相应的证据，就应当推定没有入市交易。"既然未入市交易，客户交存经纪公司的保证金，就没有亏损在期货市场内，经纪公司应如数返还。入市交易的相应证据究竟是什么？"纪要"第 9 条并不十分明确，司法实践中主要有两种相互对立的意见。一种

认为必须是期货交易所的相关交易记录；另一种认为应当“内外有别”，即国内期货经纪纠纷应拿出期货交易所的相关交易记录，而对境外期货经纪纠纷，只要国内期货经纪公司能够举出境外注册的期货交易所会员经纪公司的结算账单即可。其理由是国内期货经纪公司一般不是境外相关期货交易所的会员，因而不可能拿到相关交易所的交易记录，而充当二级代理的境外注册的期货交易所会员经纪公司大多信誉良好，一般不大可能从事违规活动。第二种观点为何不能成立，主要有以下几个方面的理由。

（一）不符合最高人民法院“纪要”的精神。“纪要”第9条针对的就是境外期货经纪纠纷案，它虽然未能点明何谓入市交易的相应证据，但是显然要求证明已经“入市交易”。另外，结合“纪要”第7条中关于“未经批准而从事期货经纪业务的，如果有证据证明期货经纪公司已经按照客户的指令，进入期货交易市场进行交易，客户的损失属于正常风险损失，经纪公司对此不应承担民事赔偿责任”的规定，就不难得出这样的结论：期货经纪公司应当提供“按照客户的指令，进入期货交易市场进行交易”的相关交易所的“相应的证据”，仅凭境外二级代理公司的账单，是不能证明已经入市交易的。

（二）曲解了期货经纪公司的法律地位。境外二级代理公司并不是期货交易所，其出具的账单就像国内期货经纪公司发给客户的账单一样，本身是否真实也有待于证明，怎么能直接作为入市交易的有效凭证呢？稍有会计常识的人都知道，记账须有合法有效的凭证。对期货经纪公司而言，出市代表的场内交易记录和回传交易结果的传真或者电话录音、交易所结算中心的清算交割凭证等，均能证明其执行客户交易指令的结果，而发给客户的结算账单，就是据此制作而成的。可见，账单只是期货交易流程中的“果”，能证明入市交易的有效凭证才是“因”，经纪公司无权扮演交易所的角色，越俎代庖。再说，如果假定客户不经国内期货经纪公司转手，直接委托境外期货经纪公司，并由其向客户发送账单，该账单是否能作为入市交易“相应的证据”？如果再假定国内期货经纪公司不是代客交易，而是通过境外期货经纪公司为自己进行期货交易，境外期货经纪公司只要拿出与国内期货经纪公司之间的结算账单，是否就可证明其已经入市交易？结论当然是否定的。

（三）有违期货交易的基本规则。有标准化合约和完善而固定的市场，是期货交易的一大特征。国外任何一家规范的期货交易所，对买卖双方所达成的所有合约均有完整的交易记录。经纪公司接受客户的交易指令，传给出市代表执行后，将成交结果传回给经纪公司，交易所也通过结算中心和经纪公司进行清算交割、核实确认，经纪公司再据此与客户结算，从而形成期货交易流程的

一个循环，而且经纪公司在接受、传递、执行指令的每一环节均必须依法作真实记录，经纪公司和交易所结算中心进行清算交割，还有交割凭证。经笔者在新加坡国际金融期货交易所的调查考察，得知这些既是常识，又是惯例。该交易所的期货交易量，在世界各大期货交易中连续多年稳居前五位。假如真的像第二种意见所理解的那样，期货交易岂不是到了有交易所会员资格的经纪公司那儿就中断了，没有完整的交易流程？经纪公司在哪里执行客户指令，完成代客交易的业务？难道不要入市交易，进行场外私下对冲即可？

（四）所谓对境外二级代理公司如何入市交易，举证困难，与事实不相符合。按日本、美国等期货市场非常规范、发达的国家的期货法规，交易所、经纪公司必须对交易资料和记录保存 10 年以上，有疑问的客户可以通过一定的渠道随时查询、复制，而且仅需支付工本费，若经纪公司真的入市交易，举证是不难的。依各国惯例，非相关交易所的会员公司无权从事该交易所的期货经纪业务，而只能进行“介绍经纪”即中介活动，将客户介绍给会员经纪公司，并由客户与该经纪公司建立期货经纪合同关系。即使传送客户的交易指令，也只能以客户的名义，以保证客户与会员经纪公司之间的一一对应关系。当然，我国无此强制性规定，没有境外相关期货交易所会员资格的国内期货经纪公司，又通常以自己的名义将客户的交易指令传递给境外二级代理公司，有违国际惯例。但此时就“不可能拿到相关交易所的交易记录”吗？非也。对每一项客户的交易指令，经纪公司必须加以编号，即使传递的环节再多，从经纪公司接到指令传给其出市代表，出市代表在场内完成交易后传回经纪公司，经纪公司据以制作账单到与客户结算，均应保持特定户的特定指令在整个交易流程中的对应关系，而且必须实现单证与账户完全相符，国内期货经纪公司的代客交易如果确实合法、真实，要想举证，何难之有？

（五）作为二级代理公司的境外会员经纪公司信誉好坏，并不影响甚至免除国内期货经纪公司的举证责任。由境外二级代理公司自己来证明自己的账单的真实性和有效性，甚至还要证明已经代客入市交易，它的账单就是入市交易的真实记录，难免会让人联想到“此地无银三百两”的古老故事。另外，这种似是而非的主张有违诉讼的基本常识，将对事实的陈述与事实本身的证明两者混为一谈。还有，南京金中富公司曾号称华东第一家，近年名气很大、信誉很好的某些世界著名的大公司，如美国美林公司、英国巴林银行、日本野村证券、住友银行也因证券、期货违法行为而丑闻迭出，频频曝光，颇能说明问题，无庸笔者赘言。

六、离婚诉讼中举证责任的分担

离婚诉讼，属变更之诉。在离婚诉讼中，原告人提出的变更请求通常会涉及到三种民事法律关系——夫妻关系、子女抚养关系、财产共有关系。

（一）因感情破裂与否发生争执时的举证责任

我国婚姻法将感情确已破裂作为人民法院判决离婚的法定条件，因此从总体上说，原告应当对感情确已破裂的事实负举证责任。这样确定的实际意义在于：当原告坚持要求离婚而被告坚决不同意离婚，证明感情破裂与证明感情未破裂的证据又都不充分时，人民法院应当作出不准离婚的判决。

感情破裂是法律对离婚理由的高度抽象。在现实生活中，感情破裂总是由某种或某些具体的原因引起的。如婚姻基础差，双方出于某种目的草率结婚，婚后又未能建立起夫妻感情；对方道德败坏，与第三者非法同居或通奸；对方有严重的生理缺陷，不能过夫妻生活等。感情破裂过于抽象，无法直接证明，因此原告实际上是通过证明各种导致感情破裂的具体事实来证明这一问题的。最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》中列举了可视为感情确已破裂的13种具体情况。这些情形基本包括了审判实践中原告作为离婚理由的各种事实。另一方面，该《意见》实际上也是告诉原告，欲获得胜诉应当主张和证明哪些事实，从而使对感情破裂的证明转化为对原告主张的《意见》中的具体事实的证明。

如果被告只是单纯否认原告主张的事实，则被告不负任何举证责任。但在实际诉讼中，被告很少只作单纯的否认，通常要提出一些新的事实来反驳原告的主张。如针对原告提出的因感情不合分居已满3年的主张；提出自己与原告实际上是时分时合；针对原告提出的受被告虐待的主张，提出自己并非虐待，而是一时脾气暴躁，动手打了原告。被告主张上述事实，实际上是用间接事实来反驳原告提出的作为离婚法定依据的事实。故尽管被告应举证证明所主张的事实，但作为离婚法定依据的事实的举证责任仍然由原告负担。

但是，绝不能认为被告在离婚诉讼中完全不负担举证责任。以下两种情况的举证责任显然应当由被告负担：(1) 因事实的性质，原告无法证明或难以证明，而被告却易于证明。如原告以被告婚前隐瞒了患有精神病，婚后久治不愈为由起诉离婚，被告则主张婚前已如实告知并主张经治疗后已大为好转，对此，应当由被告对所主张的事实负举证责任；(2) 被告妨害原告举证，致使原告无法证明所主张的事实。如原告主张被告患有精神病或因有生理缺陷而不能发生性行为，被告予以否认，但又拒绝接受医生检查。此时，举证责任亦应当

转由被告负担。

（二）因子女抚养发生争执时的举证责任

在离婚诉讼中，通常还会涉及到子女抚养问题。根据我国婚姻法第 29 条第 3 款的规定，哺乳期内的子女，原则上应由母亲抚养。这意味着，如果母亲在诉讼中提出要求抚养哺乳期内的子女，就不必负任何举证责任。只有当母亲主张子女应由父亲抚养或者父亲主张子女应当由自己抚养时，当事人才有必要对不宜由母亲抚养的事实负举证责任。

关于哺乳期后的子女归谁抚养，依据我国婚姻法，是根据子女的利益和双方当事人的具体情况确定的。因此，发生争执时，要求抚养子女的一方当事人应对其主张的子女归自己抚养更有利于子女的事实负举证责任。

此外，对抚养独生子女发生争议的当事人中一方确有特殊理由的，如已作绝育手术、再婚有困难等，我国司法实践在有利于保护子女利益的前提下，会尽量满足有特殊理由一方的请求。但对是否有特殊理由存在争议的，主张有特殊理由的一方必须举证证明。

离婚后，如果子女由于生活和受教育的需要，或者父母一方的经济情况有较大的变化，一方有权向另一方提出改变原定抚养费数额的请求，但必须对存在上述情况负举证责任。

（三）因财产分割发生争执时的举证责任

离婚时分割的财产只能是夫妻共同财产。多数情况下，婚前归一方个人所有的财产与婚后的共同财产是混在一起的，因而在分割财产前，首先需要划清这两种财产的界限。根据最高人民法院所作的司法解释，婚前财产与婚后财产无法查清的，可视为夫妻共同财产。因此，当事人如果主张某项财产属婚前个人所有的财产，他对这一事实就负有举证责任。我国婚姻法除了规定法定财产制外，还允许当事人采取约定财产制。如果当事人主张关于财产归属问题在结婚时或结婚后另有约定，他就必须证明另有约定的事实。根据婚姻法第 33 条的规定，离婚时，一方生活确有困难的，另一方应给予适当的经济补偿。对生活确有困难的事实，主张的一方应负举证责任。

关于离婚时的债务清偿问题，婚姻法第 32 条规定："原为夫妻共同生活所负的债务，以共同财产偿还，男女一方单独所负债务，由本人偿还。"在双方当事人就共同债务还是单独债务发生争执时，究竟应由哪一方当事人负举证责任，无论婚姻法本身还是最高人民法院的司法解释均未作出说明。笔者认为应当由主张单独债务的当事人负举证责任。这一方面是因为对发生在夫妻关系存

续期间的债务，究竟系共同债务还是单独债务，惟有债务人最清楚，最易于举证；另一方面是因为在共同债务与单独债务无法确定时，应本着处理共有财产还是婚前个人所有财产无法确定时同样的精神实行推定，即应推定为共同债务，这样才有利于保护债权人的合法权益。

七、继承诉讼中举证责任的分担

（一）因继承权发生争执时的举证责任

在原告主张其为法定继承人，要求继承遗产，而被告否认其为法定继承人时，应由原告负举证责任。这类争执通常发生在原告主张其为被继承人的非婚生子女、养子女时。如果原告为继子女，双方的争执就集中在原告与被继承人之间是否存在扶养关系。由于非婚生的事实，存在收养关系、扶养关系的事实是原告取得继承权的法定条件，举证责任自然应由原告负担。

如果双方当事人对原告法定继承人的身份无争议，但对原告是否实施了继承法第7条规定的导致丧失继承权的行为发生争执时，应当由被告对其主张的原告实施了该行为负举证责任。在原告有情节严重的虐待、遗弃被继承人的行为得到证明后，如果原告主张他后来确有悔改表现，并得到被继承人生前的宽恕，他就应当对上述事实负举证责任。

在双方因是否放弃继承权发生争执时，由于我国继承法规定继承人未表示放弃的，视为接受继承，故应由被告对原告表示放弃继承权的事实负举证责任。放弃继承权后，在遗产处理前或诉讼进行中，只要有正当理由，法律允许继承人反悔，但该继承人应对其提出的正当理由负举证责任。如果双方对是否放弃受遗赠发生争执，由于继承法要求受遗赠人必须在两个月内作出接受与否的表示，到期未表示的，视为放弃，所以分担举证责任的情况与继承权放弃与否发生争执时相反，应当由主张接受的一方对在法定期间内作出接受表示的事实负举证责任。

对公、婆、岳父、岳母尽主要赡养义务，是丧偶儿媳或女婿作为第一顺序法定继承人参加继承的先决条件。故发生争执时，应由丧偶儿媳或女婿对尽了主要赡养义务的事实负举证责任。

（二）因遗嘱发生争执时的举证责任

遗嘱的存在是遗嘱继承得以发生的前提条件。遗嘱是一种重要的民事法律行为，如同其他民事法律行为一样，它的有效成立需要具备法律规定的一系列条件。在遗嘱继承诉讼中，主张遗嘱继承的一方当事人并不需要对遗嘱成立的所有要件负举证责任。他只要证明所主张的遗嘱的确是存在的，并且在形式上

是符合法律要求的，如因自书遗嘱是否为伪造而发生争执时，该当事人应对遗嘱是遗嘱人亲笔书写、签名负举证责任，对录音遗嘱的真实性发生争执时，该当事人应提出两个以上的见证人等。

一份形式上合法的遗嘱得到证明后，如果另一方当事人对遗嘱人的行为能力、遗嘱人意思表示的真实性提出争执，应由另一方当事人（通常是被告）对遗嘱人无行为能力，遗嘱是受胁迫、受欺骗所立负举证责任。另外，如果另一方当事人主张遗嘱已被篡改，他就应对篡改遗嘱的事实负举证责任。

立遗嘱的日期关系重大，立遗嘱人有无行为能力、数份内容不同的遗嘱中以哪一份为准，都取决于这一日期，因此双方的争执有时就发生在日期问题上。双方对此发生争执时，应当由根据这份遗嘱主张继承的一方当事人对遗嘱日期的真实性负举证责任。

（三）因遗产数额产生争执时的举证责任

从继承开始到遗产分割总有一段或长或短的时间，尽管继承法明确规定："存在遗产的人，应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或者争抢。"但当遗产为动产时，居住在继承地点的继承人或是与被继承人一起生活的继承人利用保管遗产之便，隐匿、转移贵重遗产的情况在实际生活中是时有发生的。

虽然上述情况在实际生活中的确存在，但法律决不允许在缺乏证据的情况下指责他人侵吞遗产。当原、被告于诉讼中对遗产数额发生争执，原告主张被告侵吞遗产时，应对其主张负举证责任。例如，原告指责被告侵吞父亲留下的几幅名画，被告否认，原告提出其父去世前不久立的遗嘱为证，遗嘱中指定这几幅画归原告继承。

（四）因遗产份额发生争执时的举证责任

当法定继承人对遗产分割未能取得一致意见时，应按继承法的规定来确定各自的份额。对遗产份额的分配，我国继承法以均等分配为原则，同时又区别不同情况。规定有的继承人可以多分，有的继承人应当不分或者少分。

在诉讼中，凡是主张自己应当受到照顾或者可以多分的当事人，应对据以多分的事实，如自己既无劳动能力又无生活来源，自己尽了主要扶养义务等负举证责任。主张对方应当不分或者少分遗产的当事人，是否应当对作为不分或少分依据的事实负举证责任，要视具体情形而定。如果所主张的事实是对方故意隐匿、侵吞、争抢遗产或者对方有虐待被继承人的行为，自然应负举证责任；如果所主张的事实是对方有扶养能力和扶养条件，但不尽扶养义务，举证责任就不宜由该当事人负担。否认这一事实，主张自己尽了扶养义务或者自己

确实没有能力、没有条件尽扶养义务的对方当事人，应对所主张的事实负举证责任。

此外，继承人以外的人要求分得遗产时，应对自己对被继承人扶养较多或者自己是靠被继承人抚养的既无劳动能力又无生活来源的事实负举证责任。

第六节　常见民事案件的举证范围

一、离婚案件举证范围

（一）当事人自然情况的证据：

1．户口本、居民身份证、结婚登记书、复婚证；

2．离婚证、人民法院判决书、调解书；

3．劳改、劳教单位的证明信；

4．有代理人的，其代理人身份的证明和代理事项、权限、期限、形式的委托书。

（二）当事人婚姻基础方面的证据：

1．婚前相识、相恋经过的自述及介绍人的证言；

2．有关物品、信件；

3．包办、买卖婚姻的证人证言；

4．婚后情况自述、邻居证言。

（三）证明感情破裂无和好可能的证据：

1．草率结婚的自述及有关知情人证言、婚后仍无感情的陈述；

2．一方或双方有虐待对方亲属的事例，有关人员的证言；

3．证明一方骗婚的证据；

4．包办、买卖婚姻的事实、证言、物证；

5．人民法院对一方的重婚认定法律文书，通奸、赌博、酗酒的证明，一方被判长期徒刑的判决书；

6．公安机关对一方失踪的证明，人民法院对一方失踪的判决书；

7．县以上医疗单位出具的患有法律禁止结婚的疾病的诊断书；

8．婚后分居的证明；

9．其它证明感情破裂的证据。

（四）证明离婚财产的证据：

1. 双方各自财产的来源证据，财产取得时有关证人证言；

2. 共同生活期间取得财产的证据；

3. 子女各自财产的证明；

4. 房屋产权的证明、合资建房的证据、证人证言；

5. 个人债务及家庭债务的证据。

（五）证明子女抚养能力的证据：

1. 双方的经济收入证明；

2. 双方教育水平的证明和生活环境优劣的证明；

3. 确定抚养费的参考材料。

（六）女方怀孕期间或分娩后一年内男方起诉离婚的证据应具备以下规格：

1. 通奸怀孕；

2. 淫乱或卖淫怀孕；

3. 非法与他人姘居或重婚怀孕；

4. 分娩后一年内下落不明的证明。

（七）对判决不准离婚或调解和好的，原告在六个月内又起诉离婚的，必须具备下列规格：

1. 被告患有精神病且无法治愈的医院证明；

2. 被告因犯罪被判刑的判决书；

3. 被告与他人通奸或淫乱、卖淫，由公安机关出具的证明或有关人员的证言、被告的陈述。

（八）其它原因的证明。

二、民事赔偿案件举证范围

（一）双方当事人自然情况的证据；

1. 加害人、受害人是公民个人的，其自然情况的证据；

2. 加害人、受害人系个体工商户的，其工商登记证书、营业执照、工商字号的证明；

3. 加害人、受害人系法人或其他组织的，法人登记证明、营业执照及法定代表人姓名、职务的证明；

4. 有代理人的，其代理人身份的证明和代理事项、权限、期限、形式的

委托书。

（二）证明侵害事实的证据：

1．侵害行为的时间、地点、起因、经过的证据；

2．系人身侵害的，诊断书、病历、医疗手册、法医鉴定书；

3．系财产损坏的，财产名称、数量、受损程度的证据和勘验笔录或照片、录像等；

4．产品质量不合格的鉴定书；

5．搁置物、悬挂物倒塌、脱落、坠落的勘验笔录；

6．饲养动物侵害的时间、地点、经过的证据；

7．人身权被侵害的时间、地点、有关报道、谣言的证据；使用肖像是否收益的书证和造成的影响、程序的证据；

8．有关过错形式的陈述和证人证言。

（三）证明赔偿数额的证据：

1．医疗费收据、必要的交通费收据、陪护证明、误工证明；

2．精神损失的有关证明；

3．受损财物的原始单价证明、物价评估证明。

三、继承案件举证范围

（一）被继承人自然情况及死亡时间、地点、死因、书面遗嘱或口头遗嘱及见证人的证明。

（二）诉讼当事人自然情况的证据：

1．诉讼当事人数，证明当事人与被继承人关系的结婚证书、户口簿、居民身份证、收养证明、非婚生子女的有关证明或亲子鉴定书、有关事实婚姻的证明；被继承人配偶怀孕的医疗单位的证明等；

2．遗产清单；

3．依靠被继承人扶养、缺乏劳动能力又没有生活来源的人数及自然情况的证明；

4．丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的有关证明；

5．有关代位继承、转继承人身关系的证明。

（三）证明遗赠抚养协议的证据：

1．遗赠扶养协议书；

2．受遗赠人履行义务的证明材料。

（四）证明被继承人遗产的证据：

1. 遗产种类、数量、地点的证明及产权证；

2. 非正常死亡无指定受益人的保险金、赔偿费；

3. 被继承人生前承包养殖、种植业现状的证明；

4. 被继承人生前独资、合资、合伙或承包企业的资产可得利润的证明；

5. 被继承人所欠的债务的证明。

（五）证明被继承人生前形成的债权债务或应交纳税款的证据：

1. 债权人或债务人自然情况的证明及原始借据或欠据；

2. 被继承人生前所欠税款的有关证明；

（六）证明丧失继承权的证据：

1. 杀害被继承人或其他继承人的有关证据；

2. 遗弃、虐待被继承人的有关证据；

3. 伪造、篡改或销毁遗嘱的有关证据。

（七）继承人中有放弃继承权的，亲笔书写的弃权书或经公证的弃权书。

四、房屋租赁案件举证范围

（一）双方当事人自然情况的证据：

1. 出租人、承租人系公民个人的，其自然情况的证明；

2. 出租人、承租人系个体工商户的，其工商登记证书、营业执照、工商字号的证明；

3. 出租人、承租人系法人或其他组织的，其法人登记证书、营业执照、名称、法定代表人姓名、职务的证明；

4. 有代理人的，其代理人身份的证明和代理事项、权限、期限、形式的委托书。

（二）证明租赁关系的证据：

1. 租赁协议原件、口头协议、见证人的证明；

2. 协议签订或达成的时间、地点的证明；

3. 交纳租金形式及交纳租金数额的证据；

4. 抵押或担保物品名称及保管人、担保人的证言。

（三）证明房屋租赁关系纠纷原因的证据：

1. 出租方或承租方不按约定交付或接受房屋的证据；

2. 出租方有维修义务而拒不维修的证据；
3. 承租方擅自改变用途或改变房屋结构的证据；
4. 承租方迟交、拒交或出租方拒收租金的证据；
5. 擅自转租的证据；
6. 承租人应迁出而拒不迁出的证据；
7. 其他有关证明纠纷原因的证据。

五、债务案件举证范围

（一）当事人自然情况的证据：

1. 债权债务人系公民个人的，其姓名、年龄、工作单位、住址的证明；
2. 债权债务人系个体工商户的，其工商登记证书、营业执照、工商字号的证明；
3. 债权债务人系法人或其他组织的，其单位名称、工商登记证书、法定代表人姓名、职务的证明。
4. 有代理人代为诉讼的，其代理人身份的证明和代理事项、权限、期限、形式的委托书。

（二）证明债务存在的证据：

1. 原始借据或两个以上无利害关系人的证言；
2. 担保人的证言；
3. 债务人提供的抵押或担保物品的物证、书证；
4. 偿还或部分偿还的收据；
5. 催要的证据；
6. 债务人逾期未还的理由的证据；
7. 债务人现有经济状况和偿还能力方面的证据；
8. 其他能够证明债务关系存在的证据。

六、房屋买卖案件举证范围

（一）当事人自然情况的证据：

1. 买卖方系公民个人的，其姓名、年龄、工作单位、住址的证明；
2. 买卖方系法人或其他组织的，其单位名称、工商登记证书、法定代表人姓名、职务的证明；
3. 买卖方系个体工商户的，其工商登记证书、营业执照、工商字号的证明。

4. 有代理人代为诉讼的，其代理身份的证明和代理事项、权限、期限、形式的委托书。

（二）证明房屋买卖关系存在的证据：

1. 买卖协议；

2. 付款手续；

3. 产权证书、土地使用证书；

4. 房屋产权过户手续；

5. 房屋共有人同意出卖的书面证明或两个以上无利害关系人的证明；

6. 县级以上人民政府批准机关、团体、企事业单位购买私有房屋的批件。

（三）未付或部分未付房款的证明；拒不办理过户手续的证明。

七、赡养、扶养、抚育费案件举证范围

（一）当事人自然情况的证据；

1. 被赡养人、被扶养人、被抚育人的自然情况的证明；

2. 赡养人、扶养人、抚育人的自然情况、人数，与被赡养人、被扶养人、被抚育人关系的证明；

3. 有代理人代理诉讼的，其代理人身份的证明和代理事项、权限、期限、形式的委托书。

（二）证明被赡养人、被扶养人、被抚育人要求对方履行义务的证据：

1. 权利主体方面：

(1) 被赡养人、被扶养人健康状况或丧失劳动能力的医疗诊断（或鉴定结论）、经济收入情况的证明；

(2) 要求孙子女、外孙子女赡养的，其子女死亡的证明或丧失劳动能力的医疗诊断（或鉴定结论）、没有经济收入的证明；孙子女、外孙子女要求祖父母、外祖父母抚育的相关证据；

(3) 夫妻一方要求对方扶养的，无行为能力的医疗证明（或鉴定结论）、人民法院的判决书；丧失劳动能力、患病不能参加工作、生活不能自理的医疗证明及无固定工作、无经济收入的证据；

(4) 要求兄、姐抚养的，其父母死亡证明或无力抚养的证据；证明被抚养人年龄的户口簿或公安机关出具的证明；

(5) 要求弟、妹扶养的，其父母死亡证明或无力抚养的证明及抚养弟、妹长大的证据；被扶养人丧失劳动能力的医院证明或孤独无依的证明。

2. 义务主体方面:

(1) 赡养人、扶养人、抚育人经济能力的证据;

(2) 赡养人、扶养人、抚育人不履行义务的时间、人数、表现形式及是否有打骂、歧视、虐待、遗弃被赡养人、被扶养人、被抚育人行为的证据，是否经有关部门或组织调解处理及其结果的证明。

八、借用合同案件举证范围

(一) 当事人自然情况的证据:

1. 出借人、借用人系公民个人的，其自然情况的证明;

2. 出借人、借用人系个体工商户的，其工商登记证书、经营性质、营业执照、工商字号的证明;

3. 出借人、借用人系法人或其他组织的，其名称、工商登记证书、住所、法定代表人姓名、职务的证明;

4. 有代理人代为诉讼的，其代理人身份的证明和代理事项、权限、期限、形式的委托书。

(二) 证明借用关系的证据:

1. 书面合同原件、口头合同的证人证言;

2. 合同标的物种类、数量、质量、价值的证据;

3. 借用用途期限的证明;

4. 合同是否附加条件及附加条件的证据;

5. 合同是否有保证人及保证书原件、保证范围、期限的证据。

(三) 借用合同履行情况的证据:

1. 标的物交付、接受时间、地点的证明及证明人证言;

2. 借用人使用借用物具体情况的证据。

九、相邻关系纠纷案件举证范围

(一) 当事人自然情况的证据;

1. 所有人(占有人)或相邻他方系公民个人的，其自然情况的证明;

2. 所有人(占有人)或相邻他方为法人或其他组织的，其名称、法定代表人姓名、职务的证明;

3. 由代理人代为诉讼的，其代理人身份的证明和代理事项、权限、期限、形式的委托书。

（二）证明相邻关系纠纷原因的证据：

1. 因流水、用水、排水引起纠纷的时间、地点、原因的证据；

2. 因排放污水引起纠纷的时间、地点、污水所含物质名称、影响程度、造成后果的证据；

3. 因危害和危险引起纠纷的时间、地点、危害物质名称、影响程度、造成后果（近期或远期）的证明；

4. 因光照、音响、震动引起的：

(1) 影响他方采光的时间、地点、具体建筑物、名称、高度、面积、间距、影响范围、程度、造成后果的证明；

(2) 音响、震动的种类、时间、地点、造成的影响、程度的证明。

5. 因邻地、通道、道路、桥梁引起影响通行的原因、时间、范围、程度及造成后果的证明。

（三）有关技术性鉴定书。

十、购销合同纠纷案件举证范围

（一）法人工商注册登记的证据：

1. 法人设立注册登记证明；

2. 法定代表人身份证明；

3. 法人营业执照。

（二）个体工商户工商注册登记的证据：

1. 个体工商户工商注册登记证明；

2. 营业执照。

（三）委托代理的证据：

1. 委托代理人委托书和委托授权书；

2. 诉讼委托书和诉讼授权委托书。

（四）合同订立、变更、解除的证据：

1. 合同订立的原始书面材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书；

2. 合同变更的原始书面材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书；

3. 合同解除的原始书面材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、

公证书。

（五）参予合同签订、履行的证据：

1．参予合同签订的有关证明；

2．参予合同履行的有关证明；

3．合同签订、履行见证人的证明；

4．履行合同过程中的各种票据和书面文字证明；

（六）其他证据：

1．质量检验报告；

2．化验证明；

3．鉴定结论；

4．发生违约或造成经济损失的有关证明；

5．地方性法规；

6．应当调取的其他有关证据。

十一、建筑安装工程承包合同纠纷案件举证范围

（一）法人工商注册登记的证据：

1．企业法人资格证明；

2．营业执照；

3．技术资信证明；

4．企业资格等级证书；

5．法定代表人身份证明。

（二）委托代理的证据：

1．委托代理人委托书和委托授权书；

2．诉讼委托书和诉讼授权委托书。

（三）其他证据：

1．工程的初步设计图、施工图；

2．工程总概算书；

3．签订合同所必须依据的文件；

4．工程资金拨款文件；

5．保证工程资金的银行证明和支付工程费的证明；

6．有关洽谈笔录、会议纪要、会审图纸及技术资料的纪要、图表等；

7．施工方案图；

8. 开工通知、开工许可证；
9. 施工进度计划表和施工平面布置图；
10. 工程变更联络单和其他有关工程变更的信函、协议等；
11. 材料、设备供应计划表；
12. 发贷方供给的材料、设备的收据等证明；
13. 工程竣工验收的有关证明；
14. 由于违约及其他原因给双方造成经济损失的证明及有关依据；
15. 其他与案件客观事实有关联的证据。

十二、加工承揽合同纠纷案件举证范围

（一）法人工商注册登记的证据；

1. 法人设立时注册登记的证明；
2. 法定代表人身份证明；
3. 法人营业执照。

（二）个体户工商注册登记的证据：

1. 个体工商户的工商注册登记证明；
2. 营业执照。

（三）委托代理的证据：

1. 委托代理人委托书和委托授权书；
2. 诉讼委托书和诉讼授权委托书。

（四）合同订立、变更、解除的证据：

1. 合同订立的原始书面材料及书信、电报、有关的技术资料、图纸、鉴证证明、公证书及其他文字材料，订立合同时双方所封存的样品实样；
2. 合同变更的原始书面材料及书信、电报、有关的技术资料、图纸、鉴证证明、公证书及其他文字材料，订立合同时双方所封存的样品实样；
3. 合同解除的原始书面材料及书信、电报、有关的技术资料、图纸、鉴证证明、公证书及其他文字材料，订立合同双方所封存的样品实样。

（五）参与合同签订、履行的证据：

1. 参予合同签订的有关证明；
2. 参予合同履行的有关证明；
3. 合同签订、履行见证人的证明；
4. 履行合同过程中的各种票据和文字材料。

（六）其他证据：

1．质量检验报告；

2．化验证明；

3．鉴定结论材料；

4．发生违约或造成经济损失的有关证明；

5．地方性法规；

6．应调取的其他有关证据。

十三、财产租赁合同纠纷案件举证范围

（一）法人工商注册登记的证据：

1．法人设立注册登记的证明；

2．法定代表人身份证明；

3．法人营业执照。

（二）个体工商户工商注册登记的证据：

1．工商注册登记证明；

2．营业执照；

3．负责人身份证明。

（三）联营企业工商注册的证据：

1．联营企业的工商注册登记证明；

2．营业执照；

3．负责人身份证明。

（四）委托代理的证据：

1．委托代理人委托书和委托授权书；

2．诉讼委托书和诉讼授权委托书；

（五）合同订立、变更、解除、担保的证据：

1．合同订立的原始材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书等。

2．合同变更的原始材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书等。

3．合同解除的原始材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书等。

4．合同担保的原始材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书等。

（六）合同签订、履行的证据：

1．参予合同签订的有关证明；

2．参予合同履行的有关证明；

3．参予合同签订、履行见证人的证明；

4．履行合同过程中的各种票据。

（七）其他证据：

1．发生违约或造成经济损失的有关证明；

2．租赁财产维修、保养等项费用的支出票据；

3．租赁财产的所有权证明；

4．地方性法规；

5．应调取的其他有关证据。

十四、借款合同纠纷案件举证范围

（一）法人工商注册登记的证据：

1．法人设立、变更、注销注册登记的证明；

2．法定代表人身份证明；

3．法人营业执照。

（二）个体工商户工商注册登记的证据：

1．个体工商户的工商注册登记证明；

2．营业执照；

3．负责人身份证明。

（三）个人合伙联营企业工商注册登记的证据：

1．个人合伙联营企业工商注册登记的证明；

2．营业执照；

3．负责人身份证明。

（四）委托代理的证据：

1．委托代理人委托书和委托授权书；

2．诉讼委托书和诉讼授权委托书。

（五）合同变更、解除的证据：

1．合同变更的原始书面文字材料及书信、电报；

2．合同解除的原始书面文字材料及书信、电报；

（六）合同签订、履行的证据：

1．参予合同签订的有关证明；

2．参予合同履行的有关证明；

3．参予合同签订、履行见证人的证明；

4．履行合同过程中的各种票据。

（七）其他证据：

1．借款申请书；

2．借款凭证；

3．协议书；

4．双方修改借款合同的有关书面材料；

5．利息计算凭证；

6．有关金融法规；

7．应调取的其他证据材料。

十五、技术转让合同纠纷案件举证范围

（一）法人工商注册登记的证据：

1．法人设立注册登记证明；

2．法定代表人身份证明；

（二）个人合伙的工商注册登记证据。

（三）联营企业工商注册登记证据。

（四）委托代理的证据：

1．委托代理人委托书和委托授权书；

2．诉讼委托书和诉讼授权委托书。

（五）合同订立、变更，解除的证据：

1．合同订立的原始书面材料及书信、电报、鉴证证明、公证书、担保合同书等。

2．合同变更的原始书面材料及书信、电报、鉴证证明、公证书、担保合同书等。

3．合同解除的原始书面材料及书信、电报、鉴证证明、公证书、担保合同书等。

（六）参予合同签订、履行的证据：

1. 参予合同签订的有关证明；
2. 参予合同履行的有关证明；
3. 参予合同签订、履行见证人的证明；
4. 履行合同过程中的各种票据和书面材料。

（七）其他证据：

1. 技术成果检验的证明；
2. 检验报告；
3. 鉴定结论；
4. 名词和术语解释的有关材料；
5. 列人国家、省、自治区计划技术项目的计划书和任务书；
6. 中华人民共和国专利局授予专利权的有关证明材料、专利号；
7. 发生违约或造成经济损失的有关证明；
8. 应调取的其他有关国家、专业部、行业的质量标准规则。

十六、联营合同纠纷案件举证范围

（一）工商注册登记的证据：

1. 各方当事人设立的工商注册登记证明；
2. 法定代表人身份证明；
3. 法人营业执照。

（二）委托代理的证据：

1. 委托代理人委托书和委托授权书；
2. 诉讼委托书和诉讼授权委托书。

（三）合同订立、变更、解除的证据：

1. 合同订立的原始书面材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书；
2. 合同变更的原始书面材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书；
3. 合同解除的原始书面材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书；

（四）参与合同签定履行的证据：

1. 参予合同签订的有关证明；

2. 参予合同履行的有关证明；

3. 参予合同签订、履行见证人的证明；

4. 履行合同过程中的各种票据、收据和有关文字材料。

（五）其他证据：

1. 联营合同；

2. 联营章程副本；

3. 发生违约或造成经济损失的有关证明；

4. 联营企业所在地政府授权部门的批准文件；

5. 应调取的其他证据材料。

十七、铁路货物运输合同纠纷案件举证范围

（一）法人工商注册登记的证据：

1. 法人设立、变更注册登记注明；

2. 法定代表人身份证明；

3. 法人营业执照。

（二）个体工商户工商注册登记的证据：

1. 个体工商户工注册商登记证明；

2. 营业执照；

3. 负责人身份证明。

（三）联营企业工商注册登记的证据：

1. 联营企业工商注册登记证明；

2. 营业执照；

3. 负责人身份证明。

（四）委托代理的证据：

1. 委托代理人委托书和委托授权书；

2. 诉讼委托书和诉讼授权委托书。

（五）合同订立、变更、解除的证据：

1. 合同订立的原始书面材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书；

2. 合同变更的原始书面材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书；

3．合同解除的原始书面材料及书信、电报等其他文字材料、鉴证证明、公证书；

（六）**参予合同签订、履行的证据**：

1．参予合同签订的有关证明；

2．参予合同履行的有关证明；

3．参予合同签订、履行见证人的证明；

4．履行合同过程中的各种票据和书面文字材料。

（七）**其他证据**：

1．货物交接、验收的有关货运记录；

2．发生违约或造成经济损失的有关证明；

3．承运人经铁道部批准营运的有关文件、证明；

4．地方性法规；

5．应调取的其他有关证据。

第九章　举证以外确定事实的方式

第一节　概　　述

一、举证以外确定事实的方式的概念

一般来说，民事诉讼中的事实都需要诉讼当事人举证证明其存在和真实性。但某些特定情况或某种特定事实并非要求当事人举证证明，通过举证以外的其他形式即可确定。这种无须举证而确定事实的方式就是举证以外确定事实的方式。

二、举证以外确定事实的方式的意义

举证以外确定事实的方式在民事诉讼中具有重要意义，主要表现在如下两个方面：

其一，能免除或减轻当事人的举证责任。通常，诉讼当事人对自己主张的事实负有举证责任，如果举不出充分的证据则要承担不利的法律后果。从这一意义上说，举证责任是当事人的败诉风险。举证以外确定事实的方式免除了当事人的举证责任或者使当事人的举证责任大大减轻，使当事人的败诉风险归于消灭或降低，从而减少了当事人的负担和诉累，对当事人无疑是十分有利的。

其二，能节约诉讼，达到诉讼经济之目的。诉讼上事实的确认，若通过举证方式来实现，则必然经过当事人收集、提供证据；某些情况下人民法院还得依职权调查收集证据；所有证据材料须经双方当事人在庭审中质证、认证，审判人员审查、判断，去伪存真等一系列诉讼环节。某一证据材料是否作为认定某一事实的依据往往要经过大量的诉讼活动才能最终认定。如果以举证以外的方式确定事实则简单得多，无须举证、质证、认证这些诉讼活动即能达到确认事实的目的。因此，举证以外确定事实的方式与举证比较从诉讼效益观而论。

诉讼结果相同，诉讼成本降低，则诉讼效益提高，符合诉讼经济的现实要求。

三、举证以外确定事实的方式与举证的关系

举证以外确定事实的方式与举证都是证明事实的手段和方式，举证是确定事实的最基本和最普遍的证明方式，举证以外确定事实的方式是举证的一种例外和补充，二者构成民事诉讼中完整的证明方式。它们的目的是一致的，就是要证明事实的真实性。这是它们的共同之处。但二者是有显著区别的。举证，从动态上看，它是诉讼当事人为证明事实而进行的一种诉讼活动；从静态上看，它是当事人的一种责任或负担。当事人是否举证，如何举证直接影响当事人的实体权利。可以说，举证与当事人休戚相关。举证以外确定事实的方式则不同，它只是确定事实的一种方式和证明活动，不仅不能成为当事人的责任或负担，相反，它却能免除或减轻当事人的举证责任，使当事人的负担减轻或消灭。

我国民事诉讼法没有关于举证以外确定事实的方式的明确规定，但法学理论界是公认其存在的。众所周知的事实，法院预决的事实，推定的事实和公证证明的事实是无须举证确定的事实，此为我国法学界的共识。我们认为，举证以外确定事实的方式可分为正式自认、审判上所知悉的事和推定三种。本章将逐一论及。

第二节　审判上所知悉的事

一、审判上所知悉的事的概念

所谓审判上所知悉的事是指审判人员在审理案件过程中，无须调查也无须当事人举证就能明确地知道和确信的事实。在诉讼上，要求当事人举证是为了保证作为裁判基础的事实的客观真实性。既然事实为法院在审判上所知悉，其真实性不再受到怀疑，将其作为裁判的基础已没有什么妨碍，那么举证也就没有必要。故审判上所知悉的事为不要证事实。

国外诉讼法上一般认为审判上所知悉的事有众所周知的事实和在法院显著的事实两种。我们认为，审判上所知悉的事可分为众所周知的事，在法院显著的事实和法院预决的事实三种。

（一）众所周知的事实

所谓众所周知的事实是指一定范围内的一般人都知道的事件，如唐山地

震、海湾战争等即为众所周知的事实。由于众所周知的事实系一般人公知即不证自明，具有确认性，所以，众所周知的事实免除当事人的举证责任。

众所周知的事实必须具备两个条件：一是在一定的区域内为不特定的绝大多数人知道；二是审判人员知道且认为是众所周知的事实。其事实纵然为不特定的多数人所知晓，但审判人员不知悉，也不能认为是众所周知的事实。两个条件缺一不可。关于第一个条件中所谓“一定区域”到底指多大区域，是全国范围还是一省或一市（县）范围，是一个值得探讨的问题，我们认为，众所周知的事实所要求的一定区域是一个相对的概念，不能作绝对的理解、一般来说，在人民法院所管辖的行政区域范围内为不特定的多数人所知悉的事，同时，审理本案的审判人员也知悉的事，就可以认为是众所周知的事。比如在武汉市为不特定的多数人所知悉的事，而审理该案的武汉市人民法院的审判人员亦知悉的事，则可认为该事实为众所周知的事。如 1991 年武汉长江大桥被一吊船所撞即为武汉市众所周知的事实。所谓“不特定的多数人”是指众多的普通公民而不能是某行业或者某领域的众多人。如果某事实为某行业或某领域里的多数人知悉，而该行业或领域外的人并不知悉，则该事实不是众所周知的事实。比如，仅为某一区域里的纺织行业的多数人所知悉的事，就不是众所周知的事实。

（二）在法院显著的事实

所谓在法院显著的事实是指一般人不公知的事实，但是作为法院审判人员，在执行职务中知道的事实。例如审判人员在审理案件中亲自处理的事实，查封某项财产的事实，当事人未到庭的事实或妨碍诉讼的事实等都是在法院显著的事实。在法院显著的事实是不要证事实，无须当事人举证。

关于在法院显著的事实必须把握以下两点：1. 必须是作为审判人员身份知悉的事实；2. 必须是在执行职务中知悉的事实，至于是在本案诉讼中知道的事实还是在其他案件的诉讼中知道的事实，是诉讼程序上知道的事实还是非诉讼程序如执行程序上知道的事实，可在所不问。如果是审判人员在执行职务以外获知的事实，哪怕是审判人员亲自看见或参与的事实如上班途中看见的事实，外出旅游所知晓的事实，都不能成为在法院显著的事实。

（三）法院预决的事实

法院预决的事实，是指人民法院生效的裁判书所确认的事实，由于预决的事实是经过司法程序作出的认定，因而具有真实性和客观性，从而成为不要证事实。

二、审判上所知悉的事的法律意义

审判上所知悉的事作为不要证事实，免除了当事人的举证责任，因而可以减少诉累，节约诉讼，达到诉讼经济之目的。对于预决的事实而言，除了防止对同一事实作出重复认定，造成人力、物力和时间的浪费外，还可以避免对同一事实作出不同甚至相反的认定，有利于维护司法的统一，维护法院裁判的权威性。

三、审判上所知悉的事的效力

（一）众所周知的事实和在法院显著的事实的效力

众所周知的事实和在法院显著的事实的效力主要表现在以下二个方面：

1. 众所周知的事实和在法院显著的事实虽然无须证明即可直接确认其真实性，但被怀疑或者被对方当事人否认时，应该举证，或者法院依职权进行调查。

2. 一审中为众所周知的事实和在法院显著的事实，在二审不是众所周知的事实和不是在法院显著的事实时，当事人应当举证。

（二）法院预决的事实的效力

由于法院预决的事实是经过司法程序认定的，因此，对于法院预决的事实，无论是哪一级法院，都应当直接确认其真实性。但如果当事人提出足以推翻预决事实的证据时，法院应当重新审查认定。

第三节　推　　定

一、形形色色的推定

尽管推定存在于各国的民事诉讼中，但各国诉讼理论或证据理论对推定的解释和分类却不尽相同。

推定是根据某一事实的存在而作出的与之相关的另一事实存在（或不存在）的假定，这种假定与证据问题息息相关，它可以免除主张推定事实的一方当事人的举证责任，并把证明不存在推定事实的举证责任转移于对方当事人。这种关于推定的最一般的描述概为各国所接受，但再进一步，分歧就显现出来。

多数国家从广义上理解和解释推定，因而在“推定”一词下往往集合着各

种法律规定。这些规定的情况相当复杂，有的虽使用了“推定”二字却不具有推定的实质，有的虽然在外观上酷似推定但并非真正的推定。即便都是推定，性质上存在的差异也使得它们对举证责任的影响有所不同。因此，要正确地说明推定与举证责任的关系，有两件工作是必须完成的：一是将并非真正的推定加以剔除，二是按照一定的标准对推定进行分类。这里先进行第二项工作。

在英美法国家的证据理论中，推定传统上被分为三类：(1) 不可推翻（反驳）的推定。这是指法律禁止提出证据来反驳被推定事实的推定。如关于古文书真实性的推定，为了解决因时间流逝而产生的证明上的困难，凡 30 年间由正当保管人保管且无任何涂改的文书，被推定为真实的、合法作成的；(2) 可推翻（反驳）的法律推定。这是指可以用相反的证据推翻推定事实的推定，它的成立是以没有与推定事实相矛盾的证据存在为前提的。在缺乏相反证据的情况下，法官或陪审团必须假定推定事实存在。如关于所有权的推定，该推定从某人占有动产或不动产这一事实，推论占有者为财产的合法所有人，但这一推定完全可以被相反的证据推翻；(3) 事实上的推定。这种推定是法官或陪审团依据日常生活的经验，从一事实的存在作出的另一事实的结论。如关于保持现状的推定，该推定认为任何事物的现存状态都会持续一段时间，除非有证据表明现存状态已发生了变化，该状态被推定继续存在下去。这种推定与前两种推定的主要区别在于它不是由法律规定的。此外，学者们还依据适用推定前是否需要先对基础事实进行证明，将法律上的推定区分为直接推定和推论推定。

大陆法系的德、日两国的诉讼理论将推定分为狭义与广义。狭义的推定指真正意义上的法律上的推定，广义的推定除真正的法律上的推定外，还包括意思推定、法定证据法则、暂定真实。[①] 按照学者们的解释，真正的法律上的推定是指某法规 A 的要件事实甲有待证明时，根据 B 法规（推定法规）的规定，当较甲易于证明的另一事实乙获得证明时，在缺乏相反证据的情况下，就可以认为甲事实已得到证明。如日本民法第 619 条关于租赁合同默示更新的推定，该条规定：“租赁期间届满后，承租人继续进行承租物的使用及收益，出租人知之而不述异议时，推定为以与前租赁同样的条件，继为租赁。”除上述有关事实的推定外，法律上的真正推定还包括有关权利状态的推定。如日本民法第 250 条规定：“各共有人的应有部分不明时，推定为均等”。学者们认为，意思推定是关于意思表示法律评价标准的解释性规定；法定证据法则是法律关于某种证据效力的规定；暂定真实是法律不依据任何前提事实便假定某一事实状态

① 王锡三译：日本法院书记官研究所教材《民事诉讼法》，第 140 页。

存在。它们中有些虽然也与举证责任相关，但同法律上真正推定是有区别的。此外，学者们普遍认为法律上的拟制与推定判然有别，应当把它们予以区分。

在前苏联的民事诉讼理论中，有的学者（如克列曼）认为证据的推定通常有三种：不可推翻的推定，可以推翻的推定，事实的推定。但多数学者否认存在不可推翻的推定。他们认为，“在苏维埃民事诉讼中，不存在不容反驳的证据推定。任何假定，都可以用诉讼证据加以反驳”。“但是，如果法院发生了怀疑，法院可以采取措施来审查被推定的事实是否符合实际。（在苏维埃法律中没有不容辩驳的推定）”。与其他国家的学者一样，前苏联的学者也把注意力集中于法律上的推定。

我国法学界一般把推定区分为法律上的推定和事实上的推定。一些学者也正确地指出推定仅仅是一种假定，即使具有合理性，也未必都符合实际，所以理应允许反驳、争议，不能争议、反驳的并非推定。

笔者认为，我国民事诉讼中的推定应包括法律上的推定与事实上的推定，其中法律上的推定又包括直接推定和推论推定。但法律拟制（即不可推翻的推定）、有关证据效力的规定不宜归入推定。

二、设立推定的理由

有人认为，推定总是以事物之间客观存在的逻辑关系为基础的，总是体现了事物之间最有可能存在的联系。这一论断对于多数推定来说无疑是正确的。但事实上，情况要复杂的多。立法者在设定推定时，往往是出于各种不同的考虑，为实现各种不同的目的。通过对设立推定理由、目的的剖析，不仅能够深刻理解各种推定的意义，而且有助于正确把握它们与举证责任的关系。

设立推定的理由至少有六方面：

1. 通过推定认定事实基本上是准确的。各国司法机关认定事实的方式主要有两种，一是通过获得证据去证明它，二是通过推定。就准确性而言，推定自然不及用证据证明，但仍然可以达到大体准确的程度。事实之间存在着普遍的联系，有些事物之间的联系呈现出规律性。它们之间的联系是如此地密切，以致于某一事物存在时，人们根据日常生活的经验便可以得知，只要不存在例外情况，就会合乎逻辑地引起另一事实发生，或者另一事物就不可能与它同时存在。事物之间这种有规律的联系使立法者或司法者相信，通过推定来认定案件事实几乎同运用证据认定案件事实一样安全可靠，而且省去了复杂的证明过程，使诉讼变得较为快捷。例如，从债权人自愿将借据交还给债务人又无相反的证明这一事实，推定债务已清偿或被免除大致是不会错的。

2．为实现诉讼经济的目的。诉讼经济，使法院和当事人通过较少的投入获得尽可能多的效益，是现代各国民事诉讼制度努力实现的目标。适当地运用推定有助于这一目标的实现。推定可以使法院根据已查明的事实或显著的事实直接对权利或另一事实作出认定，而不必再耗费时间进行证明。法国民法典第533条规定："地上或地下一切建筑物、种植物及施设物，如无相反的证据，则推定为土地所有人以自己的费用所设置并归其所有……。"我国著作权法第11条第4款规定："如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者非法人单位为作者。"这些规定使得法院可以在缺乏相反证据的情况下直接对建筑物、种植物、施设物的所有人，对作品的作者进行认定，免去了当事人的举证活动和法院对证据的审查活动，从而使证明过程大为简化。

3．出于公正分担举证责任的需要。当争议事实的有关证据材料完全处于一方当事人的支配与控制之下，由掌握这些证据材料的当事人，而不是由无法取得或接触证据材料的对方当事人负举证责任，显然是公正合理的。但另一方面，依据举证责任分担的原则，这一事实却成为不掌握证据材料的一方当事人获得胜诉所必须证明的。这就使该当事人陷于这样的困境——必须主张这一事实却又难以证明这一事实。于是，出于公平与正义的考虑，立法者通过推定将举证责任倒置，由掌握证据材料、有条件证明的一方负举证责任。在有关新产品的制造方法发明专利的侵权纠纷中，我国专利法推定制造同样产品的单位或个人使用了原告的专利方法，由被告就自己的产品制造方法负举证责任，便是这方面的典型例证。

4．为了缓解某些事实证明上的困难。在诉讼实际过程中，有些案件事实的证明是相当不易的，举证上的困难使得实际发生的事实在诉讼中未必能够得到证明。尽管如此，当这些难以证明的事实成为民事权利义务关系发生的依据，并成为诉讼中双方争执的对象时，主张该事实存在的一方仍然免不了要进行证明。缓解证明上的困难显然是十分必要的，否则，主张这些事实的当事人鲜有胜诉的希望。

推定在这方面可以大显身手，使本来极难证明的事实变得较为容易。例如，不少国家的民法中都有取得时效的规定，如"以所有的意思，二十年间平稳而公然占有他人物者，取得该物的所有权。"（日本民法第162条），但主张因时效而取得所有权者，要证明二十年间连续不断占有几乎无法做到，于是便有"于前后两时均有实行占有的证据时，推定为于基间继续占有。"（日本民法第186条）。我国民法虽无取得时效的规定，但民事诉讼中类似的情况是存在的，借鉴上述推定，缓解原告举证的困难也是必要的。在我国的离婚诉讼中，

“因感情不和分居已满3年，确无和好可能的，或者经人民法院判决不准离婚后又分居满1年，互不履行夫妻义务的”，是人民法院认定感情确已破裂的依据之一，但要求原告证明在3年或1年间一直与被告分居是件相当困难的事，如果允许原告通过证明前后两时处于分居状态来证明分居已达3年或1年，证明就会容易得多。

5．为贯彻实施立法者所希冀实现的一定的社会政策。推定常常被用来表达立法者所倡导的某种价值取向，用来实施立法者所提出的某种社会政策。这方面的例子不胜枚举。当法律规定“在自结婚算起的第180天之后，在自婚姻解除时算起的第300天以前出生的子女，应被推定为在婚姻存续期间受胎”时，无非是向社会传递了立法者所希冀的所有子女皆应为婚生子女的信息；当我国法律规定“互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如果不能确定死亡先后时间的，推定为没有继承人的人先死亡”时，立法者明白无误地向社会表明国家尽量使死者的财产由他的合法继承人继承，而不是作为无主财产收归国家或集体所有的政策；在道路交通事故损害赔偿诉讼中，当法律推定驾车者是经过汽车主人的同意后才驾驶车辆的，则是为了使交通事故的受害者有更多的得到赔偿的保障，同时也是为了促使汽车的所有人谨慎地挑选驾车者以促进交通安全。

6．用来解决那些依靠证据无力解决的问题。有时候，依靠诉讼中的证明活动无法弄清某一案件事实，但为了确定当事人之间的权利义务关系又必须确定该事实，否则法律的适用就会陷入困境，当事人之间的权利义务关系就会处于不稳定状态。此时，又可以借助推定来摆脱困境，这方面最恰当的例证应是继承案件中的死亡推定。当互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，又没有任何证据表明谁先死谁后死时，为了确定遗产的归属，法律只好通过推定来确定死亡的时间。

三、法律上的推定与举证责任

（一）法律上的推论推定

在各类推定中，法律上的推论推定是最典型、最标准的推定，日本的一些学者将它称为“真正的法律上的推定。”法律上的推论推定是指法律从已知事实推论未知事实所得出的结果。在这种推定中，存在着已知事实甲和未知事实乙，已知事实是作出推论所依据的事实，所以通常被称为“基础事实”或“前提事实”未知事实是从已知事实中推断出的结论，故被称作“推定事实”。

这种推定广泛存在于世界各国的民事、经济法律中，有些推定几乎为各国

法律所共有。如失踪达一定年限的人被推定为死亡，夫妻关系存续期间所出生的子女被推定为婚生子女。我国法律也有这类推定，如民法通则第23条关于失踪人死亡的推定，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干意见》第8条规定的债务人不能清偿到期债务的推定。此外，我国司法实务亦承认关于婚生子女的推定。1956年9月25日，最高人民法院就徐秀梅所生的小孩应如何断定生父问题给河北省高级人民法院的复函中指出："徐秀梅于1954年4月与高化云通奸，同时与其夫同居，因此小孩究竟为徐秀梅与谁发生性关系时受孕是难以断定的。化验血型的方法并不能断定小孩系由谁所生……按这小孩是在双方婚姻关系继续存在中所生的，男方现在主张非其所生，应提出证据证明。男方既提不出任何证据而法院亦无法另找证明方法，在这种情况下，法院只能认为男方的主张不能证明，在此认定下对小孩问题予以判决。"

法律上的推论推定对举证责任的影响表现在以下两个方面：

1. 减轻了主张推定事实的一方当事人的举证责任。主张推定事实的一方当事人，本来需要对推定事实的存在负举证责任，推定事实证明起来是相当困难的，但由于推定的存在，证明的困难大大被缓解了，主张推定事实存在的当事人只需要举证证明那些相对来说较为容易证明的基础事实。基础事实一旦得到证明，法院就会依照法律的规定作出存在推定事实的假定。可见，法律上的推论推定实际上是通过变更证明的主题，用对基础事实的证明替代对推定事实的证明，使当事人可以通过对基础事实的证明较容易地完成对本来相当困难的推定事实的证明，从而大大减轻了主张推定事实存在的一方当事人的举证责任。在某些情形下，以推定事实作为权利依据的当事人甚至既不必证明基础事实也不必主张推定事实便可导致推定的适用。因为基础事实可能是显著的事实、预决的事实或者已为对方承认的事实，这些事实的存在使得人民法院必须依法作出存在推定事实的假定。

2. 将不存在推定事实的举证责任转移于对方当事人。当推定事实因基础事实的确认而被假定存在后，否认推定事实的一方要推翻该推定事实，就必须对不存在推定事实负举证责任。需要强调的是，为推翻推定事实，该当事人所负的是举证责任而不是提供反证的责任。换言之，该当事人必须提出充分的证据证明不存在推定事实，仅仅是提出一些证据，使推定事实存在与否陷于真伪不明状态，是不足以完成其举证责任的。例如，当债务人不能清偿到期债务的事实被推定后，债权人要推翻该推定，就必须提供有清偿能力的确切证据，否则，人民法院仍要推定债务人已处于破产状态。当然，对于否认推定事实的一

方当事人来说，证明推定事实不存在并不是阻止该事实被认定的唯一办法。另一种办法，也是对该当事人较为有利的，即对基础事实提出争议，并提出证据证明基础事实不存在。就基础事实而言，该当事人只负担提供反证的责任，因此，只需提出证据使基础事实存在与否处于真伪不明状态，举证便能获得成功。

（二）直接推定

当法律不依赖于任何基础事实便假定某一事实存在时，这种推定就被称为直接推定。无论是在刑事法律中，还是在民事法律中都可以找出这类推定。在刑事法律中最典型的例证是存在于许多国家刑事诉讼法中的“无罪推定”，在民事法律中的典型代表是侵权民事责任中的“过错推定”。我国民法通则第126条规定：“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外”。这一规定推定所有人或管理人有过错。

直接推定也是一种假定，因该推定而处于不利地位的一方当事人可以提供证据推翻这一推定，这是它与推论推定相同之处，也是被称为推定的理由。但另一方面，直接推定与推论推定存在着显著的区别。

首先，推定是否依据基础事实而作出不同。直接推定不依赖于任何基础事实，因而法律在适用该推定时不要求因推定而处于有利地位的一方当事人证明任何事实；推论推定是以基础事实的存在被确认为前提的，因而在适用该推定时，往往需要主张推定事实的当事人首先证明基础事实存在。

其次，直接推定对举证责任产生的影响也与推论推定不同。它不具有后者所具有的那种减轻和转换举证责任的作用，它的作用仅在于确定推定事实不存在的举证责任由哪一方当事人负担。在建筑物、建筑物上的搁置物、悬挂物致人损害引起的诉讼中，法律推定作为所有人或管理人的被告有过错，无非是说被告应就自己无过错负举证责任而已。实际上，直接推定并非是根据一事实与另一事实之间的逻辑关系作出的推论，它不过是以推定形式表现出来的确定举证责任由谁负担的实体法规范而已。

四、事实上的推定与举证责任

在民事诉讼中，审判人员有时会根据某一已被确认的事实，按照自己的生活经验或科学原理，推论与之相关的诉讼中需要证明的另一事实是否存在。例如，审判人员根据某人在事故发生后的瞬息间正驾驶着某辆汽车这一事实，推断该人在事故发生时正驾驶着这辆车；根据被告在诉讼中销毁或隐匿某项证据

这一事实，推断出示这项证据必定于被告不利；根据某种合同已经得到履行的事实，推定当事人之间存在着合同关系。这类推定，被称为事实上的推定。

事实上的推定与法律上的推论推定具有一致的共同之处。首先，两者的构造完全相同，事实上的推定亦存在基础事实甲和推定事实乙，亦是从已知的基础事实甲推断出未知的需要证明的事实乙；其次，事实上的推定也在一定程度上减轻了主张推定事实当事人的举证责任，使他能够通过对基础事实的证明较为容易地完成对推定事实的证明。

事实上推定与法律上推论推定的根本区别在于，前者未被法律规定而后者是法律明文规定的。这一区别至关重要，它一方面对推定的适用产生影响，另一方面也使得它们对举证责任产生的影响有所不同。

适用事实上推定除了需要基础事实的存在已被确认外，还取决于审判人员是否掌握科学知识，是否具有丰富的生活经验。因此，学识、经验上的差异会导致完全不同的结果，在基础事实已被确认的相同条件下，有的审判人员会作出推定，有的则不会作出推定。由于法律并未要求审判人员必须作出推定，当事人能否因审判人员未作出推定便指责其认定事实违法便成为问题。

此外，与法律上推论推定不同，事实上的推定并无转移举证责任的作用。即使推定事实因基础事实被确认而假定其存在，举证责任也并未因此转移于对方当事人，主张推定事实存在的一方仍然对此负举证责任。因此，对方当事人要推翻推定事实，只需提供反证，使推定事实再度处于真伪不明状态。这与法律上推论推定的对方当事人必须就推定事实不存在负举证责任完全不同，这一差别的存在具有合理性，否则，这两种推定之间的界限就会变得非常模糊。

五、法律拟制与推定

各国立法者缘于实际需要，往往在法律中用“视为”二字，将甲事实看作乙事实，使甲事实产生与乙事实相同的法律效果。如“迟到的承诺，视为新要约”、“因条件成就受到不利益的当事人，以违反诚实和信用的行为阻止其条件的成就者，视为条件已成就。”（德国民法典第150条、162条）大陆法系理论中，这类规定被称为“法律拟制”。在英美法中，存在着与大陆法相似的“法律拟制”，不过，在法律中不用“视为”而用“推定”二字来表述。如“以书面损害他人名誉的人，推定有损害他人的意思”，“未满10年的未成年人，推定为无民事责任能力”。它们被称为“不可反驳的法律上推定”。在我国的民事法律中，这样的规定同样广泛存在。如“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意”（民法通则第66条），“受遗赠人应当在知道

受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠”。(继承法第25条)

从构造上看，“拟制”与推定极为相似，它们同样涉及到甲、乙两个事实，并且只要甲事实的存在得到证明，法律就使它产生与乙事实相同的效果。如一旦受遗赠人在两个月内未作出表示的事实得到证明，法院就会认定“放弃受遗赠”这一事实。这正是“拟制”与推定不易区分的原因。

然而，“拟制”虽然外观上酷似推定，但实质上并非推定。对此，各国学者早就取得了共识。塞西尔·特纳曾精辟地指出：“这种推定虽然在形式上与证据法相联系，但实际上却是用程序法语言表示出来的实体法规则。”①

“拟制”与推定存在着下列区别：

1. 性质不同。“拟制”纯粹是立法上的一种文字表述技巧，是立法者为了避免法律条文文字复杂、冗长而采用的一种表述方式，它并非由一事实的存在推论出与之相关的另一事实的存在。例如，我国农副产品购销合同条例第18条第9款规定：“被拒收的一般产品，在代保管期间，必须按原包装妥善保管保养，不得动用，一动用即视为接收”。很明显，这一规定并非从“动用”推论出“同意接收”，而只是使“动用”发生与“接收”相同的效果，将它作为“接收”的一种特殊情况。推定则不同，它通常包含着推论，是从“基础事实”推论出“推定事实”。如《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干问题的意见》规定的“债务人停止支付到期债务并呈连续状态，如无相反证据，可推定为‘不能清偿到期债务’”，是从“停止支付到期债务并呈连续状态”，这一基础事实，推论出“不能清偿到期债务”这一推定事实。

2. 能否用反证推翻不同。“拟制”的目的是使甲事实产生与乙事实相同的法律效果，甲事实的存在得到证明后，自然不允许对方当事人再提出证据来推翻乙事实，如上例中已经动用的事实一旦被证明，同意接收的事实也就随之确定，对方当事人不得再提出证据来推翻这一事实。推定则不同，它仅仅是法律上的一种假定，只有在缺乏相反证据的情况下，推定事实才会被认定，因此法律允许当事人提出反证推翻推定事实，例如，即使提出破产申请的债权人证明了“债务人停止支付到期债务并呈连续状态”，债权人亦可提出相反证据证明其并非“不能清偿到期债务”。

3. 对举证责任的影响不同。在“拟制”中，双方当事人发生争议并且需

---

① 塞西尔·特纳：《肯尼刑法原理》，华夏出版社，1989年，第486－487页。

要证明的始终是前一项事实，尽管一方当事人主张的是后一事实的法律效果，如前例中需要证明的始终是“是否动用”这一事实。前一项事实的证明责任始终是由主张该事实的当事人负担的，并且由于法律不允许对后一事实进行争议，所以不发生将后一事实的举证责任转移于对方当事人的问题。因此，“拟制”并不影响举证责任的分担，如果说它对举证责任有影响的话，那仅仅表现在变更证明对象上，使当事人可以通过对前一事实的证明替代对后一事实的证明。在推定中，需要证明的主要是后一项事实，即“推定事实”，只是由于推定的存在，主张“推定事实”存在的一方当事人可以只对“基础事实”进行证明，该事实被证明后，由于推定的作用，法律便假定“推定事实”存在，这样便把证明“推定事实”不存在的举证责任转移于对方当事人。可见，推定与“拟制”不同，它具有转移“推定事实”的举证责任的作用。

六、证据效力规定与推定

在各国的法律中，还有些有关证据效力的规定，这些规定与推定不无相似之处，所以常常被看作是推定。例如，德国民事诉讼法第 437 条规定：“从形式和内容两方面都可以认为是由官署或由具有公信权限的人所制作的证书，推定其本身是真实的。”同时又在 415 条中规定“对公文书内记载的事项，许可用证据证明其为不正确”。此外，在第 440 条中还对私文书真实性的推定作了规定。日本民事诉讼法第 323 条、第 326 条也分别对推定公文书和私文书为真实的条件作了规定。我国民事诉讼法中也有类似的规定，如“经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”(第 67 条)

德、日两国的学者认为，这些规定虽然使用了“推定”二字，但并非真正的推定，它们实际上是法律关于某种证据效力的规定，是法定的证据规则。

在我国理论界，这类规定一直被看作是法律上的推定，笔者认为，与其说它是推定，倒不如说是法律关于公证文书等的证据效力的规定更为确切。

一些学者把民事诉讼法第 67 条的规定看作推定，是因为法律允许用反证推翻公证证明。在这一点上，它确实与推定与共同之处，但进一步分析，它与推定的区别就显现出现了。

首先，推定是从甲事实的存在依法推论出与之相关的乙事实的存在或不存在，推定事实乙存在与否，取决于基础事实甲的存在是否被证明。而法律关于公证文书的规定，只是规定了公证文书在民事诉讼中的证据效力，只有赋予公证文书很强的证明力，要求法院在无足以推翻它的相反证据的情况下，必须把

经公证证明的法律行为、法律事实和文书作为认定案件事实的根据，而不必像其他书证那样，要经审查核实后才能作为认定事实的根据。

其次，从与举证责任的关系来看，两者也有明显的区别，法律上的推定具有转移举证责任的作用，即在基础事实被证明后，将关于推定事实不存在的举证责任转移于对方当事人。民事诉讼法第 67 条关于证据效力的规定则无转移举证责任的作用，具体而言，对负举证责任的一方当事人来说，尽管可以通过提出公证文书来证明他所主张的事实，但这只不过使他提供的证据具有较强的证据力而已，举证责任并不会因此而转移于对方，也就是说，他依然负有举本证的责任，而对方当事人因不负举证责任，所以为推翻由公证文书证明的事实等，只需提供足够的反证，使事实陷于真伪不明状态即可。一旦公证文书的证据效力被否定，主张事实的一方仍然要对该事实负举证责任。下面的例子或许有助于说明这个问题：甲依据遗嘱主张继承遗产，乙否认遗嘱的真实性，这里遗嘱真实的举证责任无疑应当由甲负担，如果遗嘱的真实性处于真伪不明状态，败诉的后果必定是由甲负担。甲提出经公证证明的遗嘱作为证据，但这并不能改变他仍对遗嘱真实性负举证责任的局面，乙为推翻该公证遗嘱，提出足够的反证即可。民事诉讼法第 67 条在涉及推翻公证证明时，用的是“但有相反证据”，这也足以说明举证责任并未因公证证明而转移于对方当事人。

第四节　当事人的承认

一、承认事实与承认诉讼请求

几乎各国的诉讼理论都认为，在“承认”这一名称下包含着性质各异的两种承认——对事实的承认和对诉讼请求的承认。尽管这两种承认都是作出承认的当事人实施了于自己不利的诉讼行为，尽管承认事实有时也会产生法院满足对方诉讼请求的诉讼结果，但它们毕竟是两种性质不同的承认。前者的对象永远是事实，是对方当事人主张的不利于自己的事实。这种承认是当事人基于诉讼中的辩论原则实施的行为，并且作出承认通常并不会导致败诉的结果。因为当事人可以承认对方作为诉讼请求或反驳诉讼请求依据的数项事实中的一项或两项，而否认其余的事实，或者是在承认的同时提出新的事实进行反驳。后者的对象是对方的诉讼请求，即关于某种实体权利义务关系的主张。这种承认是当事人基于诉讼中的处分原则实施的，并且通常会导致法院依据该承认作出满

足对方当事人诉讼请求的判决。

上述对象、依据、后果上存在的差异，使得民事诉讼理论有必要明确区分这两种可能会被混淆的承认，分别赋予它们不同的名称。在前苏联和东欧社会主义国家的民事诉讼理论中，它们分别被称为对事实的承认和对诉的承认。在德国、日本及我国台湾的民事诉讼理论中，对事实的承认被称为“自认”，而对诉讼请求的承认被称为“认诺”。我国民事诉讼理论借鉴前苏联较多，故亦将它们称为对事实的承认和对诉讼请求的承认。

从与举证责任的关系看，这两种承认不无相同之处。多数国家的法律规定诉讼上的承认一般具有免除举证责任的效力，对诉讼请求的承认则可以使法院依据承认直接作出满足对方诉讼请求的判决，从而亦具有免除对方就诉讼请求根据的事实所负担的举证责任的效力。

应当强调指出，尽管它们都具有免除举证责任的效力，但真正与举证责任有密切关系的，仍然是对事实的承认。这一方面是因为对事实的承认是当事人陈述的内容之一，属民事证据的范畴；另一方面则是因为当事人承认对方的诉讼请求，可能是出于各种不同的考虑，对诉讼请求的承认，并不一定意味着同时也承认诉讼请求所依据的全部事实。因此，本章后面所分析的，仅仅是当事人对事实的承认，并且主要是当事人在诉讼中作出的承认，也只是在这一意义上使用当事人承认这一术语。

二、外国法律关于承认效力的不同规定

从各国法律关于诉讼上承认的效力的规定看，存在着几乎完全相反的两种情况。多数国家的法律不要求法院对诉讼上的承认进行审查，而直接赋予承认具有免除证明的效力，但也有少数国家的法律规定法院必须对承认的真实性进行认真的审查，然后才能确定是否可以把它作为认定事实的依据。大陆法系、英美法系国家的法律基本上属于前一种情况，前苏联和东欧社会主义各国的法律大体上属于后一种情况。

承认具有免除证明、免除对方举证责任的效力可谓源远流长。从诉讼史上看，古罗马民事诉讼中当事人在诉讼中的承认被赋予与法院判决同样的法律效力。《十二铜表法》第3表第1条规定：“对于自己承认或长官判决的债务，有30天的法定宽限期。”这样，当事人主张的债务经对方承认后，不仅免除了该当事人的举证责任，而且使该债务处于与法院判决的债务同等的地位。

在英美法系国家，一方当事人主张的事实如果在诉讼中为对方所承认，这种正式的承认就完全免除了主张该事实一方的举证责任。在审判实践中，诉讼

中的承认既可以通过语言或书面形式作出，也可以通过单纯的沉默行为来作出。例如，在莫尔特比诉克里斯蒂一案中，“作为诉讼一方的一个拍卖商曾签发了一份明细表，其中讲到某些货物是一个破产者的财产，基于这一事实，法院认为，诉讼的另一方没有必要提出证据来证明那些货物的主人确已破产。”

在大陆法系国家，法律中对诉讼中承认的效力一般都作出明确规定。有的规定承认具有免除举证责任的效力，有的则进一步规定承认还具有拘束法院的效力。德国民事诉讼法典第288条规定：“当事人一方所主张的事实，在诉讼中经对方当事人于言词辩论中自认，或者在受命法官或受托法官前自认而作成记录时，无须再要证据。”日本民事诉讼法典第257条规定：“当事人在法院已自认的事实……不须证明。”法国民法典设专节对当事人的自认作出规定，将自认分为诉讼程序以外的自认和裁判上的自认，明确规定“裁判上的自认，对于作此自认的人，有完全的证据力。”（第1356条第2款）。学者们认为，这一规定实际上意味着除法律另有规定外，自认具有拘束法院的效力，不论法官内心怎么想，都应当把自认的事实作为真实的，作为裁判的基础。

前苏联的法律没有把当事人承认的事实作为不需要证明的事实，而是有条件地赋予承认一定的证据效力。苏俄民事诉讼法典第60条规定：“一方当事人承认另一方当事人提出的请求或反驳所依据的事实，对于法院没有约束力。法院如果不怀疑承认与案情的一致性，并且认为承认的一方当事人没有处于受欺骗、暴力、威胁与误解的影响之下，不是有意隐瞒真相，可以认定被承认的事实。”

这表明前苏联的法律对承认所持的态度与大陆法系国家和英美法系国家完全不同，不仅未将承认的事实作为免予证明的事实，而且明确规定承认对法院没有约束力，并要求法院首先应当用怀疑的眼光来审视当事人作出的承认，应当像审查其他证据那样对承认进行审查，在确认承认与案情相一致，并且排除了可能导致承认不真实的种种情况后，才能认可承认，才能免除主张被承认事实的当事人的举证责任。

前苏联的民事诉讼理论认为：“在苏维埃民事诉讼中，当事人作出的承认，对法院没有约束力。如果法院认为这种承认符合案件情况，并为其他证据所证实，法院可以考虑这种承认。如果法院否认这种承认的可靠性，当事人之间没有有关事实的争议仍然不能免除当事人负担证明的责任。”

三、诉讼上承认应具有免除举证责任的效力

与上述国家不同，无论是我国的民事诉讼法（试行）还是现行民事诉讼法

均未专门对当事人在诉讼中的承认作出规定。现行民事诉讼法只是在第 71 条中笼统地规定："人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。"这样，法律便把当事人在诉讼中承认的证据效力，是否具有免除举证责任的作用留待司法实践和诉讼理论去解决了。

当事人的陈述可以有种种不同的分类，根据它是否符合本人的诉讼利益，可以分为确认和承认两种情况。确认，是指当事人在诉讼中所作的关于有利于自己的事实的陈述。当事人的确认，是应结合本案其他证据进行审查后才能作为认定事实的根据，这无疑是正确的。因为当事人与诉讼结果有直接的利害关系，当事人为了胜诉，可能会作出不真实的对自己有利的陈述，如故意夸大或缩小所确认的事实，甚至确认根本不存在的事件或行为。这种不真实的确认在诉讼实践中并非罕见。

但是，能否依据我国民事诉讼法的上述规定得出对当事人的承认也一定要经过其他证据印证并被证明为真实后才能作为认定事实根据的结论？笔者认为，在通常情况下，对当事人在诉讼中承认的事实，人民法院没有必要再结合其他证据进行审查，即可把它作为认定案件的依据，对方当事人也不必再对被承认的事实进行证明。只有当人民法院对承认的真实性产生怀疑的时候，才有必要进行审查。也就是说，对待当事人的承认，应当以不审查为原则，以审查为例外。原因在于：

第一，当事人的承认在大多数情况下与案件事实的真实情况相符合。承认是当事人承认对方主张的不利于自己的事实，这就决定了作出承认的当事人一般不会去承认那些虚假的事实。此外，从诉讼实践看，当事人往往只是承认对方主张事实中的一部分，而对其余事实表示否认，全部承认对方主张的事实的情形为数极少。这也进一步说明当事人并非把承认作为实现非法目的的手段。

第二，有助于提高诉讼效率并且有利于法院集中精力查明当事人有争议的事实。诉讼实践表明，当事人一般不会对所有的事实问题进行争议，有争议的事实总是限于其中的一项或两项。如在原告要求被告归还借款的诉讼中，被告可能承认借款的事实但主张已经归还，在要求被告履行合同的诉讼中，被告可能对订立合同的事实并无异议，但主张原告在订立合同时有欺诈行为。对这些已为当事人承认的事实，如果仍然要求对方当事人负举证责任，仍然要求法院通过其他证据来查明，非但会增加当事人和法院的负担，而且会大大延缓诉讼的进程。另一方面，让法院去审查那些当事人之间并无争议的事实，既与法院审判工作的性质相悖，也会分散法院的精力。

第三，可以充分发挥承认在诉讼中的作用。在现实生活中，有些事实往往

除了双方当事人之外，没有第三者知道，也未留下任何其他凭据。在这种情况下，如果一定要经过其他证据验证后才能将承认作为认定事实的根据，势必会限制承认在诉讼中的作用。应当看到，承认不同于确认。单是一方当事人的确认不足以构成认定案件事实的依据，但承认却可以，即使承认是案件中的惟一证据，只要不存在当事人互相串通通过承认达到非法目的的迹象，法院也可以把它作为认定案件事实的充足依据。

第四，有利于克服前苏联模式带来的弊端。我国的民事诉讼制度深受前苏联模式的影响，新中国的第一部民事诉讼法——《中华人民共和国民事诉讼法》(试行)，便是在前苏联的诉讼理论和诉讼模式的强大影响下制定的。法律中的许多条文都留下了“苏式”印记，第 62 条第 1 款关于当事人陈述的规定亦不例外，从中可以看到苏俄民事诉讼法典第 60 条的影子。有关资料表明，第 60 条的规定是试图避免存在于资本主义国家民事诉讼中的当事人承认具有拘束法院效力的弊端。这本来是正确和合理的，但完全反其道而行之的偏激模糊了立法者对承认自身特点的认识，使他们总是用怀疑的眼光看待当事人作出的承认，并且以当事人的承认可能不符案件真实情况为基点对承认的效力作出规定。这就难免使规定的内容矫枉过正。

第五，符合我国民事诉讼制度发展的趋势。自 1982 年颁布民事诉讼法(试行) 以来，持续 10 余年的改革开放促使中国社会发生了极为深刻的变化。生机勃勃的社会主义市场经济正在逐步取代以苏联模式为蓝本建立起来的僵化死板的计划经济，社会主义民主日益得到加强。从“姓资姓社”传统思维定势下解放出来的中国人民正以更为客观、务实的态度重新审视包括法律在内的西方社会的文明成果。这一切不能不直接或间接地影响着我国的民事诉讼制度，也为我们克服苏联模式带来的弊端提供了契机。

1991 年 4 月，我国颁布了经修订的民事诉讼法。这次修订不但为我国民事诉讼法增添了许多新内容，而且也为它注入了新的价值取向和审判观念。协议管辖制度的增设、当事人提供证据责任的加强、说教式审判方式的废置、对一审裁判全面审查的改变，表明了我国民事诉讼法正在努力弱化以前那些被不适当地强化的职权主义因素，以增强当事人在诉讼中的地位和权利，从而使我国的民事诉讼制度更为贴近民事诉讼的自身规律。对当事人的承认采取不审查为原则、审查为例外的作法，无疑符合我国民事诉讼制度的发展走向。

令人欣慰的是，我国的审判实践早就朝着正确的方向迈进了。1984 年 8 月，最高人民法院在其发布的《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中指出：“债权人和债务人双方都承认的借贷关系，依法也应予以保护。” 1992

年7月，在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》中，最高人民法院将因承认而免除举证责任的范围从债务案件扩大到其他民事案件，明确规定一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求为另一方明示承认的，无需举证。（第74条第1款）

当然，当事人对经对方承认的事实不负举证责任并不是绝对的，因为当事人对事实的承认并无绝对的证据效力，并不能拘束法院。人民法院在必要时，完全有权对当事人承认的事实进行审查，完全有权舍弃当事人虚假的承认，依据查明的事实对案件作出裁判。

其实，即便是西方资本主义国家，也并未赋予承认以绝对的证据效力。大陆法系国家一般是从两方面对自认的效力加以限制。首先从案件和事实的性质上限制自认的适用。在德、日等国，自认的效力仅限于辩论原则所适用的案件和事实，一旦进入了法院应依职权审理的范围，自认便无适用的余地。例如，德国民事诉讼法明确规定本法关于认诺和审判上自认效力的规定不适用于家庭、亲子、抚养、禁治产这些被认为有关社会公益的诉讼。（第617条）此外，即使在一般的民事案件中，凡属法院应当依职权调查的事项，自认亦不发生效力。如对于属于诉讼成立要件的管辖合意（即协议管辖），法律要求当事人必须以书面形式证明管辖合意的存在，当事人的自认不能替代书面证明。其次从自认是否真实上进行限制。如果当事人自认的事实明显地不真实、不可能，或者与法院已认知、已查明的事实相违背，自认就不能发生证据效力。显然，上述限制具有一定的合理因素，对于研究我国民事诉讼中当事人承认的效力不无参考价值。

四、诉讼上承认与诉讼外承认

诉讼上的承认是指当事人在诉讼过程中向独任审判员或合议庭的审判员、陪审员承认对方所主张的不利于自己的事实。作出承认的通常是当事人本人。作出承认的时间，可以在开庭审理前的准备阶段，如被告在提交的答辩状中作出承认，或者是在回答审判人员庭审前的询问时表示承认；也可以在开庭审理的过程中作出，如在法庭调查时的陈述中或是在法庭辩论阶段作出。承认的对象一般只包括事实，并且是对自己不利的事实。承认通常是在对方当事人主张该事实后才作出。如果当事人承认在先，对方主张在后，也不妨碍构成承认，因为这仍然具有双方对该事实陈述一致这一承认的本质。如前所述，凡是诉讼上的承认，一般都具有免除对方当事人举证责任的作用。

对于对方主张的不利于自己的事实，当事人根据实际情况，可以全部予以

承认，也可以只承认其中的一部分，而对另一部分予以否认。如为全部承认，则全部免除对方当事人关于该事实的举证责任。如为部分承认，则举证责任的免除仅限于被承认部分，未被承认部分仍应由对方当事人负举证责任。例如，原告主张曾将3000元定期存款单和1000元国库券交与被告保管，被告承认保管存款单而否认有国库券。于是，原告不必再对存款单举证，但对有争执的1000元国库券仍负有举证责任。

承认也完全可能发生在诉讼过程之外。如被告诉讼前给原告的信件中曾承认向原告借款，或者原告在诉讼前要求被告归带欠款时被告曾同意归还，或者被告曾向第三人承认向原告借款。尽管都是承认对自己不利的事实，但诉讼外作出的承认与诉讼中作出的承认差别甚大，各国的诉讼理论和实践都不承认诉讼外作出的承认具有免除举证责任的效力。当然，对方当事人可以把这种承认作为证据来使用，通过举证证明诉讼外承认来证明所主张的事实。

五、附加理由的否认与附加限制的承认

当事人的陈述是承认还是否认，直接关系到对方当事人能否免除举证责任。正确区分当事人所作的这两种不同性质的陈述，对正确处理举证责任至关重要。在当事人陈述的各种复杂形态中，以下两种是特别需要予以注意的——附加理由的否认和附加限制的承认。在分析这两种形似而实异的陈述之前，不妨看一下实例：

实例1：前苏联的曼金向克罗希娜提起诉讼，要求返还山羊。根据原告人所说，这只山羊是他在1941年撤退时交给被告人的丈夫保管的，而根据被告人所说，这只山羊是她丈夫从原告人那里买来的。其他足以证明山羊是委托保管或是已经出售的证据材料，当事人一概未提出，法院也无法取得。

实例2：原告刘青松与被告张军民均是经营服装的个体户，原告人主张被告人1985年10月去广州进货时因手头现金不多向其借款5000元，现要求其归还，被告人在诉讼中承认借款5000元一事，但提出已归还4000元。

实例3：原告主张与被告曾订有租房协议，要求被告交付协议中出租的三间房屋，被告承认与原告订立协议一事，但提出当时双方还约定待被告获准去香港定居后，才将房屋交付原告使用，因去香港定居的手续至今未办妥，故无法交房。

上述实例的共同之处在于被告所作的陈述与原告主张的事实部分相一致，但其余部分又相矛盾。能否将被告的这类陈述看作诉讼上的承认，是个相当复杂的问题。在德国、日本及台湾的民事诉讼理论中，上述情形被称为“有附加

或限制自认。”德国民事诉讼法专门就“对自认的附加”作出规定：“在法院所作的让步的陈述，即使在其他附加或者限制的主张，应该在何种程度上视为自认，由法院按照具体情况决定。”（第289条第2款）。台湾民事诉讼法以上述规定为蓝本，在第279条第2款中规定：“当事人对自认有所附加或限制者，应否视有自认……由法院审酌情形断定之。”上述规定实际上是把这一复杂的问题留给诉讼实践去解决，由法官根据陈述的具体情形斟酌决定。我国民事诉讼法对这一问题未作任何决定，因而正确的理论分析对指导审判实践便具有特别重要的意义。

在第一个实例中，尽管被告承认原告曾将山羊交给其丈夫，但同时又提出买卖合同关系来否认原告主张的保管合同关系。原、被告主张的事实相互矛盾，必有一假。因而被告用买卖合同的陈述来否定原告关于保管合同的陈述，实际上并未承认原告主张的事实，所以原告仍然要对交付保管的事实负举证责任。前苏联的最高法院正是这样考虑的。该院认为：原告曼金应对其诉讼所根据的事实，亦即依保管合同移交山羊的事实进行证明。如果被告人对这一事实不提出争执，那么原告人关于已订立保管合同的确认便得到证实，但是被告的陈述断然否定了这一事实，因而也就引起了对原告人所确认的事实的真实性的怀疑。由于这种怀疑经法院认真分析研究后未得到消除，那么根据分担举证责任的规定，就应该从有利于被告人的方面来进行考虑。

德、日等国的民事诉讼理论将上述情形称为“附理由的否认”，这无疑是符合这种陈述的本质的。既然这种陈述的实质为否认，自然也就不能免除对方当事人的举证责任。

第二个实例中的情形显然不同。被告一方面承认借款5000元，另一方面主张已归还其中的4000元，也就是说被告一方面承认原告主张的作为诉讼请求根据的事实，另一方面提出清偿这一引起借贷关系消灭的事实来反驳原告的诉讼请求。根据举证责任分担的原则，原告本应就借款5000元这一产生借贷关系的事实负举证责任，但因被告已承认这一事实，原告的举证责任被免除，清偿属消灭借贷关系的事实，故应由被告就已偿还4000元一事负举证责任。

德国民事诉讼法将当事人在承认借款的同时又主张清偿称为提出“独立的攻击或防御方法”，并明确规定“对于审判上的自认，附加有包含独立的攻击或防御方法的陈述者，并不影响自认的效力。”在英美法系中，上述情形被称为“承认而又否定的抗辩”（pleas in confession and avoidance）。这种抗辩一方面免去了对方当事人关于被承认事实的举证责任，另一方面又使该当事人负担起关于新提出的抗辩事实的举证责任。

第三个实例中的情形又有别于第二个实例。在该例中，被告虽然承认与原告订有房屋租赁合同的事实，但同时又主张该合同附有停止条件。该例提出的问题是被告的这种陈述能不能算作自认。如果是自认，原告的举证责任是全部被免除，还是仅仅免除对订立合同事实的举证责任？应当由原告对租赁合同未附条件负举证责任，还是应由被告就附有停止条件的事实负举证责任？

从大陆法系的情况看，法国与德国对此采取了不同的解决办法。法国民法典第1356条第3款规定："裁判上的自认，对于作此自认的人，不得分割"。这一规定确立了自认不可分割的原则。该原则将自认看作一个整体，不得去掉任何部分，不允许对方当事人援引作出自认一方陈述中对其有利部分而否认对其不利部分，不允许对方当事人通过上述方法免除自己的举证责任而让对方负担起对其不利部分的举证责任。按照德国民事诉讼法的规定，自认是可以分割的，在当事人对自认有所限制时，法院可以依据具体情况确定在何种程度上构成自认。日本和台湾也采取德国的处理方式。法国的处理方式受到德、日两国学者的批评，他们认为双方当事人陈述一致部分的事实仍要举证证明是不妥当的。但是，从法国的诉讼实践来看，这两种处理方式的差别要比表面上呈现出来的小，因为法国法院是根据自认中两项事实是否具有关联性来决定是否适用自认不可分原则的。就第二个实例中涉及的情形来说，法国法院便会认为两者无关联性，从而排除自认不可分原则的适用，从而使实际处理结果与德国相同。

但是，在对待第三个实例时，这两种处理方式的差别就显现出来。法国法院会认为订立合同的事实与合同附有条件的事实是不可分的，因此应当由原告就订立合同的事实负举证责任。而德国法院则会认为订立合同的事实已被自认，故原告不必再对该事实负举证责任。至于租赁合同是否附有条件这一争议事实，德、日两国的多数学者将它看作否定原告请求权的反对规定或例外规定，根据举证责任分担的原则，应当由被告就附停止条件的事实负举证责任。

德、日两国的民事诉讼理论将2、3两个实例涉及的情形统称为"附限制的自认"，并认为凡属附限制的自认，双方当事人的陈述一致部分成立自认，不必再对该事实进行证明；相矛盾部分仍需证明，按照举证责任分担的原则来确定应由哪一方当事人证明。不难看出，用上述方法处理附限制的承认具有明显的合理性。作为一种共有的诉讼现象，附限制的承认也广泛存在于我国的民事诉讼中，尽管我国的民事诉讼理论对这一现象研究甚少，但我国审判实践中对此问题的处理与德、日两国并无二致。这一事实或许可以从另一个侧面印证上述处理方法的合理性。

六、需要研究的几个问题

(一) 不争执能否视为自认

对一方当事人主张的不利于己的事实，另一方当事人既未表示承认，亦未作否认的表示，并且在法庭辩论的各个阶段均未作任何否认的表示，也就是说在上述过程中始终未对不利于己的事实提出任何争执。那么，能否将当事人未提出争执看作是承认对方所主张的于己不利的事实？能否因此而免除主张该事实的当事人的举证责任？

德、日两国的民事诉讼法将上述情形看作是拟制的自认。德国民事诉讼法一方面规定当事人应就事实状况为完全而真实的陈述，当事人对于对方当事人所主张的事实应为陈述，并规定审判长应该使当事人就一切重要事实作充分地说明；另一方面则明确规定"没有明显争执的事实，如果从当事人的其他陈述中不能看出有争执时，即视为已经自认的事实"。(第 138 条、139 条) 日本民事诉讼法规定："当事人在言词辩论中对于对方所主张的事实，不做明确的争执时视为对该事实已经自认。但根据全部意图可以认为对该事实有争执的，不在此限。"法国以往不承认拟制的自认，认为自认必须是当事人有意识地、明确地作出的，但目前已有所转变，立法和判例越来越倾向于承认默示的承认。在英美法系国家的民事诉讼中，学说和判例亦承认默示的承认。塞西尔·特纳对承认默示承认的理由作了如下解释："一种较为复杂而又更为经常的情况是，当着某个人的面作出某种陈述，如果这种陈述是虚假的，这个人自然就会加以反驳，而他却保持沉默，'沉默即可视为同意'，这就意味着他承认了该陈述的真实性。"大陆法系学者对法律规定拟制承认的理由作了相同的解释，他们认为在一方当事人陈述的事实严重地不利于另一方时，另一方不可能保持沉默而不予反驳。

为了缓解拟制自认给一方当事人带来的不利后果，德、日两国允许未在第一审提出争执的当事人在第二审对被视为自认的事实提出争执，只要该当事人在第二审的言词辩论终结前提出争执，法院便取消拟制自认。

当事人对不利于己的事实不争执的情况同样也存在于我国民事诉讼之中，但从我国现行法律的规定来看，并未把不争执当作承认对方主张的事实看待。民事诉讼法第 71 条第 2 款明确规定："当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实"。最高人民法院在适用民事诉讼法的意见中也只把明示承认作为免予证明的原因。这些都表明我国目前尚不承认拟制（默示）的承认。

当然，这并不意味拟制承认不具有合理性。拟制承认的合理性是显而易见的，妥善地运用拟制承认有助于明确当事人争议的事实、有助于加快诉讼的进程。我国目前不承认拟制承认，只是因为目前的条件还不够成熟。

首先，由于文化水平低、法律知识欠缺等原因，仍有相当一部分当事人缺乏对诉讼中的复杂事实作出正确判断的能力，因而有时难以准确分辨对方主张的事实中哪些将会给自己带来严重的不利后果，不能及时地表示否认。

其次，拟制承认的合理运用还有赖于审判人员，特别是审判长对案件中的事实问题作必要的说明。这种说明对帮助当事人了解各种事实的诉讼中的意义和作用是十分必要的，它有助于当事人把握应当并且能够提出争执的事实的范围。德国民事诉讼法在法官的阐明义务中要求“审判长应该使当事人就一切重要的事实作充分的说明，并且提出有利的申请，特别在对所提事实说明不够时要加以补充，还要表明证据方法。为达此目的，在必要时，审判长应与当事人共同从事实上和法律上两方面对于事实关系和法律关系进行阐明，并且提出发问”。(第 139 条第 1 款）这一规定为拟制自认不致被误用提供了必要的保障。我国民事诉讼法未把“阐明”作为审判的行为规范，这就不能不在一定程度上影响了阐明作用的充分发挥，也使得拟制承认的运用缺乏必要的保障机制。

再次，我国民事诉讼法并未规定当事人对于对方主张的事实应当作出陈述，并且默认当事人有权保持沉默，这就使得拟制承认的运用缺少必要的前提。

最后，我国明确承认诉讼上的承认具有免除举证责任作用的时间还不长，司法实践中对承认的运用也有个循序渐进的过程，不可能一步到位。如果把承认的范围一下子扩大到默示承认，可能造成欲速而不达的结果。总之，由于上述制约因素的存在，我国目前还不宜采用拟制承认。

（二）“不知道”、“不记得”能否视为承认

除当事人对不利于己的事实不争执的情况外，诉讼实践中还存在着这样的情形：对一方当事人主张的于另一方不利的事实，另一方表示“不知道”或“记不得”，或者是在法院问及对某一方当事人不利的事实时，该当事人作上述表示。如何处置上述情形，能否把当事人的这种表示看作是对于己不利事实的承认，这是民事诉讼理论与实践需要解答的另一问题。

当事人回答不知道、不记得有两种情况。一种是该当事人确实不了解对方所陈述的或是法院所询问的情况，或是因某种原因忘却了上述事实；另一种是该当事人并非真的不知道或不记得，而是为了回避这一事实，他既不愿意承认对自己不利的事实，又不愿意在法庭上作虚假的陈述，于是便采取回避的方

式。

一般来说，通过分析应当陈述或回答的事实与该当事人之间的联系，是不难区分上述两种情形的。如果事实中涉及的行为不是该当事人亲自实施的，或者从具体情况分析当事人不可能亲自了解这一事实，如对前任法定代表人签订合同的具体情形、被继承人生前是否作出免除债务的表示、被继承人生前是否为原告保管过财产等，那么该当事人表示不知道是合乎情理的。如果事实中涉及的行为是当事人亲自所为或者是当事人应当了解的事实，当事人表示不知道就完全不合情理。同样，如果是发生时间已久的行为或事件，当事人表示不记得是合乎情理的；如果是不久前发生的行为或事件，当事人表示不记得便足以引起怀疑。

在当事人为回避作出明确陈述或回答而推说不知道或不记得时，法院能否将它视为承认，这是诉讼实践必须回答的问题。德国民事诉讼法基于当事人对事实状况有为完全而真实的陈述的义务，禁止当事人采取回避的作法。该法第138条第4款规定："对于某种事实，只有在它既非当事人自己的行为，又非当事人自己所亲自感知的对象时，才准许说'不知'"。日本民事诉讼法处理这一问题的方式与德国不同。该法第140条第2款规定："对于对造所主张的事实作出不知的陈述时，推定为对该事实有争执。"这表明当事人作不知陈述时不会被视为承认，对方当事人仍须就该事实负举证责任。台湾民事诉讼法第280条第2款规定："当事人对于他方主张之事实，为不知或不记忆之陈述者，应否视同自认，由法院审酌情形断定之。"这样，法律便把能否视为自认留给审判实践去解，而审判实践对于上述情形是作为自认处理的。台湾的一些学者将这种自认称为"准自认"。

我国民事诉讼法处理这一问题的方式颇具特色。从第71条关于"当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实"的规定看，首先，无论出于何种原因，法律均不禁止当事人作"不知道"或"不记得"的陈述；其次，无论当事人出于何种原因拒绝陈述，法律都不会将它看作承认。也就是说，即使当事人为回避而作上述表示，法律仍然要求对方当事人就该事实负举证责任。但尽管如此，区分因不同原因作出的上述陈述仍然具有实际意义。如果法院认定当事人是为了回避对其不利的事实而作出不知或不记得的陈述，便有充分的理由将这一陈述作为对该当事人不利的证据。

（三）诉讼代理人能否作出承认

在民事诉讼中，有相当一部分案件是诉讼代理人与当事人一同出庭参加诉讼的，有一些案件甚至是受到特别委托的诉讼代理人单独出庭的。诉讼代理人

在陈述的过程中，也可能会明确地承认对方主张的于被代理人不利的事实。这种承认是否也具有免除举证责任的效力？

如果作出承认的代理人是法定代理人，对以上问题就应当作出肯定的回答。因为法定代理是一种全权代理，法定代理人实施的一切诉讼行为，在法律上与当事人的诉讼行为具有同等的效力。但是，对非法定代理人的诉讼代理人作出承认，问题就不那么简单了。德国民事诉讼法对此作了如下规定："诉讼代理人所为的诉讼行为，与当事人自为诉讼行为是同样的，使当事人负担义务。关于自认和其他事实上的陈述，如未经同时在场的当事人及时对之撤回或更正，也适用此规定。"（第 85 条）这一规定的合理性在于，一方面诉讼代理人有权代为实施包括承认对方所主张的事实在内的诉讼行为；另一方面，当事人未撤销或更正代理人作出的承认这一事实足以表明当事人是同意这一承认的。在确定我国民事诉讼中代理人作出承认的效力时，德国的上述规定无疑具有重要的参考价值。

诉讼代理人在当事人未出庭情况下作出的承认能否被看作是当事人自己的承认？一般来说，如果诉讼代理人仅仅是承认对方主张的一项或几项事实，而对其余的事实提出争执，或者在承认对方主张的事实的同时又提出新的事实来反驳对方的诉讼主张，便应当赋予其与当事人自己的承认相同的效力。因为上述承认的对象仅仅是案件事实，而案件事实的承认并不需要当事人的特别授权。况且很难想像诉讼代理人会在不了解案件基本事实的下单独出庭参与诉讼并作出承认。如果诉讼代理人对案件事实的承认将会不可避免地导致承认对方的诉讼请求，或者说在承认事实的同时也承认诉讼请求，那么就需要分析诉讼代理人是否被授予此种权利。如果承认诉讼请求包括在特别授权范围之内，并且作出承认是符合被代理人的诉讼利益的，自然应赋予其与当事人自己的承认同等的效力。否则，这种承认不具有法律效力。

（四）调解中的让步能否被看作承认

调解是我国人民法院解决民事纠纷的一种行之有效的方式。在调解过程中，为谋求早日解决纠纷，双方当事人作出一些让步是必不可少的。有时候，当事人即使不认为对方的某一诉讼请求具有充分的事实和法律依据，也会同意满足对方的请求。

如果纠纷通过人民法院的调解顺利得到解决，这种让步自然不会发生任何问题。但在当事人收到调解书前反悔的情况下，法院能否将当事人在调解中作出的承认对方诉讼请求的让步，看作该当事人已经作出诉讼上的承认？对此显然应当作出否定的回答。否定的理由不仅在于当事人作出的上述让步并不意味

着承认该诉讼请求所依据的事实，而且在于将上述让步看作诉讼上的承认会给调解工作造成莫大的损害。因为一旦把它看作诉讼上承认，当事人势必会因担心由此带来的不利后果而不愿意在调解中作出让步。

（五）诉讼上的承认能否撤销

法律赋予诉讼上的承认具有免除举证责任的效力，是以这种承认与案件事实的真实情况相一致为前提的。如果当事人出于某种原因承认了对方主张的并非真实的事实，那么允许当事人通过某种方式将已作出的承认撤销是合乎逻辑的。但另一方面，常识和经验告诉我们，当事人一般不会明确承认对自己不利的案件事实，况且，撤销已作出的承认不但会影响到对方当事人的诉讼利益，使其重新负担起已被免除的举证责任，而且会使本来已变得简明的诉讼趋于复杂化。因此，除非当事人能够提出充足的理由，是不应允许当事人轻易撤销已经作出的承认。

基于上述理由，各国在允许撤回承认的同时无不附加一定的条件。德国民事诉讼法在“自认的撤回”中规定：“当事人撤回其在审判上的自认，只限于他证明自认与真实不符，而且其自认是由于错误而发生的时，其撤回才影响自认的效力。在这种情形，自认失其效力。”（第 290 条）法国民法第 1356 条第 4 款也作了类似的规定。日本的判例表明，允许撤销自认的情形有四种：（1）经过对方当事人同意；（2）承认是在他人的欺诈、胁迫、贿赂等应受到刑事处罚的行为影响下作出的；（3）因出于误解承认了不真实的事实；（4）当事人行使更正权撤销诉讼代理人所作出的承认。

在我国民事诉讼中，似应将下列情形作为撤销诉讼上承认的理由：（1）当事人因重大误解作出了与案件事实真实情况不相符合的承认；（2）承认是在受到欺诈、胁迫等情况下作出的，并且承认与事实的真实情况不符。

应当强调指出的是，请求撤销的当事人应对其主张的理由负举证责任。

第十章　常见民事纠纷案件的证据实用

第一节　合同纠纷案件的证据实用

一、合同纠纷案件概述

合同纠纷，是指平等主体的自然人、法人、其他组织之间，为实现一定的经济目的，明确相互权利义务关系、签订和履行合同时发生的纠纷。合同纠给予之所以形成案件，是由于合同当事人之间发生纠纷后协商不成，直接诉诸于人民法院，或者是对合同仲裁机关的裁决不服，在法定期限内向人民法院提起诉讼，经人民法院立案审理的案件。随着市场经济领域不断拓宽，改革开放的逐步深入发展，新的行业不断涌现，各行各业的联系和相互依赖关系更加密切，用合同建立起来的法律关系越来越多，由此引起的合同纠纷案件也不可避免地大量出现。人民法院目前受理的合同纠纷案件主要是：买卖，供用电、水、气、热力，赠与，借款，租赁，融资租赁，承揽，建设工程，运输，技术，保管，仓储，委托，行纪，居间合同。

合同纠纷案件的形成，主要是当事人双方因合同的签订、履行等原因所致。研究、探讨合同纠纷案件的成因，首先要弄清订立合同的形式、原则及合同的法律效力。

合同是合同当事人之间确立、变更或者终止相互权利义务关系行为的方式。根据我国合同法的规定，合同的形式一般可以分为口头形式和书面形式两种。口头形式的合同是指合同当事人之间通过当面谈判或者电话形式订立的合同。书面形式的合同是指当事人的双方用文字来表达相互权利义务关系的合

同。依照法律规定，合同除即时清结者外，应当采用书面形式。

订立书面的合同是我国法律的强制性的规定，订立合同也必须遵循法律所规定的基本原则。一、订立合同必须贯彻合法的原则，即合同订立的主体、方式和程序以及所涉及的内容都要符合我国法律和行政法规的规定；二、订立合同作为一种法律行为必须合法，合同所确定的权利义务，必须是双方当事人依照我国法律和行政法规可以行使的权利和承担的义务；三、订立的合同的内容必须合法，凡是法律、行政法规的强制性决定，双方当事人都必须遵照执行；四、订立合同必须贯彻平等互利和协商一致的原则。这是当事人之间建立合同关系的法定方式。合同是双方协议的民事行为。双方当事人意思表示一致，合同才能成立。任何一方不得把自己的意志强加给对方，任何单位和个人不得非法干预。我国合同法的有关规定及其在订立合同时所必须遵循的基本原则，是审判人员在审判活动中裁判合同纠纷案件的法律准绳。

合同的法律效力，是人民法院在受理合同纠纷案件后，首先需要审查的重要事实之一。就其合同效力而言，又分为有效合同和无准备合同引起的经济纠纷案件两大类。无效合同是指当事人虽然订立，但国家不予承认和保护，不发生法律效力的合同。根据《合同法》第 52 条的规定，无效合同主要有五种：一是违反法律和行政法规的合同。遵守法律和行政法规是订立合同的基本原则之一，当事人订立的合同，从形式和程序到内容上都要符合法律和行政法规的规定。当事人只有在法律和行政法规规定许可的范围内订立合同，才能取得预期的经济目的。如果合同中的权利义务违反了法律和行政法规，就属于合同内容违法。内容违法的合同属于无效合同，法律不予承认和保护，这类合同，无论当事人主观上是否出于故意，法律都确认其为无效。二是采取欺诈、胁迫等手段订立的合同。欺诈是指当事人一方故意制造假相、隐瞒真相，致使双方当事人产生错误的认识而同意与其订立合同。合同是双方意思表示一致的法律行为。只有根据平等互利的原则，经过双方当事人充分的协商达成一致意见，合同才能成立。在一方当事人欺诈或者胁迫的情况下，另一方当事人是难以表示真实意思的，因此，不管当事人任何一方采用欺诈或胁迫手段签订的合同，都应当是无效的合同。三是以合法形式掩盖非法目的。四是当事人双方订立的合同违反了国家利益和社会公共利益，其订立的合同也是无效的。因为国家利益和社会公共利益是国家和人民群众的长远利益和根本利益，这是当事人双方订立合同所必须遵循的准则，凡是违反了这个准则的，即使合同当事人双方同意，也属无效合同。五是恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益。有效合同和无效合同的性质是完全不同的，在审判实践中，对不同性质的合同处理的

原则、方法和法律后果是不同的。对无效的合同引起的经济纠纷案件的审判，不能按照当事人之间签订合同的内容来确定双方的责任，而应本着保护国家、社会公共利益和当事人合法权益的原则，弄清无效合同的性质、危害以及由此造成的法律后果，并根据双方当事人争议的内容、纠纷所产生的法律关系，实事求是地解决纠纷，对违法行为予以纠正和制裁。

在审判实践中，确认合同是否有效，是一项十分复杂的问题，其结果不仅关系到合同当事人的切身利益，而且关系到国家和社会公共利益，关系到合同法的适用，人民法院的审判人员只有在运用证据查明案件事实的问题上，善于总结和掌握审理合同纠纷案运用证据的一般规律，使案件能做到有据可查，有法可依，在审理过程中真正做到迅速查明案情，妥善解决纠纷，达到审理合同纠纷案件优质、高效的目的。

二、合同纠纷案件经常使用的几种证据

在我国由于党的改革开放政策的实施，社会主义市场经济逐步形成，经济交往活动日趋频繁，其领域也日渐扩大。由于合同纠纷涉及到生产、流通领域里的各行各业，纠纷的原因多种多样，案件事实也较为复杂。因此，证明合同纠纷案件事实所使用的证据也是多种多样。

（一）书证

根据合同纠纷案件的特点，合同纠纷案件使用的证据主要是书证。合同纠纷案件，由于是因当事人事先设定的法律关系发生的纠纷，纠纷发生的经过，大部分都有文字材料记载。书证在合同纠纷案件中所起的作用有两种：

①书证能证明案件事实。合同纠纷案件的事实比较复杂，不同类型的合同纠纷或不同性质、不同原因的合同纠纷，需要确认的案件事实是不同的。但对于合同纠纷案件的审判，一般都需要查清以下事实：当事人双方争议的纠纷属于合同纠纷；当事人之间的合同关系是怎样建立、变更、解除的；纠纷发生的原因；当事人双方的过错责任；是无效合同引起的纠纷，还是有效合同引起的纠纷；合同履行情况，有关合同标的数量、质量等等。在一般情况下，对有效合同引起的纠纷，要查明双方履行合同的情况，查明一方或双方不履行或不适当履行的情况和原因，然后按照《合同法》及双方当事人签订的合同所确认的内容，来确定双方的责任，解决纠纷。对于无效合同引起的纠纷，要确认双方签订合同和履行合同中的过错，按照过错原则处理双方的财产争议，妥善地解决纠纷。

合同是当事人之间为实现一定的经济目的，明确相互之间权利、义务关系

的协议，它是企业进行经济活动与经济交往的重要形式。一个企业要进行生产、组织货源、销售自己的产品等经济活动，都必须以合同的形式实现。合同的签订和履行直接关系到企业的经济利益，因此，企业对于合同的签订与履行都是比较慎重的，一般都有一定的文件记载或履行一定的行政或法律手续，以保证合同的实现。例如，合同纠纷当事人原来签订的合同书、协议书、保证书、委托书、代理书、收条和履行合同的发货票、支票、托运单、提货单、税收收据、会计账薄以及当事人的营业执照、许可证书、企业的上级主管部门批准签订合同的有关文件，双方签订合同时，洽谈合同的有关记录、会谈纪要；当事人之间往来的信函、电报、电传、电话记录等。在发生纠纷时，就成为确认案件事实的书证。书证是证明当事人之间的争议属于合同纠纷的最好证据，也是确认当事人之间的法律关系是否成立，其合同效力是否合法的必不可少的证据之一。我国《合同法》第 3 条规定："合同，除即时清结者外，应当采用书面形式。"法律对合同的签订和履行的形式赋予了特殊规定，这一规定要求当事人双方在经济活动交往中要以签订书面合同为原则。除非是即时清结的合同关系可以口头建立以外，其他合同关系的建立，必须有合同书。从合同法的原则规定就可以看出，书面的合同书，在发生纠纷时就成为必不可少的书证。同时，对于合同的履行，一般也要求通过法定的程序或法定的手段来实现。因此对合同的履行的情况，一般也应有法定的文件记载。例如在购销合同纠纷中，当事人为证实双方的购销法律关系是否成立，是否已履行，除了提供签订的合同书外，还必须提供交付货物的凭证、付款的收据。再如，经铁路部门托运交付的货物，履行合同的，一定要有由铁路部门签发的托运单、提货单等书证证明履行合同的情况。这样，一旦发生纠纷，托运单和提货单就成为解决案件纠纷的有力证据。可见，合同是当事人之间以一定的经济利益为目的的预定的法律关系，因而，合同的签订和履行的每一步，都是有目的、有计划地进行的。当事人各方要保证自己的权利和义务得以实现，那么在履行合同中的每一个环节都不能空口无凭，都必须有一定的书面文件记载，都应该有一定的文字材料或手续来反映合同的签订过程和履行情况。

②书证能证明证据事实。合同的签订和履行的情况、过程，就是合同纠纷形成的案件事实。能够真实反映案件事实的证据主要是合同的签订和履行全过程中所形成的一些书证和其他相关的证据，那么，这些证明资料能否充当证据，起到证明案件事实的作用，也就是说这些证据的真实性、合法性、关联性以及证明力，还要用其他证据来印证。在经济纠纷案件中，合同书是证明当事人之间法律关系的必不可少的证据，但对合同的审查，还不能仅仅看其是否签

订了书面的合同书，而且还需要当事人提供“企业法人营业执照”或者“营业执照”、“经营许可证”等有关法定的证明效益，这些书证的提供，其目的在于证明签订合同的各方当事人签订合同的真实意图及签订合同的当事人的主体资格是否合法、法律关系是否构成、权利能力、行为能力是否存在。同时，通过书证的证明，还可以确认合同的合法性及其法律效力，是有效合同，还是无效的合同。书证不但可以用来证明案件事实和证据事实，而且也是审判人员在审理合同纠纷案件适用法律的原则和确定审判方向所必不可少的证据，因此，书证是审判人员在合同纠纷案件审理过程中不可忽视的重要证据之一。

（二）物证、鉴定结论、勘验笔录

物证的主要特征，是以其外形特征、规格和质量，证明案件事实的。在审理合同纠纷案件中常见的物证有：诉讼争议的标的物、订货样品、被损坏的物品、停建待建的建筑物等。合同纠纷比较复杂，特别是遇到当事人对诉讼标的物的质量发生争议时，更是各执一词，说法不一，在诉讼中，各方当事人甚至都可以拿出证实自己的主张成立的证明材料提交法庭。在这样复杂的情况下，审判人员就需要当事人提供有关的物证证明标的物的质量，有的合同标的物的质量属于一般生活常识，审判人员和其他的一般人均能作出判断，对于这种情况，审判人员就可以直接提取合同的标的物，作为物证来证明案件事实。但是，有些合同的标的物庞大，例如机械设备、建筑物，不易提取或不能提取，审判人员就必须到现场勘查，制作勘验笔录或照相固定，对勘验笔录的制作，要严格按照法律规定的程序进行，要客观、全面的反映有关情况。有些合同的争议标的物的质量涉及到特殊的专业技术知识或，经验，而这些知识和经验不是一般人所能具有或掌握的，在这种情况下，审判人员不能直接作出判断，必须邀请有关的专家或技术人员对标的物进行测量或检验，作出鉴定结论来证明案件事实。邀请有关专家人员充当鉴定人，这种鉴定人必须具有法定的鉴定资格，必须具备所需的专业知识和技能，必须与案件无利害关系。鉴定结论的制作必须是以鉴定人个人的名义出现，不能以机关或单位的名义制作。同时，鉴定人对诉讼中争议标的物进行合法的鉴定后，就负有出庭宣读鉴定结论，回答审判人员和当事人等提出的问题的义务和责任。

（三）当事人陈述、证人证言和视听资料

当事人陈述和合同纠纷案件中被广泛使用。当事人是合同的签订人和履行人，他们对纠纷的产生始末，对各自的所作所为最清楚，从这种意义上讲，当事人的陈述是案件的第一手材料。当事人的陈述包括陈述和承认两部分，当事

人陈述是指当事人在法庭上叙述案件的事实；当事人的承认是一方当事人在法庭上对另一方当事人所叙述的案件事实的认可。当事人的陈述必须有其他证据来印证，才能确认其证明力。但对当事人在法庭上当场承认的事实，可以不再调查其他证据加以印证。不过如果审判人员认为有必要，也可以调查其他证据来印证当事人当庭承认的事实。

由于当事人是与案件有利害关系的人，所以，当事人的陈述一般都有倾向性，他们往往只陈述对自己有利的事实，而隐瞒对自己不利的事实。例如购销合同案件中，一方当事人一般只陈述另一方当事人没有按照合同规定履行，给自己造成损失的事实，而不陈述自己的违约事实。合同的当事人由于利益所在陈述的事实往往带有片面性，但只要审判人员认真听取和仔细分析双方当事人的陈述就能从中掌握双方发生纠纷的全部经过事实。因此，审判人员在审理合同纠纷案件时，要允许双方当事人在法庭上作充分的陈述，互相质疑和辩论，以便做到兼听则明，防止偏听偏信，同时要结合其他证据判断当事人陈述的真伪。

证人证言也是合同纠纷案件经常用到的证据。企业之间的重大经济活动，一般都是以签订合同方式出现，对于合同的签订和履行的每一个环节一般也都有文字记载，在纠纷发生后都可以获取书证证明案件事实。但是也有一些合同的签订和履行，没有多少文字记载，比如因即时清结的合同所发生的争议，双方没有签订书面的合同书，合同履行的手续也很简单，在这种情况下发生的纠纷，主要靠当事人的陈述和证人证言来证明案件事实。随着经济形势的发展，经济活动的主体范围扩大了，个体工商户、农村承包经营户、私人企业等参与了商品生产和流通。这些主体不少缺乏法制观念，法律知识也比较少，文化程度有限，自我保护意识缺乏，他们在经济活动交往中往往没有更多、更详细的文字记载，甚至连只言片语也没有，仅凭所谓的“君子协定”、个人义气来进行经济活动往来。发生纠纷后，审判人员主要靠当事人的陈述和证人证言来证明案件事实。有些个体工商户或农村承包经营户之间虽然签订了合同，但合同内容过于简单，不甚严密，条款不齐全或不明确的问题也是常见的，对这类合同纠纷，也往往只能靠证人证言来证明案件事实。在合同纠纷案件中，证人证言作为间接证据被广泛使用，对某些案件的事实起到印证作用也是不容忽视的。

随着市场经济的发展，现代科技的成果也越来越多地被企业用于经济活动，视听资料也就成为现代科学技术的发展和普及而出现的一种新型的证据种类。视听资料是以录像或录音磁带记录的图像和音响，或是以电子计算机储存

的资料，比较直观、逼真的反映事实的原始状态，准确性高，证明力比较强。且它作为一种独立的诉讼证据，在民事、经济纠纷案件的诉讼中是不可替代的。

三、审理合同纠纷案件实用证据应注意的几个问题

（一）关于运用书证应注意的问题

1、书证的内容是否合法。作为证明合同纠纷案件的书证，一般是证明某种法律关系事实的。因此，其内容合法，才能作为定案依据。书证的内容与法律、法规有抵触的，则不能作为定案依据。

2、书证的内容是否为当事人真实意思的表示。如果有证据证明当事人一方采取欺诈、威迫或者胁迫等手段，使另一方当事人作出违背自己真实意愿的表示的，该书证应依法认定无效。否则，应作为定案依据。

3、书证的形式是否符合要求。对不同的书证，有不同的形式要求。有的书证不要求有特殊的形式，只要有明确的意思表示，就具有法律效力。但有的书证必须具备特殊形式，如房屋买卖合同，必须首先要经过房产管理部门办理房屋产权转移手续后，才具有法律效力。

4、书证是否有伪造、被涂改或部分毁损的可能。伪造、被涂改的、受到毁损而使内容反映不全面的书证，不能作为定案依据。

（二）关于运用物证应注意的几个问题

1、审判人员在提取物证时，应注意该物证是否是原物。如专利产品侵权纠纷，它的原始物证就是侵权的产品。但有的案件中，在特殊情况下，同类物也可以作为物证使用。

2、有的物证不能直接提取。可采取复制、拍照或摄影手段，代替物证发挥作用。因此，要注意物证的复制是否全面反映了原物的特征，如果不能反映出原物的特征，则不能作为定案的依据。如房地产纠纷等标的物较为庞大的案件，采取这些方法提取物证就比较适宜。

3、物证是否经过鉴定，这也是审判人员要引起注意的问题。有的物证不能直接证明案件事实，必须经过鉴定才起证据作用。在这种情况下，如不进行鉴定，物证就不能作为定案件的依据。如对产品质量的好坏下结论，则需要专门部门对作为物证的产品进行质量鉴定。

（三）关于运用鉴定结论应注意的几个问题

鉴定结论的特点，是具有专门性和科学性。在合同纠纷案件中，常见的鉴

定结论有文字鉴定、产品质量技术鉴定、会计账目鉴定。运用鉴定结论应注意：

①鉴定人与案件有无利害关系。民事诉讼法规定，鉴定人与本案必须是没有任何利害关系的人。如鉴定人与案件有利害关系，就有可能影响鉴定结论的准确性、真实性。

②鉴定人是否具备相应的专业知识。鉴定结论必须由有专业知识的人做出，有些鉴定结论还必须由具有鉴定资格的人做出。如果鉴定人的专业知识水平达不到要求或不具有鉴定资格，所做出的鉴定就不能成为定案的依据。

③鉴定结论是否明确。鉴定结论必须是明确的结论，才能作为定案依据。如果鉴定结论不明确，模棱两可或者矛盾，不能判断事实的性质，就不能作为定案的依据。

（四）关于运用勘验笔录的问题

勘验笔录是对涉及案件事实的现场、物证等进行勘验的记录，反映的是现场和物证的实际情况。运用勘验笔录应注意以下几个问题：

①勘验过程是否合法。勘验笔录必须由审判人员遵照法定程序进行。如果勘验过程不符合法定程序，不能作为定案的依据。

②勘验笔录是否如实地全面地反映了现场的实际情况。勘验笔录应如实地、客观地、全面地记录现场的实际情况，不能带有勘验人员的主观分析和判断。如果勘验笔录不能如实全面地反映现场的实际情况，或者带有勘验人员的主观分析和判断，则不能作为定案的依据。

（五）关于运用证人证言应注意的问题

证人证言比较其他几类证据，具有不稳定性，易受与当事人之间关系以及证人自身心理因素、生理条件、文化知识等影响。因此，在审判实践中运用证人证言时，应注意以下几个问题：

1、证人与当事人之间是否有利害关系。一般情况下，如果证人与当事人无利害关系，其证言可信程度就大些。如果证人与当事人之间有利害关系，其证言在不能得到其他证据印证的情况下，不能作为定案依据。因此，在审判实践中，审判人员必须要审查证人证言的来源，弄清楚证人证言是在法律关系的发生、变更和消灭时，当事人邀请作证的人所做陈述，还是知情人的陈述。证人证言作为定案证据使用，必须是确定、可靠的，必须是符合客观情况的，不能是证人的主观想像和道听途说得来的的东西。

2、证人提供证言是否受到外来因素的影响。证人在受到威胁、利诱、欺

骗的情况下提供的证言，不能作为证据。证人受到外来因素影响，导致其证言出现虚假性的影响因素一般有两个：一是证人的主观因素，证人的智力水平受到外界的影响，感觉认识发生错误，导致错误的判断；二是证人与案件当事人有利害关系，出于故意偏袒一方当事人而作虚假的陈述。也有些证人的陈述，是在外界的某种压力下被迫做出的，证人可能出于害怕当事人的打击报复或贪图当事人贿赂，向人民法院作出虚假的陈述。

（六）关于运用当事人的陈述应注意的问题

当事人是订立和履行合同的主体，也是合同纠纷的经历者，应该说其向人民法院所作的陈述有可能真实、可靠。但是，当事人的陈述具有两面性，一方面，当事人都是合同纠纷案件的经历者，对案情的始末一清二楚，掌握事情发生，发展变化的全过程。这就决定了当事人的陈述具有真实、完整的一面。另一方面，当事人又是案件的利害关系人，案件的处理结果关系着他们切身利益，所以当事人往往从自身的利益出发，片面陈述对自己有利的一面或向人民法院作虚假的陈述。甚至有的当事人明知自己无理，却故意编造一些事实，向人民法院陈述，企图使审判人员作出对自己有利的错误判断。因此，当事人的陈述，又有其虚假的一面。因此，审判人员对当事人陈述的审查判断，要注意其特点，要在认真听取双方当事人陈述的基础上，从中找出矛盾的焦点，并结合其他证据进行分析、印证、判断。同时，特别要注意的是，对于当事人的陈述必须在法庭上进行双方质证或者以其他证据进行印证，方能作为定案依据。

（七）关于运用视听资料应注意的几个问题

视听资料是以图像、音响或电子计算机贮存的资料等来证明案件事实的。视听资料主要有：录像带、录音带、胶卷、传真资料、电子扫描资料、电子计算机贮存资料等。运用视听资料时，要注意以下问题：

1、视听资料是否伪造。现代科学技术的日益发展，使视听资料很容易伪造，因此，运用视听资料时要先鉴定其真伪，防止以假乱真。

2、视听资料是否断章取义或被剪裁。视听资料所属断章取义或被剪裁，就不能全面客观地反映案件事实，也就无法作定案依据。

3、视听资料是否失真。有些视听资料由于保管不善，发生失真现象后很难反映出案件的真实情况。对于失真的视听资料，不可轻易地作为定案依据。

随着经济活动的日益活跃，视听资料作为证据会被广泛地运用，在审判活动中，审判人员不但对于视听资料的审查判断，显得十分重视，而且还应注意掌握各种视听资料的有关知识和使用的方法、技能，虚心向有关专家请教，以

便更好地发挥视听资料的证据作用以及辨明其真伪。

四、对合同书的审查和判断

在我国社会主义市场经济处于刚刚起步的初级阶段，市场经济活动的方式也较为复杂，但是，在一般情况下，合同书已成为连续构成当事人双方的经济法律关系不可缺少的纽带。合同书即是当事人在经济交往过程中的文字记载的依据，也能反映当事人经济活动开展的事实。因此，合同书在合同纠纷案件中占有非常重要的地位，它既是证据，也是案件事实。在审理经济合理纠纷案件时，对合同的审查判断，就成为审判人员在审判活动中的一个必不可少的重要环节。合同书既是证据，又是案件事实，就说明合同书在合同纠纷中具有双重属性，因此，我们在审查案件的过程中，就要从审查判断证据和审查确认案件事实这样两个角度去审查合同书。从证据的角度来说，要审查合同书的真实性、关联性、合理性和准确性。从案件事实这个角度来说，要用证据证明合同书所反映的法律关系的真实情况，从而根据合同法的有关规定确认合同法律关系的效力。

对合同书的审查和判断一般应从以下几个方面进行。

（一）审查签订合同书的主体

按照《合同法》的规定，签订合同的主体必须具有合法资格。所谓主体的合法资格是指凡是以法人名义签订的合同，其主体必须具有独立的法人资格，即必须经过国家工商行政管理机关审核，准予登记注册，并领取“企业法人营业执照”。个体工商户、私营企业、农村承包经营户、经济联合体以及其他经济组织，也必须经工商行政管理机关核准登记，并领取“营业执照”，否则，主体不具备合法资格，所签订的合同无效。对合同主体资格的审查与认定，要求当事人提供各自的营业执照副本为依据，并根据《合同法》及国务院的有关合同法规、最高法院的有关司法解释进行审查。

（二）审查签订合同当事人的履约能力

签订合同的当事人，除具有合法资格以外，还必须具有履约能力。在司法实践中，有些工商企业虽然经过工商行政管理部门核准登记，取得营业执照，但其明知自己没有履约能力，却与对方签订与自己的经营范围、经营规模和自有资金不相适应的合同。这种当事人签订合同时具有明显的欺诈性。因此，对无实际履行能力的工商企业所签订的合同，应确认为无效合同。但是，有些工商企业签订合同时虽然超出国家核定的经营范围和自有资金，但在合同规定的范围内及履行期限内，通过正当渠道可以筹集到履行合同所需要的资金及货

源，可以认定其签订的合同有效。可见，签订合同的当事人，除必须具有合法的资格以外，还应当具有与其经营范围，经营规模相适应的自有资金和履行合同，承担民事责任的能力。

（三）审查签订合同代理人的资格与代理权限

在审判实践中，合同书有些是法定代表人签订的，有些则是法定代表人委托的代理人签订的。凡是委托代理人签订的合同，在认定合同的主体资格时，应首先认定代理关系是否成立的法律效力。这就要求当事人提供法定代表人的委托代理书、授权证明书，证明法定代表人与代理人间的代理关系以及代理人的代理资格与权限。在审判实践中，合同签订的情况比较复杂，有些合同的签订人没有经过法定代表人的委托授权，而擅自与对方签订合同；有些合同的签订人是凭本单位的介绍信或持本单位的空白合同书与对方签订合同；有些合同签订人所持的介绍信或法人委托书是从其他企业借来的或买来的，用这种借来或买来的介绍信或法人委托书去与对方签订合同；有些签订合同的代理人为了谋取私利，超越代理权限或以被代理人的名义同自己或同自己所代理的其他人签订合同。以上种种情况说明，凡是委托代理人在签订合同时超越代理权限或为谋取自己的利益，采取不正当手段签订的合同，都属无效合同，法律不予保护。

（四）审查合同的主要内容

合同的主要内容，是指订立合同的双方当事人所达成的协议的具体条款。合同的主要内容一般包括合同的标的、数量和质量、价款和酬金、履行的期限、地点、方式、违约金等，按照法律规定，合同书的主要内容不能违反国家的法律和政策的有关规定，不能损害社会公共利益和其他人的合法权益，不能有规避法律的行为。审查合同的主要内容，首先要审查合同标的物。合同标的物是合同法律关系的客体，是合同当事人双方权利义务共同指向的对象，如果当事人双方在所签订的合同中无标的物或标的物不明确，那么双方权利义务关系就失去了目标，无法确定，合同关系就不能成立，当然这种现象在经济纠纷案件中是极少见的。其次，要审查合同标的物是否属于国家法律和政策所禁止生产和经营或限制的，例如军火、武器、剧毒物品、国家明令保护的野生动物、淫秽、黄色音像制品、假药、伪劣商品等，如果合同标的物违反了国家法律和法规，则合同属无效。同时，对合同标的数量和质量、履行合同的期限、方式等合同主要内容要给予审查。合同标的数量和质量，是当事人进行经济交往的尺度和标准，是合同书必备的条款。在审判实践中，大量的合同纠纷案件

都是由于合同的数量或质量条款规定不明确、不具体，当事人在履行合同过程中产生争议。例如，有些纠纷的产生是由于合同的规定不完善，没有明确的质量要求；有些是因产品供不应求而粗制滥造，以次充好，用质量不符合合同规定质量标准的产品履行合同，因而双方发生争议；有些是供方以正品作为样品订立合同，而以副品履行合同引起需方要求退货而产生的纠纷；有些是需方看样品不认真，盲目签订合同，结果在对方履行后，发现产品不符合自己所需的质量要求提出退货等等。鉴于以上原因，对合同标的数量和质量要从两个方面进行审查，一是注意看合同中关于数量和质量条款的规定是否明确、具体。我国的产品质量有国家标准、部颁标准、专业标准、地方标准和企业标准等，当事人也可以自己拟定标准。二是注意看合同中关于数量和质量的规定，是否符合国家的有关法律和经济计划的要求。例如，属于国家计划调配物资的数量，必须符合国家有关的法律规定，不能超过和低于法律规定的数量标准。对于合同数量和质量条款规定得不明确、不具体、或者数量、质量的条款违反国家法律和经济计划的，应确认合同的该条款无效。

除此之外，审查、判断合同书时，对履行合同的期限、方式和地点也必须加以审查。合同必须有明确、具体和符合法律规定的履行合同的期限、地点和方式的条款。履行合同的期限、地点和方式是检验双方当事人是否完全正确地履行合同的依据，要根据履行合同期限、地点、方式的条款，来确定一方或双方违约的事实，从而决定违约责任。双方当事人不能签订没有履约期限的合同，而必须将双方经过协商确定的履约期，明确地、具体地写进合同书中，并依据合同的约定实现权利、履行义务。凡是当事人要提前或延期履行合同的，应事先达成协议，并明确规定提前或延期履行合同的时间幅度。如果当事人到期不履行义务或行使权利，又不提前声明，应视为违约。当事人对其没有任何合法理由不按期履行合同的行为，应承担违约责任。

合同的履行地点，是指合同规定的交付或接受标的物的场所。履行地的规定，关系到履行合同的费用和时间，因此，双方当事人在签约时必须在合同中加以明确。在购销合同中，合同的履行地除供需双方在合同有特殊的约定外，因交货的方式不同，而履行地不同。如果合同规定的是由供方送货或代办托运的，合同履行地为产品发运地，如果合同规定由需方负责自提货物的，则合同履行地为产品提货地；在建筑工程承包合同中，合同履行地为建筑物所在地；在加工承揽合同中，合同履行地为加工承揽方的加工地。合同的履行地决定合同纠纷案件的关连，因此，审判人员在审理合同纠纷案件时，应查明合同的实际履行地，并依照合同法所规定的合同履行地的条款及最高人民法院的有关司

法解释，来确认当事人是否按合同规定的履行地正确地履行合同。对没有按照合同履行地正确履行的，又没有事先通知对方并与之达成协议的应承担违约责任。

合同的履行方式是指当事人采取什么方式、手段来履行合同规定的义务或实现合同规定的权利。不同类型的合同，有不同的履行方式。如购销合同的履行方式，有一次性交付货物，也有分批交付货物；建筑工程承包合同，有总包和分包的履行方式；支付价款也有一次性结算和分期付款等不同形式。履行合同的方式，必须符合国家法律的规定，如购销合同的结算方式，必须符合国家的金融结算制度，符合国家法律规定的结算方式。对于合同的约定违反有关法规规定的履行方式，其条款应视为无效。如果合同约定的履行方式符合法律的规定，但当事人一方或双方没有按照合同规定的履约方式正确履行的，应承担违约责任。

（五）审查当事人签订合同时意思表示是否真实

意思表示是指当事人签订合同的意图。合同是当事人之间建立起来的一种合同法律关系，建立法律关系的当事人的意思表示必须真实，否则法律关系无效。合同的内容必须反映双方当事人的真正意思表示，如果意思表示不真实，就有可能出现损害合同一方当事人或社会公共利益。有的甚至用合同的形式作掩护，进行违法犯罪活动。所以，人民法院在审理合同纠纷案件时，必须认真审查当事人的意思表示是否真实。意思表示不真实的合同，在审判实践中表现有各种形式，归纳起来主要有两种：一种是一方当事人故意制造假相、隐瞒、掩盖事实真相，致使另一方当事人形成错误的认识；或者一方当事人采取威胁、利诱的手段，迫使另一方当事人接受不平等的条件，在这种情况下所签订的合同，必然损害另一方当事人的利益，不是另一方当事人的真实的意思表示，因而应确定无效。例如，利用别人的合格产品为样品，冒充是自己的产品，欺骗另一方当事人，并与之签订合同；一方当事人利用隶属关系，中断业务往来，停止提供原材料，紧俏商品等手段，迫使另一方当事人与自己签订不平等的合同。第二种是签订合同的双方当事人恶意串通，规避法律，以签订合同的合法形式，掩盖其经济交往的真实目的，违反法律的规定，损害国家、社会和其他人的利益。上述几种情况，当事人意思表示不真实，签订的合同是以违反国家法律规定为前提的，因而，审判人员应确认这类合同无效，并查明双方当事人的真实意图，制止其违法行为，并追究其违法责任。对构成犯罪的，应及时交有关机关处理。总之，对于当事人意思表示不真实所签订的合同，要进行认真的审查，并根据不同情况，依法分别进行处理，做到区别对待。

通过对合同书的上述事项的审查，可以确认合同书的证明力和效力。对于双方当事人之间签订的合同，完全符合法律规定的，可以证明和确认当事人之间存在的合同法律关系是有效的，法律应保证当事人按照合同书的规定，行使权利，履行义务。对于当事人之间签订的合同不符合法律规定的，可以证明和确认当事人之间存在的是无效法律关系，法律不予保护。

第二节　人身权纠纷案件的证据实用

一、侵犯人身权案件证据概述

人身权又称人身非财产权利，是指民事主体依法享有的与其自身不可分离的且没有直接财产内容的一种民事权利。它包括生命健康权、姓名权、名誉权、肖像权、隐私权、荣誉婚姻自主权等。人身权纠纷案件是指公民、法人的人身权受到侵害后，在法定期限内向人民法院提起诉讼，经人民法院审查立案受理的民事案件。在人身权案件审理中，当事人提供或法庭主动收集的能证明是否构成对他人人身权侵害的一切事实，都是人身权案件的证据。

与财产权案件证据相比，人身权案件证据有如下特征：(1) 人身权案件证据以书证、当事人陈述和证人证言为最常见的形式，能证明案件事实的物证一般较难收集；(2) 人身权案件证据的收集需当事人举证和法院主动调查取证相结合。在很多情况下，要以法院的调查为主。在调查收集中需注意及时、合法和策略。如果时间拖得过久，当事人陈述和证人证言的可信程度就会降低。调查中要讲究方式方法，注意为当事人保密，以免再次造成对当事人人身权的损害；(3) 人身权案件证据的真伪与是否构成侵权没有必然联系。在审查证据真伪的同时，应注意审查行为人的行为是否具有合法性。如对行为人履行正当的舆论监督职能时的行为，就不能认定构成侵权；(4) 受损害的人精神损害（法人单位的信誉损害）证据较难收集，但又是认定损害后果的重要证据，需注意收集，同时应按照侵犯人身权案件的四个构成要件审查认定证据。

(一) 只有侵害行为的证据而没有侵害事实发生的证据，不构成侵权。

需要注意的是，侵害事实的发生与侵害后果的发生不能划等号。侵犯人身权案件中有的既有侵害后果，又有侵害的事实；有的只有侵害事实而没有侵害后果，如侵害公民、法人名誉权案件，只要有侵害事实的发生，并不一定造成受害者精神恍惚或濒临破产等严重后果，符合其它几个要件又具有侵权事实的

发生就可以构成侵权。

（二）虽有损害行为，但无损害行为违法性的证据，不能认定构成侵权。

侵犯公民人身权的行为必须具有违法性，合法行为除法律有特别规定的几种情况应承担民事责任外，一般不承担民事责任。

（三）注意审查侵权违法行为与侵害事实之间因果联系的证据。

如公民名誉受损是由他人诽谤和侮辱的侵权行为造成的，则诽谤、侮辱行为与名誉受损两现象之间存在因果关系，它成为侵权行为人承担毁损他人名誉的必要条件。因果关系作为侵犯人身权民事责任发生的必要条件，是由于任何人只能对自己行为所造成的损害后果负法律责任，如果损害事实的发生与他的行为无关，就不能让他对该损害承担责任。

（四）注意审查侵权行为人是否有主观过错的证据，行为人无过错不能认定构成侵权。

过错包括故意和过失。过失过错造成他人人身权损害的，同样构成侵权。

二、名誉权纠纷案件的证据实用

（一）侵犯公民、法人名誉权纠纷案件概念

名誉权是指公民、法人所享有的因其观点、行为、作风、业务表现所获得的对其品德、才干、信誉等社会评价的不可侵犯的权利，即公民、法人有获得社会正确、客观评价的权利。《民法通则》第101条规定："公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱诽谤等方式损害公民、法人的名誉。"最高人民法院《关于贯彻民法通则的若干问题的通知意见》第140条规定，认定侵害他人名誉权行为的具体条件是："以书面、口头等形式宣扬他人隐私，或捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为"。"以书面、口头等形式侮辱、诽谤法人名誉，给法人造成损害的，应当认定为侵害法人名誉权的行为。

侵犯名誉权案件是指因侵权人公开损害公民、法人名誉和信誉，造成社会对该特定的公民、法人产生蔑视、嘲笑、憎恶、诋毁等，致使公民的工作生活和法人的业务、生产、经营、信誉的评价等活动受到难以挽回的影响而形成的案件。这类案件具有以下法律特征：

1、侵害对象具有特定性。侵权者常常是直接指名道姓地对公民或法人的名誉权进行侵害，也有一些情况是虽不指名道姓，但描绘的时间、地点、人物

特征或其他特征，让人很容易明白所指是谁。如不以特定人为描写对象，则不构成侵权。最高人民法院《关于审查名誉权案件若干问题的解答》指出："撰写发表文学作品，不是以特定的人为描写对象人，仅是作品的情节与生活中某人的情况相似，不应认定为侵害他人名誉权。"这一特征决定了这类案件证据的证明重点之一是要有证明原告即是侵权人所侮辱或诽谤的特定对象的证据，不论是"明指"还是"暗指"，只要能证明自己是特定环境、特定条件下的侵害对象即可。这也是构成此类案件的前提，即证明主体的合法性。如原告计某诉某报社侵犯名誉权案，该报社刊登的《红票，你在哪里》的文章，侵犯了集邮者"菠萝皮"的名誉权，原告举出了大量的证据证明自己即是该文所指的"菠萝皮"，从而获得胜诉。

2、侵权行为人主观上有过错。侵害名誉权的责任构成要件中，过错是指行为人对其实施的侵害名誉权行为及该行为的损害无论哪种形式，只要是对侵害对象的名誉造成毁损，加害人就应承担法律责任，以充分、有效、全面地保护当事人的合法权益。这类案件中原告（受害人）无需证明被告（侵权人）是故意还是过失，只需证明其有过错。而被告人为了推卸或减轻责任往往会举出自己没有过错或即使有过错也仅为过失的证据。但要明确的是，故意还是过失只是衡量侵权人主观恶意程度，以最终确定侵权人的实体责任的参考因素。

3、侵权行为人造成受害人名誉被损害的事实。即由于侵权人对他人由其属性和特征所决定的人格尊严进行贬低和毁害，造成他人社会评价降低的事实。侵害名誉权的直接后果是名誉损害，除名誉损害这一直接损害后果外，侵害名誉权还往往造成受害人的精神损害和财产损失。故侵害名誉权的损害后果一般包括名誉损害、精神损害和财产损失 3 个方面。损害事实的客观存在是这类案件证明的重点。这一证明任务主要由法院依职权来完成，这也是由这类案件涉及公民、法人之名誉的特殊性所决定的。

4、违法行为与损害后果之间有因果关系。侵害名誉权的违法行为与损害后果之间具有前因后果的关联性，即损害后果的出现是由于违法行为所引起的，证明因果关系的证据主要应由当事人提供，法院在这一环节上的主要任务是审查是否存在必然因果联系，即受害人名誉受损是否必然地由侵权人的侮辱或诽谤行为引起，是否还有其他原因，等等。

人民法院在审理这类案件时所要查明的基本事实主要有：1. 原被告双方是属一般性口角、互相谩骂还是侵犯名誉权；2. 侵犯公民、法人名誉权的侵权行为是否给被侵权人造成名誉权的损害，损害形式及后果如何；3. 若被侵权人提出要求精神损害赔偿，查明是否给当事人精神上带来较严重后果，是否

有医疗诊断证明，企业法人是否有因名誉受损而造成减产、营业额下降等等。

（二）侵犯公民、法人名誉权案件证据的一般特征

1、书证、当事人陈述、证人证言、视听资料是最常见的证据形式。侵犯名誉权的主要形式是侮辱和诽谤，侵权人通过散布文字言论，谣言及诽谤言辞达到损害他人名誉的目的，有的以手抄稿或打印件、复印件、明信片等形式散发，有的以报刊杂志、书籍的形式传播，有的以口头辱骂、羞辱的形式进行，有的以广播、电视、录像的形式扩散。因此，言词证据是查明这类案件的事实所运用得最多的证据。

2、证据不易收集，且真伪难辨。一般的名誉权案件常常发生在邻居、朋友、同事之间，权利人、侵权人及证人之间关系较复杂，当事人陈述和证人证言也很可能有倾向性、片面性甚至虚假性，特别是以口头形式表现的侵权行为，证人不作证的证据更不好调取，这时就要发挥人民法院的审判人员依法调查取证的作用，及时全面客观地深入调查，并注意调动当事人举证的积极性。对于当事人提供的证人证言要查明证人的有关基本情况及证人与受害人、侵权人之间的相互关系，综合分析判断证人证言的证据效力。

（三）侵犯名誉权案件中经常使用的几种证据

1、书证。从司法实践来看，侵犯公民、法人名誉权案件大量的是以书面文字形式实施侵权。这些案件的主要证据形式是书证，以侵权的书面文字内容反映案件的基本事实，并以此证明案件的客观事实。特别是近年来，新闻侵权纠纷日益增多，书证在这类案件的证据形式中所占比重加大。其中一类是直接证明侵权事实的书证，如某大学教师郭某怀疑某工厂女工洪某与其丈夫有不正当关系，便写了一张明信片寄到洪某所在工厂，在明信片上辱骂洪某不正经，是女流氓、勾引她的丈夫等。另一类是证明消息来源的书证，如领导讲话、会议纪要、内容参考资料、采访记录、司法机关的讯问笔录、公诉书、判决书等。如某报社刊登该报记者撰写的新闻稿件，说某仍在生产经营且有发展前途的工厂败阵垮台，面临破产境地，诉讼中报社提供了证明其消息来源系某次新闻发布会上领导讲话的书证，即属于这类证据。为防止真正的侵权人有可能假冒他人之名或模仿他人笔迹书写以嫁祸于人，对于书证也应认真审查判断其真伪，不能盲目轻信，并应责令原告提交书证原件，必要时应进行文检鉴定。另外，还应查明用来证明侵权后果的有关书证，如某工厂起诉要求报社赔偿其因该报道发表后生产销售额下降造成的经济损失350万元，并提交了该厂数年的利润表，人民法院在这种情况下就应审查该厂利润下降的数额、直接原因，是

否还具有其它导致利润下降的因素，有条件的还应委托有关部门对该厂的生产经营情况进行审计，并以审计结论作为证明受害人所受损失的书证之一。

2、证人证言。侵犯公民、法人名誉权案件的侵权形式除了书面文字外，有相当部分是语言、行为等，这样的证据不像书面材料那样具有直观性和固定性，因此不易收集，主要依靠证人证言来证明侵权事实是否发生，何时何地发生，及侵权后果等等。由于证人多是双方或一方熟悉的人，与双方或一方会有这样或那样的关系，法院对其提供的证言不能一概采纳，要认真分析、鉴别真伪。应在证人出庭作证前，告知证人的有关权利义务，指导其依法全面客观地陈述有关事实。对于不愿作证人的证人，要耐心地做其思想工作，打消顾虑，最好与其所在单位或街道居委会联系，帮助教育并支持其如实作证。如果当事人或其他人员伪造证据或指使贿买他人作伪证，严重妨害名誉权诉讼活动正常进行的，人民法院应根据情节予以罚款、拘留，构成犯罪的要依法追究刑事责任。

3、当事人陈述。名誉权案件当事人一方是受害人，另一方是侵权人，通过他们双方的陈述可以了解大量的案件事实并发现疑点和问题，通过对这类证据的运用可以查清案件的细节，了解纠纷发生的起因、过程和后果，并发现其他证据线索。但由于当事人本身与案件处理结果有直接利害关系，他们往往只陈述有利于自己的事实，而掩盖甚至歪曲不利于自己的事实，因此人民法院在审理侵犯名誉权案件时，要特别注意对当事人陈述进行全面的分析判断。

（四）人民法院在审理侵犯公民、法人名誉权纠纷案件时应注意的几个问题

1、按照《民事诉讼法》第 108 条的规定审查。收案时，应注意的证据问题是人民法院在收到有关名誉权纠纷的起诉时，应按照《民事诉讼法》第 108 条的规定进行审查，在审查原告人起诉中的事实依据时，不能苛求原告人提供名誉损害的实际后果的事实依据，只要其提供加害人侵权行为的事实依据，就应予以受理。对缺乏侵权事实或明显不构成侵权的，如双方因工作生活中的小事发生口角、互相谩骂，并没有明显的侵犯他人名誉权的目的，客观上也未造成另一方人格贬低后果的，不应受理，当事人坚持起诉的应裁定驳回起诉。对下列几种情况，应注意分别予以处理：

（1）以书面或口头形式侮辱或诽谤他人，损害他人名誉的，应认定为侵害他人名誉权。对未经他人同意擅自公布他人隐私和材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私致他人名誉受到损害的也应认定为侵犯名誉权，人民法院应予立案，并要求原告提供有关证人证言和证人的姓名、联系地址和电话号码，如果是以书面材料侵权的应提供书面材料原件及证据线索。

(2) 因新闻报道严重失实致使他人名誉受损的，应由原告人提交新闻侵权的书证及物证或有关证据线索，人民法院应予立案受理。

(3) 因撰写发表批评文章引起的名誉权纠纷，如果文章反映的问题基本真实，没有侮辱他人人格的内容，不应认定为侵害他人的名誉权，人民法院不应予立案，如果文章反映问题虽基本属实，但有侮辱他人人格内容的，应认为侵害他人名誉权，人民法院应予立案。

(4) 因撰写发表文学作品引起的名誉权纠纷，当事人坚持起诉的，首先应要求其提供本人即为作品中所描述的特定人的证据，否则不应予立案。

2、当事人举证与人民法院调查取证并重，两者缺一不可。首先应强调当事人举证，当事人举证关系到自己的切身利益和诉讼的胜败，如果当事人对自己的主张既举不出证据，又提供不出证据线索，那么当事人就要承担于已不利甚至败诉的法律后果。在名誉权案件中有些证据当事人无法自行取证或由当事人取证会使自己的名誉再次受损，如行为人毁损他人名誉后，让受害人举出名誉是否已经受损，他人是否已经对其蔑视的证据是很困难的，这就要求人民法院发挥审判职能，依照法律程序全面客观地收集和调查证据。在调查取证时，要讲究策略，注意方式方法，应当以双方当事人主张事实的举证为审查范围，不宜随意扩大，特别是某些涉及个人隐私的名誉权案件，调查取证要“适可而止”，注意防止受害人的名誉权再次受到损害。调查中要依靠有关单位组织，做好被调查人的保密教育，以免扩大范围和影响。

三、肖像权纠纷案件的证据实用

(一) 侵犯肖像权纠纷案件概述

肖像权是指以自己的肖像所体现的利益为内容的权利，即公民对于自己的肖像在制作和使用上所享有的专属和排他的权利。《民法通则》第100条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像”。侵犯肖像权纠纷案件是指因侵权人未经肖像权人同意，非法制作和使用其肖像而形成的民事案件。这类案件除了具备一般人身权案件的四个基本构成要件外，在审判实践中还应注意掌握以下三个要件：

1、须经肖像权人同意而使用。肖像权是公民专有权，肖像的使用应以合同约定为前提，未经同意（含事后追认或默认）而使用，破坏了肖像权的专有性，具有违法性。

2、行为主观上有营利目的。凡是具有以营利为目的而非法利用或使用他人肖像的事实，不管其营利目的是否达到，不管营利多少，只要是有偿行为而

非无偿为公益服务的，都应认定为具有营利目的。如利用他人肖像做广告、商标、装饰商品橱窗、印制图片、挂历、用作杂志封面等，以达到营利的目的，不管这种营利是直接营利，还是间接营利，也不管行为人是一次性营利还是多次营利，都不影响“以营利为目的”要件的成立。需要强调的是对不以营利为目的，如偷拍某影星的照片放在家中欣赏，或在他人照片上涂抹，打叉等丑化他人肖像的行为等，不能轻易认为侵犯肖像权而予以受理。不然就会擅自扩大这类案件的受理范围，与民法通则有关司法解释相悖。

3、没有阻却违法事由而使用。虽未经本人同意而使用他人肖像，但如果有阻却违法事由，那么该使用行为亦为合法。肖像权使用和行为的阻却违法事由，主要包括以下几种：(1) 为社会公共利益的需要而使用。如张贴通缉犯的照片、登载某公民肖像照片、以谴责行为人的不法行为或不道德行为等。(2) 为公民自己利益的需要而使用，如刊登寻人启事而印制失踪人的照片。(3) 为了时事新闻报道的需要。如果有证据证实行为人为合法使用肖像，则侵犯肖像权之诉不能成立，原告起诉应予驳回。人民法院在审理侵犯公民肖像权纠纷案要件时应查明的主要事实有：(1) 是否有使用他人肖像的客观事实；(2) 使用他人肖像，是否征得肖像本人或其监护人同意；(3) 使用他人肖像是否以营利为目的，如果营利，营利数额是多少；(4) 肖像本人及监护人在知道其肖像被使用后，是否有默认、追认的表示；(5) 使用肖像是否具有阻却违法的事由；(6) 肖像使用者与肖像权人间是否有协议；(7) 肖像使用人使用肖像是否超出协议的范围和期限；(8) 肖像使用者是否向肖像权人支付报酬；(9) 是侵犯肖像权纠纷还是使用公民肖像而引起的报酬纠纷；(10) 使用肖像后是否给肖像权人带来精神损害，侵权时间长短，有哪些物质利益的损失。

（二）侵犯公民肖像权纠纷案件证据的一般特征及收集中应注意的问题

1、证据的主要形式是物证、书证和当事人陈述、证人证言。所谓肖像，是指采用绘画、摄影、摄像、雕塑等平面或立体方式，表现出公民的再现图像，具有客观实在性，据此可以看出侵犯肖像权案件最主要的证据是物证。

侵犯肖像权案件需要查明的两个关键事实，一是是否以营利为目的的使用公民肖像，二是是否经肖像权人同意。如某化工厂将香港影星刘某的肖像印制在该厂生产的香皂包装纸上，显然就是利用影星效应扩大其产品的销售量，其目的就是“营利”。证明这一案件事实所使用的证据主要是物证和书证两种证据形式。是否经过肖像权人同意，既包括使用肖像前是否口头或书面认可，也包括使用后是否追认、默认和承认。审判实践中，有些肖像使用者在使用公民肖像前与肖像权人签有内容详尽、形式完备的书面协议，但大量的纠纷发生却

是由于肖像使用者与肖像权人之间没有正式的书面协议，而只有口头约定或甚至连口头协议也没有。要查明是否经过肖像权人事先的同意和事后的追认、默认，就需要依靠证人证言和当事人陈述等证据加以证实。

2、证据收集相对容易，但要注意证据的保全。侵犯肖像权案件一般具有侵权行为的公开性和传播范围的广泛性。如刊登在报刊杂志上的照片、广告装饰的照片、电视中的广告等等。因此，这类案件的证据具有相对固定性、持久性比较容易收集。一般情况下，当事人发现自己的肖像被使用后都能够收集一定的证据。对于这类案件，要强调当事人举证、能举证的应让其尽量举证，但对有些证据，如电视广告等，只需当事人提供证据线索（如何时、何地、何电视台、何节目中播放）即可。另外，审理侵犯肖像权纠纷案件应对关键证据采取保全措施。如前述的电视广告使用肖像权人肖像的，要防止肖像使用者在诉讼中毁灭证据（如剪接或改变其内容）。又如展览馆陈列的雕塑、绘画、摄影照片等，也要防止肖像使用者转移证据。所以，对这类案件要注意及时，也要防止肖像使用者转移证据。所以，对这类案件要注意及时、迅速调取证据和保全证据，以防证据的毁损、转移和灭失。

3、物证和书证是常用证据。物证和书证是侵犯公民肖像权纠纷案件最常用的两种证据。这是由这类案件的特殊性决定的，要证明是否使用他肖像，是否经肖像权人同意，其证据的实物表现形式是照片、图片、雕塑、书籍等，这些证据都是看得见、摸得着的，对这类证据主要审查判断鉴别其真伪，划清侵犯肖像权与合理使用的界限。如《秋菊打官司》侵犯肖像权纠纷案中，原告认为该片拍摄了她本人卖冰棍的镜头，且镜头停顿达一分钟，侵犯了其肖像权，经过对该片中的有关镜头审查判断，法院认为电影厂的行为属于合理使用，不构成对其肖像权的侵犯。

侵犯肖像权纠纷案件的书证主要指那些以文字书面形式记载案件事实的证据。如肖像使用者与肖像权人之间签定的肖像使用协议等。如有的照相馆印制的格式合同，载明使用肖像的用途、方式、范围、期限、报酬等等。如果需要使用他人的肖像便将合同发给肖像权人由其签字盖章，这就属于书证。对这类证据主要是审查其合法性，是否双方真实意愿的表示，是否违反社会公共利益（如拍摄黄色照片）等等。

四、姓名权（名称权）纠纷案件的证据实用

（一）侵犯公民姓名权和企业法人名称权纠纷案件概述

1、姓名权是指公民决定其姓名、使用其姓名、变更其姓名并要求他人尊

重自己姓名的一种人身权利。《民法通则》第99条规定“公民享有姓名权，有权决定使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒”。这里的姓名，即包括公民向户口登记机关申报出生登记的正式姓名，也包括艺名、笔名、化名、别名。侵犯公民姓名权案件是指因侵权人假冒、盗用他人姓名或干涉他人使用姓名而形成的案件。

侵犯姓名权案件需要查明的基本事实有：(1) 原告人的姓名是真名、艺名、笔名、还是别名；(2) 被告是否具有干涉、盗用或假冒原告姓名的行为；(3) 被告实施该行为是出于何种目的和动机，是故意还是过失或巧合，是旨在侵害原告的名誉权还是姓名权；(4) 被告使用原告姓名是否征得原告同意或默认、追认。(5) 被告干涉、盗用或假冒原告姓名的行为是否给原告造成损害后果。

2、名称权是指法人使用自己的名称并不受他人非法侵害的权利，它直接关系到企业的信誉、声誉，在市场竞争中的地位等。侵犯企业法人名称权案件是指因侵权人假冒、盗用他人企业的名称或非法干涉他人对名称的使用而形成的民事案件。侵害企业法人名称权，会导致企业的对外信誉的降低，破坏企业的正常经营并阻碍企业的业务发展。从审判实践来看，侵犯企业法人名称权的表现形式主要有以下四种：(1) 盗用他人名称从事不法行为；(2) 假冒他人名称牟取非法所得；(3) 非法干涉他人对名称的使用；(4) 企业名称转让后仍继续使用原企业名称，构成对受让企业名称一方的名称权的侵害。

侵犯企业法人名称权纠纷案件要查明的基本事实有：原告企业的名称是否在工商部门登记注册；被告是否有盗用、假冒原告名称或非法干涉原告使用其名称的行为；原被告之间是否签订名称转让协议；被告非法使用原告名称是否给原告企业造成名誉和经济上的损害，原告的直接经济损失和间接经济损失是多少等等。

侵犯公民姓名权、法人名称权案件的证明重点应从这类案件的构成要件入手，并着重证明行为人是否实施了侵犯姓名权（名称权）的行为。这类案件除具备一般人身权案件的四个构成要件外，还要具备行为人实施的干涉、盗用、假冒行为旨在侵害受害者的姓名权（名称权），侵权行为人的主观过错为故意等条件。盗用和假冒他人姓名（名称）无论行为人的主观动机和目的如何，在过错形式上都是故意，而不存在过失问题。若某人因过失而使所取的姓名与他人相同，或因过失误将他人姓名写错，均不应视为侵害姓名权。

（二）侵犯公民姓名权和法人名称权纠纷案件证据的一般特征

1、证据的主要形式是书证、物证、证人证言、当事人陈述。侵犯公民姓

名权和法人名称权纠纷案件，首先需要查清的问题是被告是否实施了干涉、盗用或假冒原告姓名（名称）的行为。由于干涉他人使用姓名的行为往往实施完毕即告终结，不具有固定性，只能依靠证人证言和当事人陈述加以证实。法院在审查判断证据时要特别注意审查其真实性和可靠性，辨别真伪，对与当事人有身分关系或其他关系的人作证时要多加分析，并结合本案的其他证据确定其证明效力。对于当事人的陈述更应注意去伪存真，既要重视其证据作用，又不能盲目轻信其证明力。对于盗用和假冒行为则主要依靠物证和书证，如张某假冒钱教授的姓名出书，证明这一行为的主要证据就是这些印刷出版的书即书证。又如某村委会以便于工作为由未经马某本人同意，刻制了马某的私章一枚，并在对外进行民事活动中使用，此时的主要证据物证就是印章，书证就是加盖了马某印章的有关证明单、合同书等。再如原告襄樊特科技术公司诉被告武汉方正公司侵犯名称权纠纷案中，原告系华光集团的代理商，被告在湖北日报上刊登广告时，将原告名称也列入方正集团的代理商之列，造成原告新老客户误认为原告不再是“华光”的代理商而是“方正”的代理商，导致原告的销售额下降，证明被告非法使用原告名称的主要证据就是“报纸”，即书证。对于这类书证，法院要认真审查，如系真实合法的证据，要予以采信，并作为定案的关键证据。

2、要注意区分和落实当事人的举证责任。由于侵犯姓名权（名称权）的表现形式较多，有些证据如物证、书证较容易收集，而有些证据如证人证言和当事人陈述较难收集，且难辨真伪。特别是盗用他人姓名的行为，因行为人实施侵权行为具有隐蔽性，证据不易收集，这就需要理顺当事人举证与人民法院依职权调查取证的关系，对于当事人能举证的尽量让其举证，当事人无法调取或调取有困难，人民法院要及时调查取证。

在举证责任的划分上，对于原告来说，只需证明被告实施了侵害其姓名权（名称权）的行为，就可推定被告有过错。有关故意或过失的问题应由被告反证证明，若被告能证明其为过失，则可免责；若不能证明则不应免责。另外，原告也不必证明被告的侵害行为是否为第三人知晓，只要有被告假冒盗用原告姓名（名称）、干涉原告使用姓名（名称）等事实，均可构成对原告姓名权（名称权）的侵害。

3、应重视对书证和物证的审查。在这类案件中，侵权人私刻公民私章和单位公章，或擅自仿照他人笔迹冒充他人亲笔签名的，原告举出加盖了该印章或有假冒签名的书证后，法院要特别注意审查该印章是否与公民私章或单位的公章一致，签名是否为模仿笔迹，最好将有关印鉴和笔迹送交专门的诉讼证据

鉴定所进行文检鉴定，以增强证明力和防止错证。

第三节　离婚、财产权纠纷案件的证据实用

一、离婚案件的证据实用

（一）离婚案件的概念

离婚案件是指婚姻当事人一方以解除婚姻关系为目的，以对方当事人为被告，依法向人民法院提起诉讼，经人民法院依法审理的案件。离婚案件的构成有以下几点特征：

1、必须是婚姻当事人一方为解除婚姻关系而依法向人民法院提起的诉讼。离婚案件是在婚姻当事人双方之间具有合法婚姻关系存续期间发生的行为；而以夫妻名义公开同居的男女不具有合法性，他们的行为法律上是不予承认的，只有以解除非法同居关系向人民法院提起诉讼。

2、必须是婚姻当事人一方以解除婚姻关系为目的而向人民法院提起的诉讼。如果一方以要求解除婚姻关系的名义起诉，实质上是主张分割财产或负担子女抚养费，不能构成离婚案件。

3、必须是婚姻当事人一方向人民法院提起的诉讼。如果是双方协议离婚，可以直接向原婚姻登记机关申请办理离婚手续，无须经人民法院审理。人民法院受理的离婚案件，是婚姻当事人一方坚持离婚请求，另一方当事人坚持不同意离婚，而经人民法院受理后，查明夫妻感情是否确已破裂为事实依据作出的判决。

4、婚姻当事人一方向人民法院提起诉讼后，必须经过人民法院审查。对于符合受理条件的，才予以立案并进行审理，才属于离婚案件。

（二）离婚案件证据的一般特征

人民法院审理离婚案件的主要证据，是以婚姻当事人双方夫妻感情是否破裂的客观事实，作为调解或判决准予离婚或不准予离婚的依据。夫妻感情是以婚姻当事人双方缔结婚姻而发生的。在婚姻关系存续期间工作、生产、性格、志趣等诸多方面的差异而发生变化是客观的，但对发生的行为或事件因文化程度或思维方式不同，而认识上悬殊是常有的。因此，作为认定夫妻感情是否确已破裂的主要证据，还有相对性、不稳定性。往往要从夫妻关系存续期间发生的诸多事实中进行综合分析判断，然后得出恰如其分的结果，作出处理决定。

同时，离婚案件中，以离婚作为主诉，为调解离婚或判决离婚，就存在对未成年子女的监护和抚养、夫妻共同财产的分割、共居房屋的分割、债权债务的承担等诸诉合并处理的问题，这些证据的审定带有社会复杂性。因此，须由当事人双方分别举证和人民法院必要时调查取证相结合，对所认定的证据中全面考虑依法确定双方的各自权利和义务。

（三）离婚案件经常使用的主要证据

1、当事人陈述。双方当事人陈述是离婚案件中证据的主要来源之一。夫妻感情是否破裂，只有夫妻双方当事人自己最清楚。但在离婚诉讼中，经常碰到当事人出于某种原因不愿作真实的表露，有时还出现过激或片面的行为。因此，人民法院审判人员在审理此类案件中，在审查原告诉状、被告答辩状、法庭调查中，要做到从双方当事人的婚前基础、婚后感情、离婚原因中耐心细致审阅，全面了解、综合分析，从诸多事实中得出恰如其分的结论。婚前基础包括相互如何认识的、恋爱时间多长、有无波折、是初婚还是再婚、随谁生活等等。婚后感情包括结婚登记时间、相互尊重和理解、思想交流、夫妻生活状况、共同承担家庭义务、对子女抚养教育、相互关系和帮助、志趣和性格的和蔼情况、对婆家或娘家的关系处理等等。离婚原因包括夫妻在共同生产中有那些挫折，发生些什么矛盾，时间长短、次数多少、化解程度；一方或双方有第三者插足或者相互有暧昧关系；对家庭漠不关心，热衷于跳舞、打牌或外事活动；一方或双方患难以治愈的疾病（或因生理缺陷），严重影响夫妻生活，经济不公开、同床各异；因某种原因分居时间较长等。

对离婚案件当事人陈述的审查与判断，要注意以下几点：当事人陈述受文化程度、表达能力和环境的影响，在感情的冲动下，真实意思可能表达的不准确，甚至片面；当事人陈述因性格差异羞于启齿谈吐不清或者放肆夸大其词真假难分；还有当事人陈述借离婚之诉出气事无巨细和盘托出或者虚构情节，伤害夫妻感情弄假成真。因此，对当事人陈述，必须按照唯物辩证的方法进行分析判断，去伪存真，实事求是，防止虚伪和片面性，并结合其它证据（如证人证言）综合分析，查明当事人陈述的真实性。

2、证人证言。证人证言一般是指婚姻当事人在向人民法院陈述的事实中，涉及有关组织或个人知道的有关情况的证人，经人民法院传唤到庭作证或调查取得的书面证明材料，用以证实当事人陈述的事实为证人证言，离婚案件中的证人应当是亲自耳闻目睹了解案件情况的人，所证明的事实应当确实可靠，符合客观实际情况。但要防止证人在作证时带有主观因素，以个人好恶导致错误的评判，或者与当事人有利害关系，故意偏袒一方当事人作虚假的证言。因

此，证人作证时，要审查证人与当事人有无其他关系，是直接还是间接知道情况，知道案件情况的经过和环境，以便结合其它证据作出正确的判断。

3、书证。离婚案件中的书证主要有结婚证书、信件、日记等，以及与离婚案件有关的财产方面的书证包括存折、购物发票、房地产证、债权债务文书、夫妻约定财产的书面凭证等。

（1）结婚证书。结婚证书是婚姻登记机关依法予以登记后颁发给婚姻当事人双方确认婚姻关系成立并且合法有效的证明文件。结婚证书载明准予结婚的婚姻当事人双方的照片、姓名、性别、年龄、登记时间、盖有婚姻登记机关的印章。具有证明双方当事人合法婚姻关系的效力。如果当事人遗失结婚证书，应向婚姻登记机关申请，补办《夫妻关系证明》，该证明与结婚证书具有同等的法律效力。

在审判实践中，有三种情况值得注意。一是在结婚登记时弄虚作假，骗取结婚证的。如不具备法定条件的结婚登记（未到法定年龄、隐瞒禁止结婚的条件），他人冒名或代替结婚登记（并非婚姻当事人自愿），重复结婚登记等，此类结婚证书应由婚姻登记机关宣布该项婚姻无效，收回结婚证书。二是未经结婚登记而同居生活的婚姻关系，我国是有条件的承认这种事实婚姻关系的，否则属非法同居，应予以解除。1994 年 2 月 1 日我国民政部《婚姻登记管理条例》实施前，没有配偶的男女，未办理结婚登记手续即以夫妻名义同居生活的，群众也公认为夫妻关系的，一方向人民法院起诉“离婚”，同居时双方均符合结婚的法定条件，可认定为事实婚姻关系，如同居时一方或双方不符合结婚的法定条件，可认定为非法同居关系。管理条例施行之日起，没有配偶的男女，未办结婚登记即以夫妻名义同居生活的，以非法同居关系处理。三是对于离婚后复婚和以婚约的形式代替结婚证书是不具有法律效力的，也不能证明当事人之间存在婚姻关系。如一方起诉离婚的，一般应解除其非法同居关系。

（2）信件、日记。信件、日记是离婚案件中特殊的书证之一。婚姻当事人双方无论在恋爱期间还是在婚姻关系存续期间，特别是在身处异地时，以信件或写日记的方式表达自己的感情，具有较强的真实性。因此，在离婚案件中，当事人出示的信件或日记，或者他（她）的亲友出示的有关信件应当认真审查，从中可以查清大量的案件事实，包括当事人缔结的婚姻基础状况、婚后感情变化的原因、分析婚姻当事人双方夫妻感情破裂的程度，以便依法处理离婚案件。

（3）离婚案件中有关财产方面的书证。离婚案件中因解除婚姻关系，必须带来对夫妻双方在婚姻关系存续期间各自财产和共同财产的分割，有关财产方

面的书证是证明夫妻共同财产或婚前个人财产的来源的合法性和真实性。主要有：房地产权证、债权债务文书、存折、购物发票、有价证券和夫妻间对有关财产的书面约定等。

①房地产权证。房地产权证是指政府有关房地产管理部门颁发确认的房屋所有权证和土地使用权证，该证载明房屋所有权人和土地使用人姓名、房屋座落位置、结构、建筑面积和土地使用面积、发证日期。审理离婚案件中的房地产权属，必须注意审查产权登记时的历史情况，重视自建、购买、继承或其他方式取得房产的来源，改建扩建、重建等权属重大变化的情况，以及共同所有的房屋和家庭成员共有房屋所有权的情况，以便区别对待，合理处分。

夫妻双方因离婚案件引起的还有承租房屋的使用权处理的问题，婚姻当事人应当出示房屋租赁契约，也是书证之一。无论是承租的国有公房还是单位自管房，均应有租赁凭证，只有婚姻当事人双方取得合法房屋使用权证，才能一并审理。对于因住房制度改革中，夫妻一方或双方购买的部分产权，亦应有相应书证证明，一并纳入财产处理范围。

②债权债务文书。债权债务文书是指离婚案件的当事人一方或双方在共同生活期间与他人订立的享有债权承担债务的各类民事、合同，如借款合同、租赁合同、经营承包合同等。这些文书可以起到证明夫妻财产的作用。对于债权债务文书在确认时，必须审查它的形式和内容的合法性，并有相应的印证材料证明，如债权应有债务人的认可，债务应有出借人的证明。

③存款单据、股票及其他有价证券。存款单据、股票及其他有价证券等都是证明持有人财产所有权的一种凭证。在离婚案件中，只要是夫妻关系存续期间，不论是以一方的姓名或双方认可的姓名以及以未成年子女的名义存入或认购的，除婚姻当事人双方另有书面约定或双方口头约定属于真实意思表示又不损害第三人的利益外，一般应以夫妻共同财产认定。

审查存款单据、股票及其他有价证券要注意记载的开出时间和价值量、来源（包括储蓄、认购、接受赠与、继承）增值状况、支取时间、存取银行或发行单位的名称及账号等。在一方难以提供书证的情况下，提供了上列线索的详细情况，人民法院应依职权调查取证，并采取相应的强制措施（查封或冻结等），以防止隐匿、转移，造成分割夫妻共同财产的困难。如果审判人员不主动收集，对方当事人持有的书证又不交出，就会损害一方当事人的利益。对于属于婚前的个人财产，婚姻关系持续时间又不长，一般应属个人所有，而不能以夫妻共有分割。

④关于夫妻财产的书面协议。夫妻间关于财产的书面协议是法律允许的。

在夫妻关系成立时或在存续期间，夫妻双方可以对财产约定为共同财产或一方所有的个人财产，但必须是双方出于自愿的真实意思表示，必要时可以经公证证明。如果是一方以欺诈或胁迫对方订立的协议，或者一方当事人有精神障碍属于无行为能力的人，就不能认定协议有效。

⑤有关人身关系方面的书证。在离婚案件中，有关人身关系方面的书证主要是夫妻关系存续期间因收养子女的书证。根据我国法律、法规的规定，收养书证有两种，一种是经公证机关依法办理的公证收养关系的收养公证；另一种是由基层政府部门依法办理的收养证书，这两种形式的收养证书都具有法律效力。一经生效，表明收养人与被收养人之间产生的拟制血亲关系成立。

离婚案件中，婚姻当事人双方收养子女一般因一方或双方在生理上有缺陷而不能生育子女形成的，也有个别是一方先收养后结婚的。因此，在离婚诉讼中，应当审查收养子女的实质要件（即收养的法定条件）、夫妻感情破裂是否与对养子女抚养有关、养子女是否成年，以便确认因收养子女引起夫妻感情是否确已破裂，如判决离婚时应确定未成年养子女随一方生活，而对方如同婚生子女一样应给付教育、生活费用。

4、物证。离婚案件中的物证主要指夫妻争执的行为和财产所指向的客观物质。如证明夫妻感情破裂是因为夫妻双方经常因经济、生活琐事吵闹甚至致伤对方，或者第三者插足、或与家庭其成员间的矛盾引起，在某些载体上反映客观事实的物质也属于物证，如磁带录音、录像带、病历及受害一方身上留的痕迹，与第三者交往的一些物品等。另一方面反映在离婚双方当事人争议的财产，通过当事人举证列出清单，应由审判人员进行清验，并将有关书证与实物核实。如房屋所有权证与实际房屋、贵重物品的发票与实际的物品（金首饰、高档家用电器、家具、电脑、钢琴等），夫妻共同经营活动的账册及经营商品等。离婚案件中的物证有些不易收集，特别是婚姻当事人在离婚诉讼前或者诉讼中隐匿或转移财产，甚至毁损、争抢财产的现象占有一定比例，因此，人民法院受理离婚案件后，应尽早和及时要求双方当事人举证列出财产清单并进行清点，查明财产状况，采取措施（责令保管限制转移，或查封）便利并案处理。

5、鉴定结论。离婚案件中的鉴定结论是指人民法院在审理案件中为解决专门性问题，通过有关部门指定专业知识的人，对案件中某些专门性问题做出客观的评价和分析，提出结论性意见作为审判案件认定的事实依据。在离婚案件中涉及的有精神病患者或患有法定禁止结婚疾病的鉴定，亲子鉴定、文书鉴定等。

（1）精神病鉴定。在离婚案件在因婚姻当事人婚前或婚后所患精神病，由人民法院指派或委托具有专门知识和具备鉴定人条件的人员（如精神病院的专门医疗技术人员）对其病情进行鉴定，确认其病症状况和程度以及行为能力，作出结论。

（2）对于患有法定禁止结婚疾病的鉴定。应由婚姻当事人出示有关病历和资料，由人民法院指定有关医院的专门人员进行活体检查，作出鉴定结论。

（3）亲子鉴定。主要指离婚男方不承认妻子生的孩子是亲子女，通过鉴定确认父子（女）血亲关系而产生婚姻当事人是否承担抚养教育子女的责任。一般应由提出否认血亲关系的一方出示证据证明。如提不出证据，人民法院也收集不到其他的证据证明，只能是提出否认血亲关系的一方败诉。

（4）文书鉴定。主要指离婚一方或双方对出示的书证提出异议而要求对书证中的内容进行文字鉴定以确认其书证的效力，作为离婚案件中认定事实的证据。如对于往来信件，诉前的离婚协议、财产所有权证、债权债务证明等等。鉴定人应依法定程序，对文字笔迹，印章进行鉴定。

（四）离婚案件证据的运用

认定夫妻感情是否确已破裂，从长期审判实践来看，应从婚前感情基础，婚后感情发展，夫妻感情的现状，离婚原因以及有无和好可能等诸多方面分析，同时又要以社会关系各方面的因素加以考虑，如子女抚养教育、亲友之间的关系、物质生活条件、思想观念的变化等综合考虑。最高人民法院历年来，特别是在1989年11月21日发布的《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》把夫妻感情确已破裂这一判决离婚的唯一标准，具体化为14条规定，凡符合其中之一的，视为夫妻感情已破裂。一方坚决要求离婚的，经调解无效，可依法判决准予离婚。

1、有法定禁止结婚的疾病的。包括一方患有法定禁止结婚疾病的，或一方有生理缺陷，或其他原因不能发生性行为，且难以治愈的；婚前隐瞒了精神病，婚后久治不愈，或者婚前知道对方患有精神病，久治不愈的。从审判实践的情况看，凡经鉴定为不治之症的精神病或性病患者一般应作为夫妻感情破裂判决离婚。但对于轻度的间歇性精神失常的疾病，可根据鉴定结论和夫妻关系存续时间长短及生活情况而定。对于性病患者，应当禁止结婚，近些年在某些国家流行的艾滋病在我国也有发现，从维护婚姻双方和子孙后代的健康以及提高国家人口素质出发，发现一起应当制止一起，并建议对患者强制性进行治疗。关于生理缺陷或者其他原因不能发生性行为，且难以治愈的可判决准予离婚，这是婚姻关系维系的自然属性决定的。

2、缺乏感情基础，婚后又未建立真挚的夫妻感情的。包括婚前缺乏了解，草率结婚，婚后未建立起夫妻感情，难以共同生活；双方办理结婚登记后，未同居生活，无和好可能的，包办、买卖婚姻（包括被拐骗婚姻）婚后方随即提出离婚，或者共同生活多年，但确未建立起夫妻感情的；因感情不和分居已满三年，确无和好可能的，或经人民法院判决不准离婚后又分居满一年，互不履行夫妻义务的。对以上这类情况的判定，应当从双方婚姻当事人之间草率结婚的原因，分居的具体情况，夫妻生活的状况，家庭成员间的相处关系中综合分析，得出夫妻感情确已破裂，难以共同生活的结论，且不可单扣条文，而应当实事求是，顺理成章。

3、有不道德或违法方面的原因而引起离婚的。包括一方欺骗对方，或者在结婚登记时弄虚作假，骗取《结婚证》的；一方与他人通奸、非法同居、经教育仍无悔改表现，无过错一方起诉离婚，或者过错方起诉离婚，对方不同意离婚，经批评教育、处分、或在人民法院判决不准予离婚后，过错方又起诉离婚，确无和好可能的；一方好逸恶劳，有赌博等恶心，不履行家庭义务，屡教不改，夫妻难以共同生活的，受对方虐待、遗弃，或在受对方亲属的虐待，或虐待对方亲属，经教育不改，另一方不谅解的；一方重婚，对方提出离婚的；一方被依法判处长期徒刑，或者违法、犯罪行为严重伤害夫妻感情的；一方下落不明满二年，对方起诉离婚经公告查找确无下落的。

这里重点说一下关于因第三者介入而引起的离婚案件，也就是上述通奸、非法同居的问题，在离婚案件中占有相当的比例，这类离婚案件中往往过错方与第三者的活动隐蔽，给审判带来查证困难，难以确认。在运用和认定证据方面，既要查清过错一方与第三者的关系发展过程，第三者介入是否使当事人双方的感情破裂，又要看过错方是否有痛改前非的决心，而无过错方予以谅解，有无和好可能，从而分清是非责任，弄清哪些实质性的确实影响夫妻感情的因素，实事求是地处理。一般来讲，由于第三者介入而引起的离婚案件是很难调解和好的，因为夫妻一方不忠实于夫妻感情是不容易得到对方容忍和谅解的，因此一般无过错一方起诉坚决要求离婚，应予准许；如果过错方起诉离婚，无过错方坚决不同意离婚，夫妻关系存续时间较长，应批评教育过错方应珍惜夫妻以往的感情，做和好工作，调解不成，可动员过错方撤诉，或判决不准予离婚。判决不准离婚的案件，调解和好，原告自动撤诉或按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，六个月内又起诉的，不予受理。

4、其他原因导致夫妻感情确已破裂的。婚姻是一种复杂的社会现象，而具体婚姻关系的维系和破裂是多样的，因此，要从个体离婚案件中具体分析，

最高人民法院根据立法精神所作出的司法解释列出一条灵活掌握的情况，这给审判离婚案件带来了主动性，但必须本着婚姻当事人双方的真实意思反映，本着保障婚姻自由，尽量维护家庭和社会稳定和健康发展的原则，对每一具体案件离与不离作出实事求是的判定。

二、继承案件的证据实用

（一）继承案件的概念

继承案件，是指继承人之间因继承被继承人的遗产发生纠纷而依法向人民法院提起诉讼，人民法院依法受理和审判的案件。继承是将死者（即被继承人）生前的民事权利，义务由继承人承接下来的法律制度。我国《继承法》规定了5种遗产转移的方式，即法定继承、遗嘱继承、遗赠、遗赠抚养协议和对无人继承又无人受遗赠的遗产收归公有。其中常见的主要是法定继承和遗嘱继承。法定继承指被继承人的范围和先后顺序以及遗产分配原则等由法律规定的继承方式。遗嘱继承是指按照被继承人生前设立的合法有效的遗嘱进行财产继承的继承方式。无论哪种继承方式，在继承案件中都具有以下共同特征，一是继承人的主体资格必须合格，包括与被继承人生前的身份关系、取得继承遗产的事实或行为的根据；二是被继承人遗产范围必须明确。被继承人生前确有属于个人的合法财产作为遗产，三是诉讼主体必须依法向人民法院提起，并由人民法院依法审判的继承案件。

（二）继承案件证据的一般特征

1、诉讼主体必须符合法律规定。继承案件的继承人是诉讼中的主体，而继承人应当是与被继承人有继承法律关系。也就是说继承人是与被继承人生前存在婚姻（夫妻关系）、血亲（父母子女关系）或者抚养关系的人。我国《继承法》在法定继承中规定了配偶、子女、父母是第一顺序继承人，有先继承的权利。第二顺序继承人为兄弟姐妹、祖父母、外祖父母，但必须是在没有第一顺序继承人的情况下，才能发生第二顺序继承人继承。对丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序的法定继承人。对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人也是作为法定继承人范围的。关于遗嘱继承和遗赠规定了被继承人生前可以立遗嘱处分个人财产，将个人财产指定由法定继承人的一人或者由二人继承，也可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。这里国家、集体组织或者继承人以外的人是特别规定的继承案件中的诉讼主体。因此，对于每个继承案件要认真审查诉讼主体资

格，即不能漏列，也不能将不同有资格的诉讼主体列入继承案件的当事人。

2、遗产范围必须是被继承人生前遗留的个人合法财产。继承案件中的客体物证，就是被继承人死亡时遗留的个人合法财产。依我国《继承法》的规定，包括个人合法收入；房屋、储蓄和生活用品；林木、牲畜和家禽；文物、图书资料；法律允许所有的生产资料；著作权、专利权中的财产权利；其他合法财产（包括有价证券和履行标的为财产的债权等）。继承案件中被继承人的遗产范围，往往在继承发生时，并没有引起继承人的注意，而在处分遗产时发生纠纷，有的时隔多年，方才提起诉讼，在诉讼前或者诉讼中，遗物发生变更和转移，甚至灭失的情况时有发生。因此，我国继承法规定了诉讼时效，继承人知道和应当知道继承权利被侵犯提起诉讼为2年，但又规定了自继承开始之日起超过20年的，不得再提起诉讼，如果继承人在继承开始后，遗产处理前，没有明示放弃继承的，视为接受继承，那就成为析产纠纷了。

在审查被继承人遗产范围时，通过对双方当事人举证，质证的同时，要分清被继承人合法财产与家庭共有财产，和与他人共有财产，如房屋产权，开始来源可能是被继承人或继承人的财产，由于大家庭长期共同生活，对房屋进行了翻建、改建或扩建，并有约定为共同产权人，那么，虽然被继承人是名义上产权人，也应作为共同财产析出，属于被继承人的份额才是遗产。在我国市场经济的情况下，属于联营、合伙、合资经营的经济活动，更应从联营、合伙、合资中清算出被继承人的遗产范围。

3、尊重被继承人生前依法处分个人财产的行为。我国《继承法》明确规定了被继承人生前可以以自书、代书、公证、在情况紧急时以口头的方式遗嘱、遗赠处分属于个人合法财产，这体现了财产所有人的真实意志。但被继承人生前的行为必须真实、合法。对于被继承人在无行为能力时所立遗嘱无效。对于依靠被继承人生活的未成年人或无生活来源的人所立遗嘱亦属无效。在遗嘱无效的情况下，一般应按照法定继承顺序处分遗产。在审判实践中，关于对遗嘱书证的认定，往往会出现出示遗嘱证据的一方或多方有几个不相同的遗嘱，这就需要审判人员依据当事人提供的证据综合分析，判断真假，去伪存真。对于伪造和篡改的遗嘱无效，对于有冲突的遗嘱，按照立遗嘱时间先后顺序和遗嘱形式加以确认，一般以最后被继承人所立遗嘱有效，公证遗嘱有效。

（三）继承案件经常使用的几种证据

在继承案件中经常使用的证据有当事人的陈述、书证、物证、证人证言、鉴定结论、勘验笔录等，其中最主要的直接证据是书证、物证，对继承案件起到至关重要的作用。这里重点说一下书证、物证。

1、书证。包括对继承人与被继承人之间相互关系确认所使用的证据和继承案件中对遗产权属和处分的书面材料所使用的证据。如按照姻亲、血亲（拟制血亲）所形成的亲缘关系，有证明确认夫妻关系存在的结婚证书，有证明继承人与被继承人之间身份关系的户籍登记或档案资料，有证明经公证机关办理的收养公证书或经基层政权机关办理的收养登记书，人民法院宣告失踪人死亡的民事判决书。

继承案件中关于遗产权属确认或处分遗产的书证，包括被继承人生前持有的物权证书和债权文书以及处分个人合法财产的遗嘱文书。物权证书包括房屋所有权证和土地使用权证、专利权证、著作权证、债权债务文书、债券、股票、国库券、存款单据、大宗购物发票、因承包经营的有关凭证等。被继承人生前处分个人合法财产的遗嘱文书包括遗嘱公证书、自书遗嘱、代书遗嘱、情况紧急时口头遗嘱（含录音磁带），这是被继承人按照个人意愿处分财产的重要证据。人民法院依法作出的宣告失踪人死亡的民事判决书，是引起继承发生的重要事实根据。

2、物证。在继承案件中，物证是指遗产本身。它既是继承人之间争议处分的对象，又是继承案件中能证明案件事实的证据。在继承案件中，根据诉讼双方陈述的事实，由审判人员进行实地勘验实物，必要时采取查封、扣押、冻结或指定人保管，防止灭失。主要包括：房屋、货币、存折、金银饰品、古董文物、高档贵重家用电器、家具、一定数量的生产资料（如承包的汽车、设备、商店货物）等。但是，对于物证的认定，还应与其他有关证据通过质证属实，才能认定。例如被继承人遗留的房屋，没有被继承人生前持有的房屋所有权证、土地使用权证等书证、书证所载的地址、房屋结构、建筑面积等与实物相一致。否则，就不能认定是被继承人的遗产。

（四）继承案件中证据的运用

1、法定继承纠纷案件中证据的运用

我国《继承法》第5条规定："继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。"这条规定虽然将遗嘱继承优于法定继承作了明确规定，但因为对遗嘱继承的形式和内容有严格的要求，在被继承人没有立遗嘱或所立遗嘱无效的情况下，应按照法定继承的方式进行。因此，在继承纠纷案件中，法定继承仍是我国财产继承的主要方式。在审理法定继承纠纷案件中，针对案件情况需要运用证据证明的事实，集中在法定继承人的范围和继承顺序、遗产范围、数量的分配。

（1）法定继承的成立。根据我国《继承法》的有关规定，法定继承成立的

情形是：被继承人生前没有设立遗嘱或者所设立的遗嘱全部无效的；遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的；遗嘱继承人丧失继承权的；遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的；遗嘱部分无效所涉及的遗产；遗嘱未处分的遗产。对于以上情形的审查，可以通过对诉讼当事人双方的调查和对被继承人生前的所在单位、亲友中的调查、了解，符合上述情况的，一般按照法定继承处分遗产。关于遗嘱继承人丧失继承权的情形，是指我国《继承法》第 7 条规定的 4 种情况，即故意杀害被继承人的；为争夺遗产而杀害其他继承人的；遗弃被继承人的或者虐待被继承人情节严重的；伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的，只要遗嘱继承人具有上述情况之一的，便丧失继承权，其应按遗嘱指定份额继承的遗产，按照法定继承处理。

(2) 法定继承人的范围和继承顺序。根据我国《继承法》第 10 条的规定，法定继承人包括第一顺序：配偶、子女、父母；第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。该法第 12 条规定，丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。在继承案件中，查明诉讼当事人是否属于法定继承人及其继承顺序，对于是否取得被继承人的遗产有直接的利害关系。因此，这要从他们与被继承人之间的身份关系入手，看是否与被继承人之间存在婚姻、血缘、或者有密不可分的家庭关系。实践中，绝大部分案件通过当事人陈述、证人证言、户口登记、档案资料、有关组织或单位的证明材料、鉴定结论等是可以确认其身份关系无疑的。但在有的案件中，关于配偶中的事实婚姻的认定、收养关系的认定带来难度较大，确认其法定继承人地位较困难。因此，关于没有办理结婚登记而以夫妻关系公开同居生活，周围群众也认为他们是夫妻关系的，在事实婚姻关系中，一方死亡，另一方能否以配偶身份继承遗产，应根据不同情况处理。凡是在 1994 年 2 月 1 日新的婚姻登记管理条例颁布之后的同居关系，属于无效婚姻，不受法律保护，因而不得以配偶身份取得继承权。在此之前，由于历史的原因，凡符合法定结婚条件的，一般可确认其婚姻关系有效，事实婚姻双方可以以配偶的身份作为法定继承人相互继承遗产。关于收养关系，凡是 1991 年 12 月 29 日我国《收养法》颁布之后不符合收养条件又未办理合法收养关系的，尽管有事实上的收养，这种收养关系在法律上也不能确认，在继承法律关系上也不能作为法定继承人取得继承权。在《收养法》颁布之前，关于事实上收养关系，应从实际情况出发，符合收养的构成要件、亲友、群众公认、或者有关组织证明确以养父母与养子女关系长期共同生活的，虽未办理合法手

续，也应按收养关系对待。那么养父母和养子女可以作为法定继承人互相继承对方的遗产。

(3) 遗产范围、数量的分析。根据我国《继承法》第3条规定，被继承人的遗产范围包括7个方面（本章前已述）和第4条规定个人承包应得的个人收益，依照本法规定继承。个人承包，依照法律允许由继承人继承承包的，按照承包合同办理。最高人民法院对这条的司法解释，“承包人死亡时尚未取得承包收益的，可把死者生前对承包所投入的资金和所付出的劳动及其增值的孳息，由发包单位或者接续承包合同的人合理折价、补偿，其价额作为遗产。”这些都是对遗产范围作出明确的界定。在审判实践中，由于被继承人的生活环境多变，其生前财产和其他人财产混杂一起难以区分，就不免给案件处理带来难度。因此，运用证据区分遗产与他人共有财产的范围、数量，显得特别重要。例如夫妻共有财产，当夫妻一方死亡后，其遗产除属于被继承人个人所有的是确定无疑的外，属于夫妻共有的财产中，应当析出被继承人的那一部分纳入遗产范围。对于家庭成员共同劳动所得合法财产，也应当将属于被继承人所有的那一部分析出，作为遗产处理。但这应当从财产取得的时间、来源、取得的方式，以及有无约定等诸多因素分析判断，确定遗产范围。

关于遗产的分配，我国继承法第13条规定了同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等，同时规定了有条件的可以多分，少分或者不分，继承人协商同意的，也可以不均等分割遗产。第14条规定对“继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。”最高人民法院对该条的“适当”司法解释为“按照具体情况可多于或少于继承人”。这些规定，对于具体案件处理遗产具有执法依据，但在有的案件中，还应当根据案件实际情况处理。

2、遗嘱继承纠纷案件中证据的运用

遗嘱继承，是指被继承人生前按照法律规定的方式立下遗嘱，待其死亡后遗嘱发生法律效力，使遗产由遗嘱指定的继承人继承。我国《继承法》关于遗嘱继承从形式和实质要件上作了明确规定，只有具备了规定的要件，遗嘱继承才能成立，否则，属无效民事行为，那么只能按照法定继承方式处理。因此，在遗嘱继承案件中，运用证据认真审查遗嘱的形式要件和实质要件，是确认遗嘱是否合法有效的首要问题。

(1) 审查遗嘱形式要件时的证据运用。我国《继承法》第17条明确规定5种遗嘱方式，即：公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱。其中限定遗嘱人只有在危急情况下才可以立口头遗嘱，危急情况解除后，遗嘱人

可以用书面形式或录音形式立遗嘱的，所立口头遗嘱无效。

无论以何种方式设立的遗嘱，都必须是真实的，合法的。真实性反映在遗嘱人的真实意思表示，不是虚假和被迫的，合法性是遗嘱人处分的是个人合法财产，所立遗嘱符合法律规定。例如自书遗嘱，是由遗嘱人亲笔书写、签名、注明年、月、日；代书遗嘱应当由两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名；以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证；危急情况下的口头遗嘱也应当有两个以上见证人在场见证。公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理公证书。这里自书遗嘱、代书遗嘱、公证遗嘱表现在证据上是一种书证，这种书证的形式必须符合规定，包括注明年、月、日，签名人、见证人都不得伪造篡改，都必须真实。录音遗嘱的载体是录音磁带，属于视听资料，其反映的内容必须是真实的，如果发现有删剪或模仿遗嘱人声音立假遗嘱，则录音遗嘱无效。对于遗嘱见证人的设立，对于无行为能力人，限制行为能力的人，继承人、受遗赠人，与继承人、受遗赠人有利害关系的人作见证人的，属无效遗嘱。因此，在审查遗嘱继承案件中，同时应审查与遗嘱相关的其他证人证言、鉴定结论等证据加以认证。

(2) 审查遗嘱的实质要件的证据运用。在遗嘱继承中，对于被继承人立遗嘱时应具备完全民事行为能力，遗嘱内容是遗嘱人的真实意思表示。我国《继承法》第 22 条规定“无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效；受胁迫、欺骗所立遗嘱无效；伪造的遗嘱无效；遗嘱被篡改的、篡改的内容无效；因此，在审判实践中，对于被继承人所立的遗嘱的真实性，要从实质要件上进行认真审查，如果诉讼当事人一方在诉讼中提出被继承人立遗嘱时的行为能力质疑，则要从被继承人生前的其他亲友、邻居或单位进行深入调查了解或被继承人的档案、病历资料中查证，并当庭质证后认定。属于无行为能力人所立的遗嘱，即使其本人后来有了行为能力，仍属无效遗嘱；遗嘱人立遗嘱时有行为能力，后来丧失了行为能力，不影响遗嘱的效力。

三、房屋案件的证据实用

（一）房屋案件的概念

房屋案件是指当事人之间因房屋所有权和在房屋买卖、租赁、典当、抵押、交换、拆迁安置以及借用、代管等方面发生纠纷而依法向人民法院提起诉讼，人民法院依法受理和审判的案件。另外，因房屋属于地上物，往往与土地联系所形成的土地（宅基）使用权纠纷密不可分，因此，我们把土地（宅基）

使用权纠纷合并于本节。

房屋案件，在人民法院民事审判中占有一定比例的数量。随着我国社会主义市场经济的发展和人民群众居住条件的逐步改善，加之城市旧城改造、新城区建立、城市住房制度改革，房屋作为商品进入流通领域越来越多。因而，房屋案件的发案数量呈上升趋势。这类案件类型多涉及法律关系复杂，有些涉及历史遗留问题，处理时难度大。例如在“文革”中被接收的私房，落实政策发还引起的产权纠纷；公买私房引起的房屋买卖纠纷；典当引起的回赎绝卖纠纷；城市旧城改造中的拆迁安置补偿纠纷；房地产开发中的商品房建筑安装工程合同和预售商品房纠纷等。这些案件在审理中以往只有政策性规定和最高人民法院作的司法解释作为执法依据，在 1983 年 12 月 17 日国务院发布了《城市私有房屋管理条例》，1987 年 10 月 1 日施行的《中华人民共和国民法通则》和 1995 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国城市房地产管理法》，才逐步有了执法的法律依据，但远远不能满足在实际审判工作中出现的新情况，新问题，因而需要在实践中不断针对案件具体情况摸索和总结审判实践经验。

（二）房屋案件证据的一般特征

1、年代久远、资料不全、查证困难。由于我国历史的原因，不少房屋案件的法律事实可以追溯到解放前，房屋的产权更迭变化很大，房屋的结构因翻建、改建、扩建较多，房产的书证资料因管理不善不少丢失湮灭，有些知道房屋情况的证人因年事已高，表述不清，甚至有的已去世、无法查清。因此，房屋案件的查证工作难度和工作量大于其他一般民事案件。

2、民事法律关系较复杂。诉讼主体关系复杂，往往一个房屋案件涉及参与诉讼的当事人众多，私房中大多涉及家庭内部成员或亲朋之间的纠纷，有的相隔几代，直系、旁系、近亲、远亲、血亲、姻亲等等关系混在一起，难理头绪。诉讼客体内容上，常常是确权、继承、析产、买卖、赠与、租赁、腾退、典当、抵押等相互交织在一起，引起多个诉讼请求的合并审理，每个诉讼的法律事实又错综复杂，这方面增加了民事审判工作的难度。

3、政策性强，适用法律难度大。我国各个历史时期发展不同，关于房屋的各种政策、法规、司法解释文件等浩瀚繁杂，针对某个时期某个案件的法律适用有相当的难度，特别是前后相抵触的法律适用难度更大，因而要求审判人员必须熟悉和掌握有关房屋案件的所有法律适用。

4、房屋案件涉及面广。一些房屋案件往往涉及诸多管理部门如房屋管理部门、规划管理部门、土地管理部门、交易部门、公证机关等。有些还涉及行政部门与人民法院受理案件的衔接，如拆迁安置补偿纠纷、历史上遗留房屋落

实政策等都有交叉办理的。

(三) 房屋案件经常使用的几种证据

1、书证。审理房屋案件主要使用的证据是书证，主要有以下几种：

(1) 房屋所有权证。房屋所有权证，是由房地产管理部门颁发的，确认房屋所有权证上载明的姓名享有财产权利，是书面凭证。城市一般都是经1987年全国统一登记换发的产权证以及后来取得的产权证。农村则是土改确权时发给的土地房屋所有权证，也有后来乡政府颁发的房屋所有权证。在审判实践中，有个别未将旧证换新证的，则旧契证仍有效，也应作为确认房屋产权来源的重要凭证。对于新建、翻建、扩建的房屋，须提交房屋所在地规划部门批准的建设许可证和规划建筑图；对于因购买、受赠、继承分家析产、交换而取得房屋所有权的，除提交取得该房的有关证明文件外，还须提交原房屋所有权证。审判实践中，对于房屋产权的变动，只要是依照法律规定办理了转移变更手续的，一般应认定有效。但有充分证据证明转移、变更的房屋所有权证属于采取欺骗手段或者伪造其他证据材料非法取得，则属于无效，应予以撤销。

(2) 土地使用权证。土地使用权证分为国有土地使用权证和集体土地使用权证。土地使用权证是由国家土地管理部门依法颁发给土地使用人的凭证。但在原土地上已有地上建筑物的土地使用权证由房地管理部门同房屋所有权证一并核发，转移、变更时也随之转移、变更。因为土地和地上建筑物在物理上不可分离。对于新建房屋、城市房地产开发征用土地，必须经土地管理部门依法办理土地使用权证。在审判实践中，有相当一部分改建、扩建的房屋未经重新办理土地使用权证，城市房地产开发案件中炒地皮的现象屡见不鲜，因而，对于未经办理土地使用转让手续而又不补办的，一般应认定为无效行为。

(3) 房屋买卖契约。房屋买卖契约是房屋买卖双方转移房屋的凭证。原产权人（即出卖方）与新产权人买受方）所签订的书面协议，写明房屋座落位置、建筑面积、间数、结构质量、价款、交付办法、违约责任等，并经房屋所在地的房屋管理机关验证、审核、缴纳税费，办理鉴证产权过户手续才具有法律效力。买卖双方私下订立买卖契约后，未经房屋管理部门办理登记过户手续的不能产生法律效力，一旦发生纠纷，不受法律保护。

(4) 租赁合同。是指产权人（出租人）将房屋使用权转移给租户（承租人）的书面证明，也称租约。租赁合同载明了房屋面积、用途、租金标准、租期，双方的权利义务，并经房屋管理部门鉴证，才具有合法的效力。在审判实践中，私立租约，口头约定、转租、随意提高租金、悔约要求住户腾退搬迁的不是个别现象，在处理中，将有关事实调查清楚，分清责任是非，合情合理的

解决，对于未经出租人同意擅自转租以获取高额租金为目的，不予保护。

(5) 换房协议书。包括公房承租人之间互换房屋权使用权或者房改中职工所购买单位自管房的有部分产权的调换，以及私房所有人之间产权调换，双方所签订的书面协议。公房换房协议需到双方房屋所在地的房屋管理机关办理互换租赁过户手续。职工购买的部分产权调换协议和房屋产权调换协议与房屋买卖一样属要式法律行为，必须由双方持有关的证明材料并经房屋管理部门办理过户手续才具有法律效力。

(6) 依法经人民法院裁判生效的法律文书或经依法公证的公证文书。人民法院作出的裁判书和调解书，除依审判监督程序撤销原裁判文书或伪造、涂改的虚假裁判文书外。生效后即具有不可更改的法律效力，应作为房屋案件中房屋确权、转移的凭证。

2、当事人陈述与证人证言。在房屋案件中，当事人既是诉讼参加者，又是案件事实的知情者，他们对于案件事实的陈述及争议的内容，是证据的主要来源之一。但在审判实践中，当事人陈述，往往带有偏激性，出示对于自己一方有利的证据和事实，而隐瞒对自己不利的证据或事实，反之，对方也一样。这样，需要审判人员在分析判断证据时，去伪存真，与其他收集的证据相印证，来加以认定。对于证人，往往也是房屋纠纷的知情者，有的还是直接参与者，如房屋买卖纠纷中的证人，房屋调换中的参与人，房屋租赁中的介绍人，房屋析产、继承中的主持人等等，他们对于房屋的状况及变更都有一定程度的了解，其证言对于弄清案情真相有一定的重要作用。但要防止因人情关系所作的虚假证言。

3、鉴定结论。鉴定结论是房屋案件中经常运用的证据。房屋案件中的鉴定结论，一般是指人民法院对正在审理的房屋案件中有关房屋结构、造价、技术质量等专门性问题，指定法定鉴定部门鉴定后所作出的书面鉴定结论意见。一般法定鉴定部门有房屋管理部门设立的技术鉴定部门、交易部门；城建规划部门设立的设计部门；建筑管理部门设立的工程质量监管部门、税务管理部门、房地产价格评估机构等。在审判实践中，经常使用的有房屋的价值、违章房屋、危险房屋，异产比连房屋、影响通风采光、房屋损害、房屋租金、房屋价款标准、房地产契证等鉴定。如房地产开发案件中，建设单位与施工单位因房屋工程质量和造价引起纠纷，就必须经专门鉴定部门作出鉴定结论并通过质证后认定。又如房屋租赁中，使用人对房屋进行了维修、装修等所花费用的认定，也需通过鉴定确认。

（四）房屋案件中证据的运用

1、房屋产权案件证据的运用

房屋产权案件，是指当事人之间因房屋所有权权属发生纠纷而引起的房屋案件。在我国由于多种所有制并存的体制，房屋产权性质也各不相同，有全民所有的房屋产权（即国有产权）、集体所有的房屋产权（即单位自管产权），公民个人所有的房屋产权（即私有房屋产权），还有外资房屋产权和中外合资的房屋产权。对于这些房屋产权的管理，我国历来制定的法规或政策，都明确规定了登记发证管理制度。如 1983 年 12 月 17 日国务院发布《城市私有房屋管理条例》第 6 条规定，“城市私有房屋所有人，须到房屋所在地房管机关办理所有权登记手续，经审查核实后、领取房屋所有权证，房屋所有权转移或房屋现状变更时，须到房屋所在地房管机关办理所有权转移或房屋现状变更登记手续。”1984 年 8 月 2 日国务院批准发布《关于外国人私有房屋管理的若干规定》中第 2 项规定，外国人私有房屋的所有人，须到房屋所在地的人民政府房地产管理机关办理房屋所有权登记手续，经审查核实后，领取房屋所有权证；房屋所有权转移、房屋现状变更或所有人国籍变更时，须到房屋所在地房管机关办理所有权转移或变更登记手续。1994 年 7 月 5 日《中华人民共和国城市房地产管理法》第 59 条规定：“国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度。”由此可见，国家对房屋产权的管理是登记发证制度，颁发的房屋所有权证是房屋所有人行使权利的主要凭证，是具有法律效力的。在审理房屋产权案件中，一般应当以产权证为准，持有产权证的一方可以免除举证责任，而主张否定、推翻产权证的一方负有举证责任。当房屋所有权证因违反客观事实，又有充足事实根据推翻的，应当实事求是、公证地认定产权归属。如有虚报、瞒报取得房屋产权证的，涂改、伪造取得房屋产权证件的。侵犯他人房屋所有权的；同一房屋两个不同所有人的等应予撤销。

关于新建、改建、扩建房屋的，应提交建设工程规划许可证、用地规划许可证；改建、扩建房屋的，还应提交原《房屋所有权证》和建房许可证，才能对新建、改建、扩建的房屋进行所有权的确认。对于非产权人如承租人、承典人、借用人等在合法使用他人房屋期间，对所使用的房屋进行改建、扩张或增添附属物、而与产权人发生产权争议的，应区分不同情况处理。如在改建、扩建、增添附属物之前，已征得房主同意，且双方对财产权书面约定的，应依约定处理；如虽经房主同意，但对产权没有约定的，房屋产权仍属原产权人所有，对改建、扩建、增添物的费用由原产权人折价补偿。

关于公民之间因房屋产权登记而引起的产权纠纷，属于双方或多方出资或

以合伙经营期间的资金收益共同购置的房屋，产权共同登记过户后，应由出资人共同所有。对于各自主张产权为个人所有的且又提不出充分证据的，不予支持。但一方在产权过户时主动放弃登记，又无其他约定，在他方已登记过户后才翻悔而主张产权共有的，产权应认定登记过户一方所有，由登记方返还放弃登记一方的出资款；如一方在登记时未明示放弃产权，产权登记在另一方名下，多年来双方共同居住，使用管理，登记方又未退出资款且长期无异议，发生纠纷后，可认定为出资双方共有，但应责成双方当地房屋管理部门办理变更登记手续。

关于家庭成员之间的房屋产权纠纷，如离婚案件中房屋产权纠纷，夫妻关系存续期间，一方购置，继承或受赠的房屋，虽以一人名义登记，无特殊约定，一般应视为夫妻共有。关于夫妻一方婚前所有的房屋产权，已结婚多年，且由双方长期共同管理使用，也可作为夫妻共有处理。但结婚时间短，又未共同管理使用的，仍应作为个人产权。

关于农村发生的房屋产权案件，涉及较多的因土改房屋确权、因改建、扩建房屋、分家析产而引起的。对此，审查证据时，一般应当以土改时所颁发的土地房屋所有权证为准，并以该证上开列的所有家庭成员（男女老幼）所共有。但土改至今已 40 多年了，农村的房屋和家庭状况发生了很大的变化，如涉及土改后发生的房屋析产、房屋继承、房屋买卖等引起的纠纷，则应根据案件具体情况，在确认当时房产证有效的前提下，实事求是地予以处理。

2、房屋买卖案件证据的运用

房屋买卖案件，主要指当事人之间因买卖房屋而引起的纠纷。当前，在城市因改革开放，房地产开发中，也发生了因商品房买卖（预售）而引起的纠纷。对这类案件的证据审查，应当依照有关房屋买卖的法律规定的要求，审查买卖双方的主体资格，双方所签订的买卖房屋合同，办理签证契约过户手续的情况是否完备等。如卖方系房屋产权人，持有房屋所有权证，出卖属于自己的房屋，则具备出卖人资格。但涉及出卖的房屋属于与他人共有，未经共有人同意这种房屋买卖关系原则上应认定无效。在审查购买人是否具有主体资格，主要指公买私房的购买人，必须经县以上人民政府批准，这是因为公买私房是限制在特殊需要的。但对于企业单位去购买私房已使用多年，经县以上人民政府补办了审批手续，也可承认买卖关系有效。关于房屋买卖合同的审查，应注意审查买卖双方的意思表示是否真实，合同中载明的条款是否合法，买卖房屋的价格是否符合法律规定，合同的形式要件是否完备。如合同中载明的买卖双方主体资格具备条件，合同的内容合法、是双方真实意思表示，又经当地房屋管

理机关办理了房屋买卖鉴证手续或房屋所有权证转移过户手续的，应认定有效。对于经查明房屋买卖中其中一方有欺诈、胁迫或乘人之危，使对方违背真实意思的情况下所签订的房屋买卖合同，一般应认定为无效合同。当然，在审查房屋买卖合同中，要结合其他书证、证人证言、鉴定结论等证据，综合分析，得出正确的结论。

关于商品房预售合同的效力问题。对于预售方除应当执有经工商行政管理部门核发的营业执照外，还应当持有土地使用权证、建设规划许可证、商品房预售许可证，由此，与预购方所签订的预售合同认定有效。对于预售方没有取得上述“三证”的，说明预售方没有售房资格，所签订的商品房预售合同无效。商品房的预售方，没有取得土地使用权证或没有取得商品房预售许可证的，但投入了一定的开发建设资金，进行了施工建设，预售商品房的，在一定诉讼期间补办了土地使用权证，商品房预售许可的，可认定预售合同有效。预售商品房合同签订后，预购方尚未取得房屋所有权证之前，预售方未经预购方同意，又就同一预售商品房与他人签订了预售合同的，应认定后一个预售合同无效；如后一个合同预购方已取得房屋所有权证的，可认定后一个合同有效，但预售方给前一个合同的预购方造成损失的，应承担相应的民事责任。

3、房屋租赁案件证据的运用

房屋租赁案件主要类型有解除租赁关系、租金（补付租金或调整租金标准）、房屋互换、修缮改建、毁损出租房中引起的纠纷。在审理此类案件中，既要保护出租人（房主）的房屋所有权，又要维护承租人（房客）对租赁房屋的正当承租使用权，依据国家有关法律和政策，结合具体案件不同情况，妥善解决双方当事人的纷争。

对于租赁合同的解除，在审判实践中，应审查双方所签订的租赁合同。对租赁期限届满，出租人要求收回房屋自住的，一般应予准许；未定租期的，出租人确因住房困难，要求收回出租房屋自住的，原则上也应准许，但都应给承租人一定的找房搬家时间。如果到期承租人确实未能找到住房，或出租人住房并不困难，可说服双方续订租赁合同，酌情延长租期，但不能判决双方继续建立租赁关系。承租人有条件腾退的，应判令其立即腾退；承租人无处可搬，出租人可以不全部收回房屋的，也可判令承租人腾出部分房屋，由出租人收回自住，变更原租赁合同或另订新的租赁合同。对于承租人擅自将承租房屋转租、转让或转借的；或进行非法活动、损害公共利益的；或承租人累计6个月不交房屋租金的，出租人有权解除租赁合同，收回房屋。房屋租赁期限未满，因买卖、赠与或继承发生房屋产权转移，新房主为此要求收回房屋的，不予支持，

应当确认原租赁合同对承租人与新房主继承有效。承租人以个人名义承租房屋，在租赁期限内承租人死亡，该户共同居住的家庭成员（必须是原承租人共同居住满3年）可以享有继续承租的权利，出租人要求收回房屋，不予支持。出租房屋被拆迁安置的新房，产权仍归原房主，但租赁关系应继续保持，出租人借拆迁之机要求收回房屋的，不予支持，但租金可相应变动。

非所有人擅自出租他人房屋的，应认定租赁关系无效；部分共有人出租共有房屋，其他共有人知情后提出异议的，应认定租赁关系无效，给承租人造成实际损失的，由共有人中过错方承担责任；其他共有人当时明知或事后知道的又未提出异议的，应确认租赁关系有效。

关于房屋租金纠纷，承租人应按照租赁合同约定交租金，不得拒交和拖欠。承租人无故拖欠的，应判令如数偿付，一次性给付有困难的，可分期给付；因租金过高显失公平、承租人拖欠的，应按照公平合理的原则，参照同类地区的房租标准，进行合理调整，判令承租人按调整后的租金标准给付。但出租人违反规定，擅自抬高租金或者除收租金外，加收押租或其他额外费用的，不予支持。

关于租赁期间因修缮、改建、装修房屋的纠纷，如果租赁合同中有约定的，依合同约定处理；没有约定的，因必需修缮房屋而由承租人垫付的，应由出租人承担。承租人未经出租人同意，擅自将承租的房屋改建、添建、搭建、拆除或以其他方式使房屋受损的行为，属于侵权行为，不予支持，应当判令停止侵害恢复原状，造成出租人的房屋损失的，应予赔偿。

四、劳动争议案件的证据实用

（一）劳动争议案件概述

劳动争议是指劳动关系当事人之间因劳动的权利与义务问题而发生的纠纷。劳动问题主要指劳动报酬问题，奖励和惩处问题，劳动保险生活福利和劳动保护等问题。劳动争议案件是指劳动关系当事人因劳动问题发生纠纷经专门机构仲裁后不服而诉讼到人民法院，人民法院依民事诉讼程序审理的一种民事案件。近年来，随着我国劳动管理和劳动用工制度的改革，劳动关系呈现形式多样化、主体复杂化、建立自主化、运行法制化的特点，劳动争议案件趋于显性化、多样化、数量上升、类型增加，法律关系越来越复杂。目前，人民法院受理的劳动争议案件主要有五大类：一是因用人单位开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职发生的去职纠纷；二是因执行国家有关工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定发生的待遇纠纷；三是因用人单位给予职工行政警

告、记过、留用察看、职工不服而引起的管理纠纷；四是因履行劳动合同涉及合同效力的确认、合同的变更、履行、终止及对劳动合同的理解或因一方不履行或不适当履行劳动合同而发生的劳动合同纠纷；五是法律、法规规定应依《劳动争议处理条例》处理的其他劳动争议。劳动争议案件呈现以下几个特点：

1、劳动争议案件主体一方一般是个人，另一方是企事业单位、国家机关、社会团体，另外也有个体户与雇工之间发生劳动争议案件。随着劳动合同制的实行和推广，双方当事人一般建立了劳动合同关系，作为当事人一方的企业应是中华人民共和国境内的国营、集体、私营企业、中外合资企业、中外合营企业和外商独资企业。作为当事人一方是个人的应是企业的职工，个体户雇佣的工人，事业单位、国家机关、社会团体中的工人。事业单位、国家机关、社会团体中的公务员不是工人，不能成为劳动争议案件的一方当事人。

2、劳动争议案件的法律关系复杂，审理中存在执法的矛盾冲突问题，认识难以统一，执法难度较大。在法律关系上，往往行政管理关系与民事法律关系交织，劳动合同关系与民事侵权赔偿关系交织。同时，劳动争议案件审理的政策性强，又存在国家劳动法规与企业内部的厂规厂法冲突，过去颁布的法规与依据改革精神制定的政策相冲突，企业用工自主权与职工劳动权的冲突等。

3、劳动争议案件影响面广，矛盾容易激化。劳动争议案件直接关系到职工个人的切身利益，涉及到对宪法赋予公民的劳动权利的保护，处理好劳动争议案件，不仅能够很好地保护公民的劳动权利，还能调动职工为发展国民经济从事生产建设的积极性。处理不好，很容易发生伤害、罢工、停产等恶性事件。在保护职工个人利益的同时，还要保护企业正当的管理活动，保护企业的合法权益。

4、劳动争议案件不是行政案件，一般应先由劳动争议仲裁机关先作出裁决。当事人不服在法定时间内向人民法院起诉的，人民法院才受理，法院一般不直接受案，但追索劳动报酬引起的争议，工伤事故赔偿引起的争议，个体劳动者与私人雇主因履行劳动协议发生的争议案件法院可以直接受理。

（二）劳动争议案件实用证据的一般特征

劳动争议案件的审理，离不开以事实为依据，以法律为准绳这条基本原则。处理这类案件，首先要查清事实，在此基础上才能在适用法律上客观公正。

劳动争议案件的证据来源，同一般民事案件一样，一是当事人双方举证，二是人民法院亲自调查取证，除此之外，由于劳动争议案件一般首先由劳动争议仲裁委员会进行调解和仲裁，当事人对仲裁不服的，才可以到人民法院起

诉。因此，在劳动争议仲裁阶段就已经存在一部分证据材料，劳动争议仲裁阶段的证据材料，也是人民法院审理劳动争议案件的重要证据来源之一，并且此类证据材料中有一部分是劳动争议仲裁机构亲自调查取证的材料，具有一定的客观性，真实性。

劳动争议案件使用的书证多属于公文书证。劳动争议案件中公文书证如劳动争议仲裁机关制作的劳动争议仲裁书，经公证机关就劳动合同制作的公证文书、单位内部制作的考勤表、财会单据等等，劳动争议案件中使用的公文书证，有以下特点：一是公文书证大多有一定的格式或规律，其制作过程一般要履行一定的手续。如劳动争议仲裁机关制作的劳动争议仲裁书，需严格履行一定的劳动争议仲裁程序，单位对职工的处罚决定，即要严格依照企业职工条例等规章制度，有的还要依据单位通过合法程序制定的厂规厂法，并经一定程序讨论通过，依固定格式制作；二是有些公文书证是当事人以外的其他单位制作的，例如公证机关对劳动合同的公证书，劳动争议仲裁机关的仲裁书，专门机关的鉴定结论等，有的制作这些公文书证的单位，与案件无利害关系，这些公文书证，不仅能证明案件事实，且是劳动争议案件所必不可少的证据。

劳动争议案件的证人一般为自然人，且多为企业等单位职工，也是最了解案件情况的人。由于案件的知情人多为企业等单位职工，而企业等单位又是案件一方当事人，作为证人则往往迫于某种压力或影响不敢作证，如知情人怕为职工作证而遭到厂长的打击报复，不愿作证人出庭作证，这就使人民法院必须深入到职工当中去宣传法律政策，消除证人的思想顾虑，收集调查证据。

（三）劳动争议案件经常使用的证据及运用

在审理劳动争议案件中，经常使用的证据有书证、证人证言，当事人陈述、物证、鉴定结论等。

1、书证。劳动争议案件经常使用的书证主要包括劳动合同书、聘任书、协议书、单据、传单、书信、电报及其他书证、劳动合同书是最主要的书证，它是企业与职工之间建立劳动法律关系的法律文书，是确立双方当事人的劳动法律关系的重要依据，在劳动争议案件中占有重要地位。

审判实践中，对劳动合同的审查应按照《劳动法》和国务院颁布的有关劳动法规进行。依据我国《劳动法》第 19 条的规定，劳动合同应当以书面形式订立。书面劳动合同严肃慎重，内容清楚准确，便于当事人执行；一旦发生争议，也有利于查清事实，及时处理。劳动合同的条款分为法定条款和约定条款两部分。法定条款包括：劳动合同期限；工作内容；劳动保护和劳动条件；劳动报酬；劳动纪律；劳动合同终止的条件；违反劳动合同的责任。约定条款主

要指劳动合同双方当事人之间自愿协商规定的关于各自权利、义务的条款。按照《劳动法》第21条规定："劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过6个月。"第22条规定："劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。"我国劳动法第18条还规定：违反法律、行政法规和采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同为无效劳动合同。人民法院在审理劳动争议案件时应结合以上法律规定，从以下三个方面审查劳动合同：1. 审查主体资格，审查用人单位和劳动者是否具有权利能力和行为能力；2. 审查劳动合同双方当事人的意思表示是否真实，审查双方的签约行为是否符合国家法律、法规和政策的有关规定；3. 审查劳动合同内容双方的权利、义务规定是否明确、具体、公平，条款是否完备、文字表达是否清楚、准确等。

2、证人证言。劳动争议案件涉及企业内部知情人较多，证人证言较广泛，审判人员在审理此类案件时不仅要深入群众调查研究，充分利用知情人提供的证据和证据线索，去收集、查明证实案件事实的证据，更要注重对证人证言客观真实性的审查。根据司法实践经验的总结，一般从以下几个方面审查证人证言：1. 证人与当事人之间的关系。一般劳动争议案件的知情人与案件的当事人都在一个企业内部共同劳动，彼此比较熟悉，或有一定的关系。在审查证人证言时首先应注意到证人与当事人之间的关系有无可能导致证人作出虚假证言，如有的证人与企业的代表人或一方当事人曾发生过矛盾，希望其在诉讼中败诉，因此故意作虚假陈述，隐瞒事实真相，甚至夸大当事人的过错事实，以泄私愤。又如有些证人往往迫于某种压力或影响，怕为职工作证而遭到厂长的打击报复，而作出虚假证词等等。2. 证言的内容。审判人员应着重分析证言内容有无矛盾和可疑点，与其他证据是否一致协调。对证言内容本身存在矛盾和可疑之处，应首先予以排除，否则其证据效力值得考虑。另外，如发现证人证言与其他证据有矛盾，就要认真分析，审查证人证言真实，还是其他证据真实。如果查明其他证据确实，且与证人证言的矛盾不能排除，那么证人证言往往是虚假的。3. 证人提供证言时是否受到外界的不良影响。如企业对当事人一方的处理决定同时涉及到证人的利益时，证人在作证时就会带有倾向性。

3、当事人陈述。劳动争议案件的当事人，一般是劳动合同的当事人，且当事人之间是招用与被招用的关系，双方在诉讼中对案件事实所作的陈述的角度不同。他们会从各自的利益出发，强调、夸大对自己有利的事实和理由，回避对自己不利的事实。但是作为企业一方当事人的陈述往往代表组织一方，其陈述有一定的真实、可靠性。当然，也不排除有不真实的可能，仍应结合本案其他证据予以审查判断其陈述的内容是否真实。

4、鉴定结论。在审理劳动争议案件中，往往会碰到作为证据使用的鉴定结论，专门人员就案件的某些问题所作的技术鉴定结论具有客观真实性，对案件的审理有一定帮助。劳动争议案件中主要鉴定的问题有涉及对劳动合同涂改嫌疑的鉴定，对特殊疾病的鉴定，涉及当事人一方过错事实的鉴定等等。如在一起劳动争议案件中，原告以被告利用工作之便（被告负责厂长办公室的卫生及送开水)，将尿液留在办公室的暖瓶内报复厂长为由，决定对被告作开除处理，被告拒不承认，对处理决定不服。原告将暖瓶内液体送卫生防疫站化验，证实含有尿液和杂质，但尿液是否被告所留不能确认，经劳动仲裁委员会决定认为原告提供的证据不足，由原告收回对被告的处理决定，原告不服，向法院起诉，法院在审理中，将原告保存的尿液和被告的血液一并送到北京，由专业权威机关公安部第二研究所进行鉴定，最后确认系被告的尿液，使案件得到正确的判决。对鉴定结论的审查，关键是审查鉴定结论所依据的材料是否充分和真实可靠，鉴定结论是否有科学依据，论据是否充分，论据与结论是否有矛盾。

（四）审理劳动争议案件应注意的几个问题

1、去职纠纷主要是开除、除名、辞退、离职几类。管理纠纷案件主要包括职工对用人单位给予的行政警告、记过、留用察看不服几种。人民法院在审理此类案件时，应主要围绕职工是否有违纪行为，违纪行为造成的后果，用人单位处分职工是否符合条件、程序几方面进行收集调查和审核认定证据，并对证据进行具体分析，分清职工是否应负责任及应负责任的大小。

开除，是企业对严重违反劳动纪律和规章制度，给企业造成重大经济损失和其他违法乱纪行为而又屡教不改的职工依法强制解除劳动关系的一种最高行政处分。构成开除主要有以下几个条件：一是企业职工中违法犯罪被判刑的。但是，依照刑法处以管制以及宣告缓刑者，一般可不予开除。在适用时，法院应结合刑事判决书这一书证着重审查职工犯罪的具体情节，如果刑事判决书认定被处以管制以及给企业造成重大经济损失，对企业的生产秩序、工作秩序或者劳动管理造成重大影响的，就可予开除。此外，对于在管制或缓刑期间又犯罪被判刑或者严重违反劳动纪律或者有关规章制度，可不必等到管制、缓刑期满即予开除。二是企业职工违法送劳动教养并注销城市户口的。三是职工在留用察看处分期间表现不好的，对“表现不好”的审查应看表现不好的具体事实和行为，以及行为后果。对在留用察看期间所犯错误触犯刑律符合第一个条件，或所犯错误情节严重，严重违反劳动纪律，造成严重后果的，可视为表现不好，不待留用察看期限届满，即可开除。相反，如所犯错误属一般性的，经

批评教育，决心改正的，是否开除可在留用察看期满后综合考虑决定。四是严重违反劳动纪律或有关规章制度的。这要审查职工所犯错误达到何种严重程度才够开除条件。对于职工严重违反劳动纪律，或无理取闹，聚众闹事、打架斗殴，造成企业长时间停工停产等严重后果；或严重破坏规章制度玩忽职守，违章指挥、违章操作，造成重大事故，使国家和企业遭受重大人员伤亡和重大经济损失的，或滥用职权，违法乱纪，贪污盗窃，投机倒把，走私贩私，行贿受贿，敲诈勒索及其他违法乱纪行为，情节严重，或已经触犯刑律免予刑事处分，经教育不思悔改的，可认为符合开除条件。对职工作出开除处分应经过以下几个法定程序，首先必须弄清事实，取得证据。即开除职工必须有事实依据，无凭无据不得开除处分职工，同时，法院要注意审查用人单位作为开除职工事实依据的证据是否真实、客观。其次，须经厂长（经理）提出，由职工代表大会或职工大会讨论决定。对职工代表大会闭会期间，可由常任主席团召集职工代表团（组）长和有关职工代表参加的会议讨论决定。非经以上机构通过所作出的开除处分决定是无效的。第三，作出开除决定前或开除时，要与本人见面，允许申辩。第四，开除决定要用书面形式，并报企业主管部门和企业所在地的劳动争议仲裁委员会备案，应送达受处分者本人，并明确告知对决定不服，可以从收到处分决定之日起 15 日内向劳动争议仲裁委员会申诉。第五，作出开除处分决定要符合开除时限。国务院 1982 年 4 月 10 日发布的《企业职工奖惩条例》第 20 条规定："审批职工处分的时间，应从证实职工犯错误之日起，开除处分不得超过 5 个月，……。"即从企业对职工所犯错误经过调查，弄清事实，取得依据，并通过一定程序正式认定时起，超过 5 个月所作的开除处分是无效的。当然对案情复杂，不能按期及时审批处分的，可报请上级主管部门批准，适当延长。但必须有上级批文作证据予以佐证。

除名，是企业职工因自行脱离工作岗位或者无正当理由经常旷工，经批评教育无效且旷工时间超过法定期限，由企业行政采取的一种强制解除劳动关系的处理措施。对不属于旷工行为或旷工未超过法定期限的，不能适用除名。按照《企业职工奖惩条例》第 18 条规定："职工无正当理由经常旷工，经批评教育无效，连续旷工时间超过 15 天，或者一年以内累计旷工时间超过 30 天的，企业有权予以除名。"在审查除名条件时，应注意几点：首先计算连续旷工时间，对国家法定节假日的天数应扣除，其次对连续旷工或累计旷工时间只是分别达到 15 天或 30 天的，仍不够除名条件，只有分别超过才够除名条件。连续旷工时间跨年度时，可跨年度计算；累计旷工时间一般不跨年度计算。再次，在除名程序上，应由企业厂长（经理）提出并作出决定。

辞退，是用人单位依据国家规定的条件和企业依法制定的辞退规定，解除与职工之间劳动关系的一种法律制度。辞退又分正常辞退和违纪辞退两种。按照规定，违纪辞退只适用于国营企业及其所属医院、学校、科研等事业单位，不适用于国家机关、人民团体和事业单位。按照湖北省及武汉市的规定，企业应根据国务院《国营企业辞退违纪职工暂行规定》的规定，结合各自实际，制定辞退违纪职工的具体考察条件和执行办法，经企业职工代表大会或职工大会讨论通过公布实施。凡未制定辞退违纪职工具体考察条件和执行办法的企业不得辞退职工。对于集体企业是否参照执行《国营企业辞退违纪职工暂行规定》，由省、自治区、直辖市人民政府确定。该《暂行规定》也适用于合同制工人。对因工致残的职工凡符合违纪辞退条件的予以辞退，应征得当地劳动部门的同意。

人民法院在审理除名、辞退纠纷时，应注意在调查核实所收集的证据时，对证据进行综合分析，找出某个证据本身以及某些证据之间有无矛盾，如用人单位除名报告中列举的旷工天数与考勤表上记载的旷工天数及工资单上扣款的旷工天数、证人证实的旷工天数或职工本人承认的旷工天数是否吻合，如有矛盾，应进一步核实。

用人单位在行使管理权时，应严格按照规定的权限及条件进行，如在给予职工警告、记过、记大过处分时，审批处分时间不得超过3个月；撤职只适用于有职可撤的职工，留用察看的期限为一至二年，不能随意延长。人民法院在审理中，应注意审查用人单位行使管理权是否符合规定的条件和权限。

2、劳动合同当事人由于自己的过错造成劳动合同不履行或不适当履行应承担相应的法律后果。追究当事人违反劳动合同的责任，必须具备以下条件：一是当事人有不履行或不适当履行劳动合同的行为；二是当事人本身有过错，包括故意或过失两个方面，人民法院在审判时，不仅要查清劳动合同当事人有无不履行或不适当履行劳动合同的行为，还要查明当事人本身是否有故意或过失，由于职工不履行或不适当履行劳动合同时存在诸多客观原因，法院更要综合全案证据，分析判断职工行为责任的大小。

我国新颁布的劳动法第25条和第32条规定了用人单位和劳动者解除劳动合同的条件，同时第29条也规定了用人单位不得解除劳动合同的情况，即（1）患职业病或者因工负伤并被确认丧失或部分丧失劳动能力的；（2）患病或负伤在规定的医疗期内的；（3）女职工在孕期、产期、哺乳期内的；（4）法律、行政法规规定的其他情形。人民法院在审理涉及劳动合同解除纠纷案件时，应严格把握劳动法规定的禁止性条件，只要证据证实职工存在以上几个条

件之一的，用人单位便不得随意解除与职工的劳动合同。

五、个人合伙案件的证据实用

（一）个人合伙案件概念

依据我国民法通则第30条的规定：个人合伙是指“两个或两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营，共同劳动。”个人合伙案件是指合伙人之间因履行合伙协议或个人合伙与合伙以外的公民、法人、其他组织之间发生的民事权利义务争议，而诉讼到人民法院，由人民法院审理的一种民事案件。个人合伙案件主要有两大类，一类是合伙内部纠纷，亦即合伙人之间基于合伙合同而发生的涉及出资、收益分配、合伙债务承担、损失赔偿、合伙协议的执行及对执行的监督等事项而发生的民事权利义务争议；另一类是合伙外部纠纷，即个人合伙组织同合伙组织以外的公民、法人或其他组织在民事活动中因享有民事权利，履行民事义务而发生纠纷。个人合伙案件有以下特点：

1、个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。由于个人合伙必须是各合伙人共同出资，共同经营，共同劳动，且签有合伙合同，合伙经营积累的财产是合伙人的共有财产，各合伙人都是权利义务主体，共享合伙经营所得利益，并对外共同承担无限连带责任。因此在个人合伙案件中，全体合伙人均参与案件的诉讼。主要有两种情况，即在合伙内部纠纷中，诉讼当事人双方仅限于发生合伙内部争议的全体合伙人；在合伙外部纠纷中，个人合伙的全体合伙人往往是诉讼的一方当事人。最高人民法院在《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》中规定：个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记字号的，应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推举代表人；被推选的代表人，应由全体合伙人出具推选书。

2、个人合伙案件关系到合伙各方的经济利益，合伙各方最熟悉合伙的经营情况。在诉讼中，由于合伙人的身份关系或合伙人的虚假陈述，隐匿罪证的行为使案件审判更为复杂。有的合伙案件涉及合伙人身份特别，尤其在现在市场经济条件下，往往合伙人经营得法、成功，成为被宣传的热门人物，有的被当选为人大代表或政协委员，影响大，一旦合伙人之间发生纠纷，案件处理涉及社会影响大。此外，由于合伙人最了解合伙内部情况，因此，在合伙内部发生纠纷时，有的合伙人会在诉讼前或诉讼过程中隐匿、毁灭重要证据，在合伙体与其他单位的外部纠纷中，合伙人为了合伙体共同的经济利益隐瞒事实真相，使案件审理复杂化。

（二）个人合伙案件实用证据的一般特征

个人合伙案件使用的书证多属私文书证。所谓私文书证即公民个人制作的文书。个人合伙案件中使用的私文书证如书面合伙协议、散伙协议、个人合伙与其他单位所定的合同书等。由于私文书证系公民个人制作的文书，因此，审判实践中必须注重对该书证的审查判断，尤其是对其合法性的审查。

个人合伙案件的处理直接关系到当事人的经济利益，作为当事人提供的多是对自己有利的证据，影响到证据的客观性和真实性。审判人员在收集、调查和审查判断个人合伙案件的证据时，要注重考虑到该证据所证明的案件事实与提供证据的当事人的经济利益有无直接的联系，要结合其他证据进行综合审查判断。

（三）个人合伙案件经常使用的主要证据及适用

个人合伙案件中经常使用的证据有书证、物证、证人证言，当事人陈述等。

1、书证。个人合伙案件中经常使用的书证主要包括合伙协议，单据，退伙协议、经济合同、账簿等。合伙协议是最主要的书证，它是合伙人之间建立合伙法律关系的法律文书，是确立当事人之间合伙法律关系的重要依据，在个人合伙案件中占有重要地位。

审判实践中，对个人合伙协议的审查应依照民法通则、经济合同法和最高人民法院颁布的有关司法解释进行。个人合伙协议一般载明以下内容：合伙经营的范围、合伙的字号或推举的负责人，合伙人的出资形式、价值、比例、合伙盈余的分配，合伙债务的承担，退伙等。对协议的审查应注重协议双方当事人签订协议是否真实意思表示，协议内容是否合法两个方面进行。

单据、账簿也是个人合伙案件中的重要书证，它是证明合伙协议履行情况的实质性证据，对单据、账簿的审查应结合协议的约定进行，审查出资各方是否按协议投入价值相当的实物或资金、盈余分配情况，合伙债务分担情况，部分合伙人退伙时抽出投资的情况等，对单据、账簿的审查判断，除了从单据、账簿的制作、真实性上审查外，还可结合工商档案、税务档案，证人证言及相关物证进行对照审查。

工商、税务档案是个人合伙案件的重要书证之一，按照法律规定，个人合伙协议签订后，一般应报工商行政管理部门核准登记，在向工商部门核准登记时必须依法交验一系列有关合伙人合伙的材料，加上工商部门调查和行使职权所制作的文书材料，形成工商登记档案，工商登记档案材料由于是工商登记管

理部门经审验、调查、备档的材料，具有一定的客观性，真实性，也是人民法院用以审查判断其他证据的重要证据。当然，在审查工商档案时，对合伙人出具的一些书面材料也不排除合伙人弄虚作假和工商部门的调查失实，还应结合其他证据审查判断。税务档案系个人合伙经营纳税情况的材料库，从税务档案中可反映出个人合伙经营盈余、亏损的情况，作为个人合伙案件的重要书证之一，它一般也具有客观性、真实性。

2、物证。物证是以物品的外形、特征、规格、质量等证明待证事实的物品。有的个人合伙案件中合伙一方是以实物形式出资，在合伙经营中又新增了机器设备等生产资料和生产出的产品等实物，既是个人合伙案件的诉讼标的物，同时还是重要的证据。因此，必要时人民法院应采取必要的保全措施，为全面查清案件事实奠定基础。个人合伙案件的物证有以下特点：一是多为生产资料和产品。由于个人合伙投资为了通过生产经营分配盈余，要生产必然有生产资料，如机器、厂房、生产原材料等，同时也有生产出的产品供经营销售，因而合伙生产资料和产品成为合伙人共同财产。二是合伙实物财产一般与账簿相符，且有发票单据相佐证，其性质是属投资实物，还是盈余投资购买的再生产资料，从账簿上均可反映出来。

3、证人证言。同其他民事案件一样，在个人合伙案件中，证人证言对查清案件事实有重要作用，是经常运用的证据之一。个人合伙案件的证人多为自然人，且多是合伙经营体中受雇劳动的人。对合伙案件证人证言的审查判断，除了一般审查证人证言的来源、证人陈述是否受到外界影响外，还要注意结合合伙人之间的陈述、合伙退伙协议及其他书证、物证进行审查判断证人证言的真实性、客观性。在审判实践中，对合伙人之间无书面合伙协议，又未经工商行政管理部门核准登记，但又具备合伙的其他条件的情况，应特别注重对无利害关系人的证言的审查。对此类证人证言的审查，首先应注意审查该证人与合伙人之间有无利害关系，即是否是合伙人的近亲属或有其他经济利益关系，其次应审查该证人提供的证言是属原始证据，还是传来证据。所谓原始证据是指直接来源于案件事实的证据，即第一手证据。所谓传来证据是指不是直接来源于案件事实的证据。在个人合伙案件中，对合伙人之间没有书面合伙协议，且未经工商部门核准登记，但具备合伙条件，应经两个以上且无利害关系人证明当事人之间有口头合伙协议可认定为合伙关系。因此，作为证明当事人之间有口头合伙协议的无利害关系证人的证言应是证人亲自听到或看到的案件事实所作的证言，即亲自听到合伙人之间口头协议合伙，或亲眼看到合伙人投资的实物、资金等案件事实，即该证人证言具有原始证据性质。第三，对证人证言应

结合合伙人的陈述、合伙投资的事实，其他证人证言进行审查判断，对存在的矛盾之处，应有合理解释予以排除或相应证据排除矛盾，方可认定该证人证言的效力。可见，证人证言对事实合伙关系的认定具有十分重要的意义。

4、当事人陈述。个人合伙案件的当事人一般是合伙投资各方，在合伙内部纠纷中，他们会为了自己的经济利益，而从维护自己的角度作出陈述，在合伙外部纠纷中，往往为了维护合伙共同体的经济利益，从维护合伙共同体的角度作陈述。因此，对合伙案件当事人的陈述，应结合其他证据进行审查判断，辨明其真伪。特别在合伙内部纠纷中，当事人是直接参与合伙的合伙人，对合伙的情况最熟悉最了解。因此，首先结合合伙人之间的陈述应相互印证，一般容易辨别其争议、矛盾所在，再结合其他证据，查明当事人陈述的矛盾之处的事实真相。

六、特殊侵权损害赔偿案件的证据实用

（一）特殊侵权损害赔偿案件概述

特殊侵权损害赔偿案件是指因职务行为、产品瑕疵、高度危险作业、污染环境、地下施工、地上建筑物及建筑物上的悬置物、饲养的动物、无民事行为能力和限制民事行为能力人给他人财产、人身造成损害，受害人诉至人民法院要求赔偿的民事案件。按照侵害的客体划分，特殊侵权损害赔偿案件可分为两类，即侵害财产权损害赔偿案件和侵害健康权、生命权损害赔偿案件。前一类侵害财产权损害赔偿案件主要涉及侵害财产所有权、共同权、侵害占有权、留置权几种。根据我国《民法通则》第 121 条至第 127 条的规定，按照特殊侵权行为划分，特殊侵权损害赔偿案件可分为 7 类，即职务侵权损害赔偿案件、产品瑕疵造成损害赔偿案件，高度危险作业造成他人损害赔偿的案件，污染环境造成他人损害赔偿案件，地下施工、地上建筑物及建筑物上的悬置物造成损害赔偿案件，饲养的动物造成他人损害赔偿案件，无民事行为能力人和限制民事行为能力人造成损害赔偿案件。

特殊侵权损害赔偿案件主要有以下几个特点：

1、特殊侵权损害赔偿案件的诉讼当事人在加害人一方有责任人和行为人之分，这是区别于其他一般侵权损害赔偿案件之处。在国家、法人、雇用人承担赔偿责任，作为责任人的情况下，受害人一般不向行为人直接请求损害赔偿。

2、特殊侵权损害赔偿案件运用的归责原则不同于一般侵权损害赔偿案件。它主要适用过错责任原则，责任人承担推定过错责任和无过错责任原则。如根

据我国《民法通则》第 123 条和第 127 条规定的高度危险作业或饲养的动物造成他人损害的侵权赔偿案件适用无过错责任原则。

3、适用于无过错责任原则的特殊侵权损害赔偿案件，其构成责任的要件不同于一般侵权损害赔偿案件。即不以行为人的过错为构成责任的条件。

（二）特殊侵权损害赔偿案件证据的一般特征

我国《民事诉讼法》第 64 条规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据"。"人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审查核实证据。"当事人在民事诉讼中负有举证责任，一般是谁主张、谁举证。由于特殊侵权损害赔偿案件所适用的归责原则有别于一般侵权损害赔偿案件，且构成责任的要件也与一般侵权损害赔偿案件不同。因此，特殊侵权损害赔偿案件当事人在举证责任的分担上有其自身特点，即原告对被告的违法行为，侵权造成的损害事实及违法行为与损害事实之间的因果关系负有举证责任，涉及主观过错一节事实，实行举证责任倒置，即此节事实原告不负举证责任，被告主张自己无过错，须举证证明，对证明属实的，被告确无过错则不承担民事责任，否则依照我国法律规定，被告要承担无过错责任或推定过错责任。如我国《民法通则》第 123 条高度危险作业侵权责任的条文规定了如果被告人能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。

科学性较强的证据形式常作为定案的依据。审判人员在审理特殊侵权损害赔偿案件时，常会遇到一些科学技术性问题。如对产品是否有瑕疵的认定需要产品质量监督部门予以鉴定，高度危险作业致人损害、地下施工、地上建筑物及建筑物上的悬置物造成损害，饲养的动物致人损害案件中涉及损害事实、侵权行为与损害事实因果关系的认定也需要专业部门进行鉴定，特别是环境污染侵权赔偿案件中，包含许多很强的科学技术性问题，其证明案件事实的证据要求有较高的科学性，作为定案依据的证据常以鉴定结论、勘验笔录、监测化验资料等形式出现。

（三）特殊侵权损害赔偿案件的证明对象

证明对象是指需要运用证据予以证明的案件事实。笼统地说，特殊侵权损害赔偿案件的证明对象即是侵权损害的事实。具体而言，七类案件又各有自己的不同证明对象。

1、职务侵权损害赔偿案件的证明对象。（1）侵权行为人即企业法人的法定代表人、其他工作人员或国家机关、国家机关工作人员受委托或执行的是什么职务；（2）侵权行为是执行职务的行为，还是执行职务以外的行为；（3）执

行职务的行为是否有过错，是否为不当行为。

2、产品瑕疵侵权损害赔偿案件的证明对象。(1) 产品的制造者或销售者所制造销售的产品名称、规格、品种、销售日期，有无产品合格证明书或检验证；(2) 产品质量是否经法定质量检验部门鉴定为合格，或有瑕疵；(3) 购买者所购产品是处理品，在购买时产品销售者是否告知；(4) 产品瑕疵是否因生产者、销售者以外的原因造成，如在运输中碰撞造成毁损，或使用人使用方法不当等；(5) 产品瑕疵是否与造成他人财产、人身损害有因果关系。

3、高度危险作业致人损害赔偿案件的证明对象。(1) 侵权行为人所从事的作业是否是高度危险作业，对其周围环境有无高度危险：(2) 侵权行为人所从事的高度危险作业与所致他人损害之间是否有因果关系；(3) 从事高度危险作业的公民、法人或其他组织是否按规定采取了必要的安全措施；(4) 损害事实的发生是否因受害人的故意造成。

4、环境污染致人损害赔偿案件的证明对象。(1) 侵权行为人污染环境的方式；(2) 侵权行为人是否采取必要的防治措施防止对环境的污染和破坏；(3) 受害人因环境污染而受财产、人身损害的程度；(4) 污染环境致人损害有无不可抗力原因或受害人、第三者的故意或过失行为。

5、搁置物、悬挂物致人损害赔偿案件的证明对象。(1) 搁置物、悬挂物倒塌、脱落、坠落是否未按规定采取安全措施造成；(2) 搁置物、悬挂物倒塌、脱落、坠落与致人损害之间是否有因果关系；(3) 受害人对搁置物、悬挂物倒塌、脱落、坠落是否有过错。

6、饲养动物致人损害赔偿案件的证明对象。(1) 饲养的动物是否为城市限制饲养的牲畜；(2) 饲养人对饲养的动物是否采取看管措施；(30 损害事实的发生是否饲养的动物造成；(4) 损害事实的发生是否因受害人的主观过错。

7、无民事行为能力人、限制民事行为能力人致人损害赔偿案件的证明对象。(1) 无民事行为能力人、限制民事行为能力人是否实施了致人损害的行为；(2) 无民事行为能力人、限制民事行为能力人所实施的侵权行为与损害事实之间有无因果关系；(3) 受害人对损害事实的发生有无过错；(4) 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人情况。

(四) 特殊侵权损害赔偿案件经常使用的主要证据及证据的适用

在特殊侵权损害赔偿案件中，我国《民事诉讼法》所规定的 7 种证据均有运用，下面就每种证据在此类案件中的作用及如何适用予以阐述。

1、书证。书证虽然在特殊侵权损害赔偿案件中往往不是定案依据，但它对定案依据的印证有重要作用。在此类案件中，书证主要有病历、医疗证明、

诊断书、医药费单据、误工证明、营养品发票、产品质量生产、合格或检验证明，排污情况记录等等。在特殊侵权损害赔偿案件中，涉及损害程度、损害赔偿的数额的证明时书证的证明作用较重要和突出，人民法院在审理案件时，要重视对书证的审查判断，首先应着重审查书证制作的时间和制作单位，一般涉及人身损害的书证及医疗诊断证明，制作时间应在损害事实发生之后，且由专业部门即医疗部门制作；其次应审查书证的内容，是否与本案损害事实有关；再次，要结合其他证据予以审查。

2、物证。在特殊侵权损害赔偿案件中，在涉及财产损害的案件中，物证应用较多，如产品瑕疵损害赔偿案件中的产品、被损害的物品、污染物、高空悬挂物、搁置物等。但此类案件中的物证往往不能单独证明某一案件事实，而要结合案件中其它证据来证明案件事实，如销售的产品是否带有瑕疵，应经过专门部门进行鉴定，结合鉴定结论才能证明。在环境污染案件中，物证不是一个经常使用的证据，而且有的难以提取，不好提取，也不好保存。如受害地域较大的农田、水体、污染、噪声、受污染的鱼类等等。在司法实践中，往往以勘验笔录、视听资料、鉴定结论、记录、鉴定出物品的内部特征，以代替物证在此类案件中的证明力。

3、视听资料。视听资料在环境污染案件中经常运用，除此之外其他6类特殊侵权损害赔偿案件则并不常用。视听资料比起其他证据而言，可通过声、光、电3种方式向人们生动地传播信息，一般有较强的真实性和客观性，在环境污染案件中视听资料一般表现为图片、录像等形式。近年来，随着电子计算机的普及推广，计算机储存的资料也运用越来越广泛。对视听资料的审查判断，应注意从视听资料制作的时间，反映的地域是否案件所涉的环境污染地域，有无删除、剪接等现象等方面进行。

4、证人证言。证人证言在证明损害事实发生及侵权行为与损害事实之间有无因果关系上有重要作用，特别是现场目击侵害事实发生的证人陈述，更是认定案件事实的重要证据之一，但对证人证言的审查判断，仍要注意证人与侵权行为人、责任人、受害人之间有无利害关系，是否因此而作虚假证言，证人证言的内容本身符不符合客观规律，是否可信，是否自相矛盾，证人证言与科学技术鉴定结论等其他证据之间有无矛盾。

5、当事人陈述。侵权行为人、受害人是损害事实发生的直接参与者，他们的陈述有可信的一面，同时由于侵权行为人、受害人为了自身利益，有可能作夸大或缩小甚至隐瞒事实真相的陈述。侵权责任人为了逃避责任，有可能不如实陈述将责任推到行为人或受害人身上。因此，对当事人陈述的审查判断，

必须结合其他证据进行，不能偏听偏信。

6、鉴定结论。鉴定结论在特殊侵权损害赔偿案件中是经常使用的重要证据之一，它不同于其他一般民事案件，在此类案件中占有举足轻重的地位，它是专业人员根据法院提供的有关材料，采用科学的方法和手段及设备，对证明对象所作的结论，其可靠性较强，证明力较高，能令当事人信服。在审判实践中，鉴定结论主要有损伤鉴定、污染物鉴定、产品质量鉴定、污染受损情况鉴定、污染物毒性鉴定等等。审判人员在运用鉴定结论时应注意几点：(1) 应科学、全面地取样；(2) 审判人员应向鉴定人提供案件事实的有关情况，以便鉴定人熟悉案情供鉴定时参考；(3) 不能忽视对鉴定结论的审查判断。对鉴定结论的审查判断要求审判员掌握一定的科学知识，熟悉相关的法律、法规及规章，且必须具有较高的业务能力和审判经验。审判员应着重从证据材料提取的时间、地点、方式、使用的工具、鉴定所依据的法律及科学原理进行审查，如发现有可能影响证明力的问题时，应要求重新鉴定或补充鉴定。

7、勘验笔录。勘验笔录是审判人员接触案件客观事实的第一手材料，在制作时应注意以下几点：(1) 审判人员应亲自进行勘验、检查，以取得大量的原始证据，全面了解案情；(2) 在勘验检查时，对有可能灭失或发生变化的证据，应及时采取措施予以固定、保全；(3) 应对现场进行全面的勘验、检查；(4) 在勘验、检查时，应采用科学的方法，以保证准确性；(5) 勘验笔录是现场和物证的直观反映，勘验人必须如实记载，不能加以主观分析判断。在审判实践中，还应注意勘验笔录与鉴定结论的配合运用，并结合证人证言、当事人陈述、视听资料进行审查。

第四节 知识产权案件的证据应用

一、知识产权案件概述

知识产权是智力成果的创造人依法所享有的权利和生产经营活动中标记所有人依法享有的权利的总称，包括著作权和工业产权。因知识产权问题发生纠纷，而起诉到人民法院，由人民法院立案审理的案件，即为知识产权案件。

知识产权案件涉及的范围很广，本章主要研究著作权、商标权和专利权纠纷案件。

根据我国《著作权法》及《实施细则》的规定，应由人民法院审理的著作

权案件主要有以下几种：1. 涉及著作权法适用对象的案件；2. 涉及著作权归属的案件；3. 涉及著作权中人身权的案件；4. 涉及著作权中使用权与获酬权的案件；5. 涉及合理使用的案件；6. 其他与著作权有关的案件；

根据《商标法》及《实施细则》的规定，应由人民法院审理的商标侵权案件主要有以下几种：1. 关于商标注册纠纷案件；2. 关于注册商标的续展、转让和使用许可纠纷案件；3. 关于商标侵权纠纷案件；4. 关于其他与商标有关的案件。

根据《专利法》及《实施细则》的规定，应由人民法院审理的专利案件有以下几种：1. 关于是否应授予发明专利权的纠纷案件；2. 关于宣告授予的发明专利权无效或者维持发明专利权的纠纷案件；3. 关于实施强制许可的纠纷案件；4. 关于实施强制许可使用费的纠纷案件；5. 关于专利申请公布后，专利权授予前使用发明、实用新型、外观设计的费用的纠纷案件；6. 关于专利侵权的纠纷案件；7. 关于转让专利申请权或者专利权的合同纠纷案件。

上述著作权、商标权和专利权纠纷案件有以下共同特点：

（一）案件情况复杂，审理的难度较大

上述案件的复杂性，主要是由知识产权所具有国家授予性、专利性、地域性和时间性这4种特性所决定的。如专利实施许可合同，它的整个履行过程较长，内容复杂，当事人违约的较多，因此涉及的法律问题也比一般合同案件复杂。如商标图案纠纷问题，当事人往往采取一种规避的行为，在同类商品中使用较相近似的商标图案等，涉及很多的专业技术问题。因此，在处理知识产权纠纷案件时，要具体案件，具体分析，具体处理。

（二）科学技术性强

知识产权（著作权、商标权、专利权）是对民事主体基于智力的创造性劳动所取得的知识产品享有的专利权依法进行保护，因此，知识产权诉讼常围绕着特定的知识产品进行。在一般的民事、行政诉讼活动中，有时也会遇到一些技术问题，但技术问题本身并不是诉讼的主要内容。而知识产权案件中，知识产品本身往往包含着复杂的科学技术内容，诉讼活动自始至终都围绕着一个特定的主题进行。如在专利侵权案件中，首先必须确立专利的保护范围，而保护范围决定于权利要求书，必须对权利要求加以解释，才能拿被诉侵权的产品或方法加以对照，以便确定是否发生了侵权的事实。法院对权利要求书的解释，本质上是一种技术判断，而对于是否构成侵权行为的法律判断需以技术判断为基础。商标、著作权侵权案件亦涉及被诉侵权商标和作品与原商标和作品加以

对照问题。因此，审理知识产权纠纷案件具有较强的科学技术性。

（三）知识产权案件的审理需要有关职能部门和技术专家协助

专利和商标案件一般都经专利管理机关和工商管理机关处理过，他们具有这些方面的专门知识，收集有大量的证据，因此，取得这些部门的配合和支持，对法院办案是十分必要的。尤其是专利一般都是新的技术，有些基本是某一学科的尖端技术，这样广泛、高深的技术要求，审判人员一般是不可能达到的。因此，法院在审理这些案件时，可以聘请技术专家协助审判，也可以就某一专门问题向技术专家咨询，或委托技术专家就某一案件事实进行技术鉴定。

二、知识产权案件实用证据的一般特征

当前，人民法院受理知识产权纠纷案件虽然案件数量不多，但审理的难度较大，主要反映在证据的收集、审查和运用上。对各类知识产权案件的证据需要作具体细致的分析，这样，就有必要对知识产权案件证据的一般特点加以归纳和认识。

（一）证据在各种案件中的运用要求不同

知识产权纠纷案件因其种类不同，因此，需要运用的证据也不同。如出版权纠纷案件的重要证据就是出版商与作者签订的出版合同。又如专利确权案件的重要证据则是能够证明其具有“三性”的技术资料或技术鉴定。再如注册商标侵权纠纷案件的主要证据就是争议商标标识和被争议商标标识。

（二）书证是知识产权案件中最主要的证据形式

这主要是由知识产权的内涵所决定的，正由于知识产权为民事主体基于智力的创造性劳动所取得的知识产权享有的专有权，因此，审理此类案件所收集的各种证据中，书证的数量最多，如专利纠纷有时一个案件要收集上 10 种书证。这些书证多为公文书证，其内容多用数字、符号、图表、颜色等表示。

（三）技术资料对案件事实的认定起重要作用

技术资料一部分属于书证，另一部分以图片、录像或输入计算机为表现形式的属视听资料。

（四）鉴定结论对案件正确处理起关键性作用

知识产权涉及的专业技术性问题很强，由具有专门知识或技能的人，对诉讼法律事务中需解决的某些专门性问题进行分析、化验、鉴别后提供结论性意见。它常常是法院定案的主要依据。

（五）勘验笔录、现场笔录在有些案件中也可作为证据运用

审判人员通过对案件有关的现场、物品等进行勘察、检验，对知识产权侵权或确权案件是具有综合证明力的证据。

（六）证人证言、当事人陈述有时也起重要作用

知识产权纠纷，因技术性强，证人证言、当事人陈述不具有稳定性和科学性，一般不作为证据使用。但证人证言和当事人的陈述在有些案件中，在特殊情况下，对证明案件事实也可起到证明作用。

三、知识产权案件经常使用的几种证据

我国民事诉讼法规定的7种证据，在知识产权案件中基本上都有运用，但经常运用的主要有4种，即书证、物证、视听资料、鉴定结论。

（一）书证

书证是知识产权案件中最主要、运用最普遍的证据。因为专利技术、注册商标、著作权主要以设计图、说明书、权利要求书；商标注册申请、商标注册证、商标转让合同、商标使用许可合同；文字、艺术作品、著作权转让合同、出版合同等，这些书证多为公文书证，证明力强，能证明案件的最主要事实，是定案的主要依据。

人民法院在审理这类案件时，所收集的书证种类较多，具体讲，主要的书证有：

1、商标局和专利管理部门及文化、出版等部门发布的文件、公告、证书等。如注册商标证书、商标公告；专利证书、授予或驳回专利申请的文件，专利局的实施强制许可决定书，公开专利申请的公告等。

这种书证在案件中的证明作用表现为：第一，证明当事人的资格。如商标侵权、专利侵权案件中，商标权人提供的注册商标证书，专利权人提供的专利证书，都对其资格起证明作用。其二，证明当事人从事了某种行为。如专利确权案件中，原告向法院提交了专利复审委员会从事了这一行为，侵犯了申请人的权益。其三，证明某些案件事实。如注册商标专用权纠纷案件中，商标局续展注册商标公告，能起到证明注册商标专用权保护的起始时间。

2、合同、协议书、委托书文本。如著作权许可使用合同案件的当事人，出版合同案件的当事人应向法院提供合同文本；又如协作（合作）完成或接受委托完成的发明创造，因申请权发生纠纷的当事人应向法院提供协议书、委托书文本；再如商标使用许可合同纠纷的当事人应向法院提供商标使用许可合同

文本。上述几种案件中，合同、协议书、委托书文本是最主要的证据，它能客观地、全面地反映事物的本来面目，是法院依法判案的证据。

3、技术资料。技术资料是专利案件中的一种重要的、经常运用的证据。在商标、专利等确权及侵权案件中，法院要将双方当事人提供的技术资料进行比较，从而确定案件事实。技术资料多表现为书证，有时也表现为视听资料等。表现为书证的技术资料，专利案件主要的专利申请人、专利权人或其他当事人技术设计的方案、图纸、说明书、权利要求书，有些是发表于国内外书籍、报刊及内部刊物上的资料。商标案件主要是专有人的技术设计方案、文字及图案的比例及颜色等。著作权纠纷也有一些创作的方案及素材等。

属于书证内容并在审理知识产权案件中起重要作用的还有产品的商标广告及说明书、财务单据、发票、企业生产情况记录等。

（二）物证

物证也是知识产权案件中的重要证据，其在知识产权案件中的证明作用主要有以下几点：

1、物证在有的知识产权案件中具有直接的证明作用。(1) 产品发明专利是以新产品的独占作为保护内容的，而专利产品是有形之物，专利权人只要提交由他人仿造的专利产品的仿造品就可以证明侵权行为的存在。如张某诉某福利厂专利侵权案，张某的“自动关启式挂衣架”于 1986 年 12 月获得实用新型专利权。1987 年 7 月，张某在市场上发现销售某福利厂生产的“自动关启式挂衣架”专利产品。张某持某福利厂生产的属张某的专利产品就能证明被告侵权行为的存在。(2) 商标专用权是以核定使用的商品为限独占注册商标为保护内容的，注册商标的图形或文字亦是有形之物，商标专用权人只要提交由他人生产的同类或相同的商品上使用其注册商标，就能证明侵权行为的存在。如某仪器仪表电器厂，为片面追求利润，于 1983 年初从他人手中购进“昆仑牌”标牌 1 千个，从市场上采购电视机处理零部件组装电视机并进行销售。“昆仑牌”为某东风电视机厂注册商标。原告只要向法院提交被告“昆仑牌”电视机，就足以证明被告的商标侵权行为。(3) 著作权是以作者因创造文字、艺术和科学作品为保护内容的，享有著作权的文学、艺术和科学作品都是有形之物，著作权人只要提交由他人抄袭、剽窃的作品，就能证明侵权行为的存在。如吴某是一位蟋蟀爱好者，他曾先后出版过《中国某某地区蟋蟀志》和《斗蟋》两本书，1993 年，吴某发现由某大学出版社出版的署名为李某、张某的《蟋蟀秘本》一书中的全部彩图及书中大量的字、句、段完全抄自他的作品。吴某只要将李某、张某抄袭的《蟋蟀秘本》一书及其自己的《中国某某地区蟋蟀志》和

《斗蟋》书，就能证明被告侵权行为的存在。

2、物证在有的知识产权案件中具有间接的证明作用。(1) 方法发明专利，是以新的生产方法为保护内容的，如果生产出同样的产品，但使用的是不同的方法，那么就不能肯定存在专利侵权的行为。因此，物证对于方法发明专利的证明是间接的。这种情况下，一般应由被告举证，如果被告不能举证证明自己的生产方法不同于专利方法，则可推定使用了专利权人的方法发明专利。(2)《著作权法》第 22 条规定的 12 种情况是对作者权利加以限制，人们通常把《著作权法》第 22 条规定的情况称为合理使用，因此，物证对合理使用的证明则是间接的。在这类案件中，如果被告能举证证明其确为合理使用，则不构成侵权。如某大学教授宋某于 1987 年 7 月 26 日向某法院起诉，控告某学校将他在中央电大录制的《民法概论》讲课录音整成讲义，向学校学员销售，获取非法利润，要求法院对某学校的侵权行为予以处理。法院审理查明：某学校因教学需要，依据中央电大提供的原告讲课录音带编成讲义，共印制 1 千套向本校学员发行，每套收工本费 3 元。某校在编印时未事先征求原告意见，但署了原告的姓名。据此，法院依据《著作权法》第 22 条的有关规定，确定被告付印《民法概论》属合理使用，不构成侵权，驳回原告的诉讼请求。

（三）视听资料

视听资料并不是知识产权案件经常使用的证据，但是在有些情况下，视听资料也起到重要的证明作用。在视听资料中，录音资料是由录音机和录音磁带记录和储存的与案件有关的音响，经过在诉讼中播放、再现，使司法人员藉以了解案件的真实情况。录像资料是由录像机和录像磁带储存的与案件有关的各种形象，经过在诉讼中放映、再现，起到证明案件真实情况的作用。电子计算机储存的资料，是指储存在电子计算机内的各种信息。这些信息由于与案件事实有关联，对证明案件事实有意义。总之，视听资料在知识产权案件中虽然运用得不多，但其证明力是独特的，应引起审判人员的重视。

（四）鉴定结论

鉴定结论在知识产权件中具有“一锤定音”的作用，成为决定案件事实的关键性证据。鉴定结论主要用于知识产权案件中的确权和侵权的证明与认定上。

1、在确权案件方面。如专利确权案件中，法院对原、被告双方提供的证据进行审查后，往往就发明是否具有“三性”请有关技术专家进行鉴定。如某人发明了一个新型调光器，并向专利局提出发明专利申请，但被专利复审委员

会驳回，遂起诉至法院。法院审理中，原告向法院提交了发明技术的权利要求书、说明书、设计图及其他有关技术资料，被告向法院提交了两件书证：一是专利文献某卷中登载的与该申请内容基本相同的发明专利公告及其权利要求书；二是某杂志上登载的介绍该项技术应用的资料，以图证明原告的发明不具有新颖性，不应授予专利权。法院委托有关技术专家对原、被告提供的书证进行了技术鉴定。鉴定结论表明：原告的发明与已获得专利权的"调光器"，在主要技术原理上相同，不具有新颖性和创造性，不应授予专利权。据此，法院判定原告败诉。在审理其他知识产权案件中也存在上述类似的问题。

2、在侵权案件方面。法院在收集、调查了双方当事人提供的证据后，往往将原、被告提供的有关技术资料交由技术专家进行鉴定，以判断是否侵权。如《中华神圣图》的著作权纠纷，原告倪某经过近两年的艰苦创作，于1987年9月完成了长33．25米、宽0．9米的长卷工笔彩画《群仙祝寿图》，倪某在法院诉称，在他委托被告李某装裱、代卖时，李某将画改名为《中华神圣图》，并以李某的名义捐赠给中国残疾人福利基金会。被告李某辩称，《中华神圣图》是他花费10年心血完成的，要求法院确认其对《中华神圣图》的著作权。法庭采用当场作画的鉴定方式，李某对此当场拒绝，倪某当场画了《中华神圣图》的一个局部。鉴定人认为，倪某画得较熟练，从风格、人物、造型、方法、运笔看都与该画一致。根据原、被告提供的参考资料，有关部门的鉴定结论是《中华神圣图》上的字是倪某所书。倪某向法庭提供的该画的一些细微特征，经鉴定小组核对，基本属实。据此，法院判定：《中华神圣图》即为倪某创作的《群仙祝寿图》，被告李某将原告的画改名以自己的名义捐赠第三人属侵权行为。

四、几种主要知识产权案件证据的实用

我国法院受理的知识产权案件多为著作权、商标权和专利权纠纷案件。其中，又以确权、侵权、许可合同等纠纷为多见，因此，有必要对这几种案件中证据的运用加以详述。

（一）确权案件

确权案件以专利确权案件最具代表性，可概括为三种情况：第一、专利复审委员会驳回了发明专利申请人的复审请求，申请人不服而向法院起诉的案件；第二，专利复审委员会宣告已授予的发明专利无效，原发明专利权人不服，向法院起诉的案件；第三，专利复审委员会驳回了第三人的无效宣告请求，第三人不服，向法院起诉的案件。

专利确权案件证据的运用主要围绕诉讼双方当事人争议的焦点进行：

1、发明是否具有新颖性、先进性和实用性。法院要求原告提供该发明的权利要求书、说明书、设计图及其他有关技术资料；要求被告提供是否授予专利所进行的研究和讨论的有关会议记录和对该申请进行“三性”审查所参照的技术资料，然后请有关专家进行比较，并作出技术鉴定。

2、发明创造是否违反国家的法律、社会公德或妨害国家利益。法院可先对双方提供的有关发明在使用后可能产生的后果的证据进行分析判断，然后再结合被告提供的不授予原告专利权所依据的法律文本，审查、判断被告是否运用法律正确。

3、发明创造是否属于不授予专利权的项目。对于授予专利的项目，法律规定十分明确，但在具体应用时却容易发生纠纷。对此类案件，法院应认真审查双方提供的有关技术资料，以及专利局有关专利分类的文件，并请有关专家作出鉴定结论。

4、发明人是否有专利申请权。首先，关于申请的专利是职务发明还是非职务发明的认定。对此争议，法院一般应从以下三方面进行查证：一是是否单位指定进行的发明；二是是否利用了单位的试验室、材料、经费等；三是是否利用业余时间完成发明创造。第二，关于创造的发明人或设计人的证明与认定以及关于协作（合作）完成或者接受委托完成的发明报告，谁有权申请专利的证明与认定。法院审理此类案件，应查明当事人之间就专利的研究和申请是否订有协议书、委托书或合同，有协议书、委托书或合同的，依这些书证予以证明；没有以上书证的，审判人员可查证研究记录、设计草稿、当事人之间的信函，听取证人证言，进行现场勘验，从而确定案件事实。

（二）侵权案件

知识产权侵权案件是人民法院受理知识产权案件数量最多的，双方当事人争议的焦点多在于是否侵权及侵权赔偿数额的多少，其中对于是否侵权这一事实的认定是这类案件的审判难点。下面主要就著作权、商标权和专利权侵权案件证据的运用分别予以介绍：

1、关于著作权侵权案件

(1) 对署名权侵权行为证明和认定。署名权即表明作者身份，在作品上署名的权利。作者可以在作品上署名，也可不署名，署真名也可署笔名。这是作者的人身权利，只能由作者来行使。他人无权决定作品的署名。侵犯署名权的案件，情节比较简单，对侵权的认定也比较容易。首先，法院要收集证明作品著作权属谁的证据。第二，法院要收集证明著作权人没有放弃署名的意思表示

的证据，如没有被署名的，则构成侵权。如编剧肖某经征得《情侣》作者杨某同意，将《情侣》改编成电影剧本《悬念》，并由某电影制片厂摄制成电影，该片署名编剧肖某，在电影拍摄过程中，杨某提出在影片中署名，即根据杨某的《情侣》改编。电影发行放映后，杨某发现影片中没有自己的署名，经找制片厂要求署名未成，遂诉至人民法院。法院审理判决：某电影制片厂的影片《悬念》系根据杨某的小说《情侣》改编的，杨某享有署名权，要求电影制片厂更正，并在全国性报刊上声明致歉，支付作者杨某应得的报酬。

(2) 对引用他人作品的侵权行为的证明和认定。我国著作权法规定，在一定条件下可以不经许可使用他人作品，不支付报酬，但应当指明作者姓名，作品名称等。这种使用称合理使用。如为个人学习、研究或欣赏，使用他人已经发表的作品，将电视节目录制下来，自己反复学习和欣赏的行为，就不构成侵权。因使用他人作品而发生侵权行为的案件，主要表现为引用他人作品超过被引用作品的1/10或使用他人作品以营利为目的。在处理这类案件中，第一，法院要收集侵权成立的物证——被告使用原告的作品或被告使用原告作品而产生的新作品。直接使用原告作品的侵权是显而易见的，引用原告作品的侵权则需要将原告作品与被告的作品加以对比，看是否构成侵权所需的引用数量。第二，对直接使用原告作品的侵权行为的证据，除要收集被告使用原告作品的物证外，还要收集被告使用原告作品的传播范围，出版情况及获利的财务账目的证据，以证明被告侵权行为的成立。如某大学学者梁某在其编写的教材中有三章的内容引用了某大学教授赵某所编写的一部著作的内容。梁某在讲义中仅在全书的末尾列出了一系列参考书目，其中包括赵某的著作，但引文部分并没有标出说明。赵某发现后，向人民法院起诉，称梁某抄袭、剽窃自己的作品。梁某辩称，自己没有抄袭、剽窃赵某作品，在书后参考书目中已经列出赵某著作，属合理使用。法院审理，认为梁某的行为已超出合理使用，未经他人许可，又未注明出处而使用他人作品，已构成侵权，要求赔礼道歉，支付报酬，停止发行该教材。再如某出版公司出版的一套小学生英语教材，某市教师进修学院发现教师缺乏英语教学辅助材料，该院组织人员编写了一本英语教学的辅导材料。该辅导材料中大量引用了某出版公司出版的小学生英语教材的内容。该出版公司及作者发现该辅导材料由该市出版社公开出版发行，遂向法院起诉。法院审理认为某市教师进修学院的行为已超出合理使用范围，构成对作者著作权及出版者专有出版权的侵犯。

(3) 对合作作品侵权行为的证明和认定。著作权法第13条规定："两人以上合作创作的作品，著作权由合作作者共同享有。没有参加创作的人，不能成

为合作作者。合作作品可以分割使用的，作者对各自创作的部分可以单独享有著作权，且行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。”处理这类侵权案件，法院要收集合作作品和被告的侵权作品；收集证明合作作品著作权归原、被告共同所有的证据；收集证明被告的作品非合作作品中可以分割使用的证据。上述证据一经形成证据链，侵权行为就可构成。如李某诉丁某《英语（中学实验教材)》著作权侵权纠纷案。1981 年，李某和丁某接受某科学研究所的委托，编写了《英语（初中实验课本)》第一、二册和《英语实验教材》，经某科学研究所同意，由出版社出版，署李某、丁某编著。两人分别领取了稿酬。在署名问题上，双方从未发生过争议。1983 年，在李某出国工作期间，丁某在未征求李某意见的情况下，将李某、丁某编著的教材进行了增改，并于1984 年以个人的名义在另一家出版社出版了《英语（中学实验教材)》共 6 册。经核对，这 6 册教材中的前 3 册与某出版社出版的李某、丁某编著的 3 本文字教材，在内容上基本相同。1985 年、1986 年，这一家出版社又两次重印了这套署丁某个人姓名的教材，丁某从出版社领取了全部稿酬。其中第一、二、三册的稿酬计 4262．02 元。法院审理认为 1981 年由出版社出版署李某、丁某编著的教材，系双方共同接受某科学研究所的委托，通过共同劳动创作的合作作品。丁某在未征求李某意见的情况下，对合作作品进行增改，又以个人署名另行出版并独自享有了全部稿酬，是对李某的著作权的侵害，丁某应公开向李某赔礼道歉。丁某应给付李某《英语（中学实验教材)》第一、二、三册稿酬 2000 元整。《英语（初中实验课本)》第一、二册、《英语实验教材》和《英语(中学实验教材)》第一、二、三册，未经李某、丁某一致同意，双方今后均不得以个人名义出版、印刷。

2、关于商标侵权案件

(1) 对直接使用他人注册商标侵权行为的证明和认定。我国《商标法》第 38 条规定，未经注册商标所有人的许可，在同一种商品上使用与注册商标相同或近似的商标的，均属侵权行为。审理这类案件，人民法院只要收集能证明被告使用原告注册商标的商品及商标，即可认定被告侵权行为成立。如四川省宜宾五粮液酒厂诉湖北省随州市国营酒厂“五粮液”商标侵权纠纷案。1974 年，随州酒厂用“五粮液”作酒名，生产五粮液白酒；1979 年，国家工商局商标局将其核准注册为“东升牌”商标。1982 年 8 月，宜宾酒厂生产的五粮液白酒，经国家工商局商标局核准注册，取得了“五粮液”商标专用权。同年，宜宾酒厂在北京等地市场上发现随州酒厂的“五粮液”后，即向国家工商局、湖北省工商局投诉，要求保护“五粮液”注册商标专用权。1983 年 9 月，湖北

省工商局根据国家工商局的要求，责令随州酒厂停止使用“五粮液”标识。随州酒厂持有异议，继续使用。1985年3月，随州市工商局查封了随州酒厂的“五粮液”标识，罚款500元。嗣后，随州酒厂将“五粮液”改为“五粮酒”，“五粮液玉酒”、“五粮特酿”等酒名，继续生产销售。经国家工商局确认，上述酒名与“五粮液”注册商标近似，仍属侵权行为。宜宾酒厂遂于1985年10月向襄樊市中级人民法院起诉，法院判决随州酒厂立即停止侵犯“五粮液”注册商标专用权的行为；销毁尚存的“五粮液”、“五粮酒”、“五粮液玉酒”等商标标识及精装纸盒；罚款10000元，上缴国库；赔偿宜宾酒厂经济损失50000元。随州酒厂不服，提起上诉。湖北省高级人民法院改判：赔偿宜宾酒厂经济损失8000元；罚款2000元，上缴国库；二审诉讼费520元，全部由随州酒厂承担。

(2) 对在同一商品使用与他人注册商标相近似的商标侵权行为的证明和认定。《商标法》第38条第（1）项规定，未经注册商标所有人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的，均属侵犯注册商标专用权。审理这类案件，法院收集能证明被告在同一或类似商品上使用的商标是原告的注册商标；收集证明被告使用的商标与原告的注册商标是相同或近似的证据。这两个问题解决了，被告侵犯注册商标专用权的行为就构成。如浙江省某市一家糖果厂，用“白鼠”作为奶糖商标（未注册），其“白鼠”造型与上海某糖厂生产的“大白兔”奶糖的注册商标“大白兔”极为相似，致使许多顾客都认为是“大白兔”，买后才知上当受骗。工商局调查核实后，没收了该厂全部“白鼠牌”商标纸，并罚款2000元。某市糖果厂不服工商局处理决定，向人民法院提起诉讼。人民法院受理此案，将“大白兔”奶糖商标纸和“白鼠牌”奶糖商标纸比较，白兔和白鼠的形象画得一样，商标纸的图案、布局和颜色也完全一样，的确容易发生混淆，因此认定二者属类似商标，被告行为也显然是一种商标侵权行为。法院认为工商局的处理并无不当，予以维持。

(3) 对擅自制造、销售他人注册商标侵权行为的证明和认定。《商标法》第38条第（3）项规定：伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造他人注册商标标识的，属于侵犯注册商标专用权的行为。对这类案件的处理，人民法院只要收集证明侵权人从事了伪造、擅自制造或销售伪造他人注册商标标识的物证，即可认定其侵权。如某农民在集市上购买了“永久”自行车商标标识2600个，用去人民币20000元，后被工商局查获，没收了2600个商标标识，并罚款500元。该农民不服，向人民法院起诉。法院经过调查认为，根据商标

法第38条规定，只要销售他人注册商标标识的，就构成商标侵权行为，工商局依法没收与罚款并无不当，故维持了工商局的处理决定。

3、关于专利侵权案件

（1）对直接仿冒专利产品的侵权行为的证明和认定。直接仿冒专利产品的侵权行为表现为侵权人原封不动地利用他人专利技术。这类案件的侵权认定较为容易。第一，法院可以将收集到证明侵权成立的物证——被告生产的产品与原告的专利产品加以对比，据此判定被告侵权成立。第二，收集被告的产品广告、说明书等书证，作为认定侵权成立的有力证据。第三，根据举证制度，要求被告提供生产产品的技术资料，如果不能提供，则判定被告侵权成立。

（2）对非直接仿制专利产品或仿用专利方法的侵权行为的证明和认定。这种侵权案件较之直接仿用的侵权案件在侵权事实的认定和证明上要复杂些，一般要通过技术鉴定，才能认定是否侵权。对于这类案件，法院首先要查清侵权人实施行为的技术特征，然后与专利的权利要求书进行比较，分析他们之间的异同，找出争议的焦点在哪个技术环节，必要时须请有关技术专家进行鉴定，看争议点是否属于权利要求书保护的范围，从而确定是否侵权。

（3）关于仿冒还是先用权的证明和认定。《专利法》第62条规定，“在专利申请日前已经制造相同产品，使用相同方法或者已经制造、使用的必要准备，不视为侵犯专利权”。在有些专利侵权案件中，是仿冒还是先用权往往成为双方争议的焦点。审理这种案件，关键是要收集、调查能够证明被告已于专利申请日前实施技术或做好实施准备的证据，如广告、产品说明书、生产情况记录、证人证言等。如杨某诉焊接厂专利侵权案。杨的焊接变位器于1987年获国家专利局授予的实用新型专利，同年杨在《焊接》杂志上发现被告的焊接变位器广告，从技术说明书看与自己的发明原理完全一致，遂诉至法院。被告辩称本厂自1985年即开始生产销售焊接变位器，并向法院提供了1985年第3期、第6期《焊接》杂志及1985年该厂的产品说明书等书证，指出本厂对该技术有先用权。据此，法院判决该厂不构成侵权。

（三）许可使用合同案件

知识产权许可使用合同案件，随着社会主义经济体制的不断完善将越来越多，这是由知识产权的经济属性所决定的。法院审理这类案件，首先应确定合同的性质（如是普遍许可合同还是独占许可合同），然后再根据当事人争议的内容收集和运用证据。

1、许可使用的前提是以合同为基础的。没有许可使用合同而使用他人的知识产权都是侵权。因此，审理这类案件，许可使用合同是缺一不可的证据。

2、许可使用的范围或方式，是由许可使用合同调整的。一旦发生许可使用范围或方式的纠纷，法院应以许可使用合同规定的范围或方式加以确认。在合同中如果著作权人未明确许可的权利，未经著作人许可，另一方当事人不得行使，否则，就构成了侵权。也就是说，如果许可使用合同对使用的范围或方式未作明确规定时，法院就需要取得许可人一方的解释或者回答的证言作定案的依据。

3、许可使用合同主要有普遍许可和独占许可之分。如在许可使用的性质上发生纠纷，法院应以许可使用的性质定案，以判定谁是谁非。

第五节 破产案件证据的实用

一、破产案件的概述

破产案件，是指由人民法院依法审理的，对不能清偿到期债务的企业法人，宣告破产并对其财产进行破产清算的案件。

现代社会对破产与破产制度的理解不是从经济学的领域，而是从法律角度认识的。所谓破产，就是当债务人的财产状况恶化到不能偿还到期债务时，为了保护所有债权人的利益，而对债务人的全部财产强制管理和变价，并通过法定程度，按照一定的比例在全体债权人之间公平地进行清偿和分配。从理论上讲，破产一般具有以下四个方面的特征：

1、债务人不能清偿到期债务。界定破产原因只能是债务人缺乏清偿债务的能力的客观状况。不能清偿，包括不能以资产或者提供劳务、技术等方法清偿到期债务，也不能以信用等方式取得债权人同意延期支付债务的情况。这是破产最为显著的特征。

2、有众多的债权人。破产制是以保证破产财产完整使债权得到公平清偿的一项特殊的权利保护制度。建立破产制度的目的在于，防止个别债权人单独行使权利，而使多数债权人得不到公平清偿。就诉讼程序而言，破产兼有一般执行与清算的双重目的。如果债权人仅有一人，即使债务人已不能完全清偿债务，也能通过个别执行（强制执行）来实现自己的债权。而当债权人较多时，对债务的处理就需要依靠以对全体债权人进行公平清偿为目的的破产程序，否则，不能实现多数债权的公平满足。所以，强调多数债权人的存在也是破产的一个基本特征。

3、以债务人的全部财产在各债权人之间公平地分配清偿。在市场和价值规律的作用下，必然产生“优胜劣汰”。解决因债务人的清偿能力恶化，可能出现的各债权人为自身利益纷纷要求债务人履行债务所引起的社会经济秩序的混乱情况，只有对债务人的全部财产进行强制管理和变价，使所有债权人得到公平满足，才能合理处理债权人之间的利害冲突。因此，“公平清偿”是破产的又一特征。

4、应有破产能力。所谓破产能力，是债务人依法能够适用破产程序因被宣告破产而成为破产人的资格。就现阶段而言，在我国从事工商活动的公民个人、个体户等不具备破产能力；公用企业和与国计民生有重大关系的企业因经营管理不善不能清偿到期债务、但政府有关部门给予资助或者采取其他措施帮助清偿债务的，则不予宣告破产，自然也就丧失了破产应有的基本特征。

破产是市场经济存在和发展的必然产物。有市场就有竞争，竞争必然产生分化。优胜劣汰就是市场竞争和分化的结果。作为市场主体的生产、经营者，在市场选择中通过竞争，适应社会需求的就得到发展，不适应社会需求的则被淘汰破产。这种“生”与“死”的现象，反映了市场经济的一般规律，认识和掌握这种规律，对正视我国现阶段经济生活状况，进一步消除人们对于破产制度的种种误解，牢固确立市场竞争的观念具有十分重要的意义。党的十四大后，随着社会主义市场经济体制的建立，企业改革正在全面深化，企业经营机制日趋完善，顺乎发展社会主义市场经济的客观要求，企业法人制度已经建立，所有这些，为人民法院审理破产案件的司法实践活动，提供了极为有利的社会法制环境。

目前，人民法院审理破产案件的主要依据之一，就是1986年12月2日，第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议审议通过的《中华人民共和国企业破产法（试行）》（以下简称企业破产法）。这是迄今为止我国唯一一部有关破产程序和破产事件实体处理的较为权威的单行法律。

纵观破产案件的审理过程，证据问题具有极为重要的意义。从理论上讲，破产案件虽然属于经济法的范畴，但由于破产案件自身的特点，决定了破产案件在证据的收集、证据的保全、证据审查判断等一些具体问题上，又有别于其他一般经济纠纷案件。正确处理和及时审理破产案件，必须重视对破产案件证据的研究和探讨。这不仅是破产法的理论问题，也是审理破产案件中的一个司法实践问题。

二、破产案件经常使用的证据及其一般特征

破产案件的证据，是指能够证明破产案件客观事实情况的一切事实。同其

他诉讼证据一样，破产案件的证据具有客观性、关联性、合法性的基本特征。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第63条的规定，可以作为破产案件的证据分为：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录等七种。由于破产案件法律关系复杂，涉及的面广人多，各种债权债务相互交合，审理的时间长，难度大，因此，同其他民事、经济纠纷案件相比，破产案件的证据及证明对象又有其自身的独特性。

（一）书证

书证在破产案件审理过程中，是一种最常见的也是最普遍的证据形式。作为破产案件书证主要有以下几类：

1、证明债务人自然情况的书证。主要有：企业法人营业执照及其记载该企业法人设立、变更事实的工商登记档案材料；上级主管机关与企业的隶属关系证明，企业各级负责人和企业职工（包括企业内的离、退休职工）名册；企业住所和经营场所的产权证书或者使用证明；固定资产、流动资金和各项专业基金的清册；工业产权权属证书等。

2、证明债务人经营情况和债权债务的书证。

主要有：各种正在履行和尚未履行的合同、协议及有关抵押、担保凭证；企业现有资产状况，审计评估报告；能够说明经营情况和债权债务的各种会计报表、单据、票据、信函、电报；债权债务清册；人民法院的裁判文书、合同仲裁机关作出的的仲裁决定书等。

3、证明债务人内部经营管理情况的书证。

主要有：与破产事件有关的企业办公会议记录；企业章程和企业制度、作出的文件、规定、决议等。

4、证明引起破产程序开始、进行、中止和终结情况的书证。主要有：债权人或者债务人提出的破产申请书；企业职工代表大会通过的决议；破产实施方案；债权人会议组成名单和债权人会议记录，表决情况记录、债权人会议决议；和解协议；整顿方案和报告；破产财产处理和分配方案等。

5、其他与破产案件有关的书证。主要包括：债务人的厂史资料，报刊上登载的关于债务人的新闻报道和破产宣告后编写的工作反映、简报等。

归纳起来，作为破产案件的书证一般有以下特征：一是书证的数量大、形式多，并且都以一定的文字、数字、符号、图表为主要记载的形式，直接或间接证明债务人是否破产及破产处理的事实。二是书证所反映的债务人的现状，多与整个破产程序相联系。因此，从一定意义上讲，破产案件程序的进行过程，就是书证的形成过程。

（二）物证

1、债务人所有或者国家授权其经营管理、使用的财产。包括固定资产和其他有形财产，如厂房、土地、原材料、机器设备、库存品、产成品、货物、技术资料和图纸等。

2、形成债权债务关系的标的物。如债务人通过购销合同向债权人购买的货物等。

3、涉及取回权的物品。如债务人借用、租赁、保管、承揽加工的属于他人所有的物品。

4、涉及别除权的物品。如根据合同约定债权人占有的债务人作为担保的抵押物、留置物等。

5、涉及抵销权的物品。

6、涉及撤销权的物品。

物证因其具有一定的物质形态，因而能够直接证明案件事实。破产案件的物证，与其他民事、经济案件中的物证一样，不需要任何主观意志的表现，而只以其自己的客观外形、物征、质量和规格等情况来体现，因此，物证具有较强的客观性。

（三）视听资料

作为破产案件证据使用的视听资料，主要是指以图像、音响及电脑储存资料来证明破产案件事实的材料。它包括：与破产有关的录音、录像磁带，摄影胶卷、照片、传真磁带，计算机软盘等。

破产案件中的视听资料，表现为以动态的形式证明案件事实，它不同于以静态的文字、数字、符号、图案等形式来表达证明内容的书证。随着计算机软件的普及和广泛运用，一些企业单位已经逐步运用现代科技手段对企业的生产经营活动进行管理。因此，应重视视听资料在破产案件中的证据作用。

（四）证人证言和当事人陈述

证人证言和当事人陈述虽然也是破产案件中极为重要的证据，但不会贯穿于整个破产程序的始终，因为债务人的破产原因是其清偿不能，处理破产案件所体现的是国家干预原则，而不是债务人和债权人之间发生的财产争议，这就决定了证人证言和当事人陈述主要集中于破产宣告后，围绕债权债务关系的确认所涉及的别除权、取回权、抵销权、撤销权等案件事实的证明上。作为有关破产宣告、破产清算、破产清偿等程序方面的案件事实，则无需这类证据予以证明。

需要指出的是，这类证据由于受到证人、当事人认识判断能力和语言表达能力以及个人情感因素的影响，可能带有主观片面性。因此，在运用这类证据时，应注意严格进行审查，力求克服因其主观片面性带来的局限。

（五）鉴定结论

破产案件中的鉴定结论主要指会计鉴定结论。会计鉴定结论无论是在破产宣告阶段，还是在破产清算阶段，始终起着决定性的证明作用。在破产宣告阶段，通过对债务人的全部财产和财务账目的核算，可以反映债务人是否亏损及亏损程度。据此，人民法院可以确定债务人是否达到破产界限、符合破产条件。在破产清算阶段，通过对破产财产的审计、评估、对破产财产的现值作出结论性意见，可以保证破产财产的顺利分配和清偿。

可见，在破产案件审理过程中，指定鉴定人运用专业知识对于专门问题进行鉴定，是破产程序中一项不可或缺的工作。因此，鉴定结论也是破产案件审理中具有特殊意义的证据之一。

（六）勘验笔录

勘验笔录是一定客观事物的反映，可以证明案件的真实情况，因而是破产案件中的一种证据。由于破产案件审理的时间较长，在破产程序开始到破产终结这段时间里，案件事实可能会因时间的变化而发生变化，为此，应该重视对有关现场和物品的必要勘验，并作出客观、详实的勘验笔录，从而达到固定和保全证据的目的。

三、审理破产案件证据的实用

破产案件证明的重点是有关破产事件处理程序方面的事实；有关破产事件处理实体方面的事实；有关的证据事实。

（一）关于破产案件处理的程序方面的事实

1、债务人是否达到破产界限的事实

破产界限，或称破产原因，是指引起破产程序开始的事由即债务人资力枯竭，财产状况恶化到不能清偿全部届期债务，必然引起破产程序开始的客观状态。也就是说，破产程序的开始是由于债务人不能清偿全部到期债务，根据债权人或债务人提出的破产请求而引起的。我国企业破产法第 3 条规定："企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务的，依照本法规定宣告破产。"可见，清偿不能是我国确定破产界限的标准。

企业破产法关于破产界限的规定有以下三个方面的含义：（1）债务人不能

清偿债务；(2) 债务人不能清偿的债务属于到期债务；(3) 债务人不能清偿到期债务是因其经营管理不善造成的。上述三个方面是人民法院审查并认定债务人是否达到破产界限这一事实的客观依据。

(1) 债务人不能清偿债务，是指债务人缺乏清偿债务的能力。债务人的清偿能力是由其财产、信用和生产力（技术、技能、设备材料、劳动力等生产因素）三部分组成的。审查债务人是否具有清偿能力，必须根据其财产状况、信用状况和劳动力三个方面综合考察。如果即使债务人的全部财产已不足以清偿全部到期债务，即资不抵债或者一时拿不出现金及时清偿到期债务，但因其具有较好的社会信誉，可以通过其技术、劳动力等途径从其他地方得到融资偿还债务，就不能认定其失去了偿还债务的能力。因此，应当明确，清偿不能与"资不抵债"不同，不能将"资不抵债"作为认定债务人达到破产界限的标准。

此外，不能清偿还表现为债务人有停止清偿债务的行为，即债务人由于亏损造成欠缺清偿能力不能清偿债务而以自己的意思向债权人明示或默示不能清偿债务的主观行为。它是债务人经济困难，对一般债务不能继续清偿的外在表现，它反映了债务人不能清偿的客观事实。人民法院在推定债务人有无破产原因时，应当把债务人是否有停止清偿行为作参考依据。

(2) 债务人不能清偿的债务，必须是清偿期已经届满，并经债权人请求履行而不能清偿的债务。如果债务人已无偿还债务的能力，但债务的履行期限尚未届满，或者履行期限虽已届满，但因债权人并未要求债务人履行清偿义务而造成债权丧失的，则不认为债务人清偿不能。

(3) 债务人不能清偿到期债务，是因其经营管理不善造成严重亏损所致。所谓"经营管理不善"是把亏损原因完全归责于企业自身。这是确定债务人达到破产界限的一个先决条件。由于我国市场经济处于初始阶段，在新旧体制的转移过程中，企业的生产经营活动常常受到外部环境的影响和制约，因此，造成企业亏损的原因是复杂，多样的。对于债务人出现严重亏损以致不能清偿到期债务这一结果，是依据其生产经营情况进行客观调查分析。如果不是因计划性亏损或者政策性亏损等外部因素所引起的，而是因其经营管理无方，决策失误等内在因素直接造成的严重亏损，即可认为属于经营管理不善，从而确定债务人达到破产界限。

2、债务人是否具有破产障碍的事实

在债务人存在破产原因时，如出现妨碍破产程序开始和进行的事由，称为破产障碍。

根据企业破产法第 3 条第 2 款和第 3 款的规定，在我国作为破产障碍的事

由主要有：

(1) 除公用企业和与国计民生有重大关系的企业之外，政府部门对于某些企业认为有必要加以扶助、给予补贴或给予其他帮助，采取措施清偿债务时，即使有破产原因也不给予破产宣告。

(2) 取得担保，并自破产申请之日起6个月内清偿债务的企业，也不予宣告破产。

(3) 企业由债权人申请破产，上级主管部门申请整顿，并且经企业与债权会议达成和解协议的，中止破产程序。

上述三种破产障碍的发生，必须以债权人提出申请破产前提，当这一前提条件消失后，破产障碍即不复存在，同时则应宣告债务人破产。

3、破产申请提出和受理方面的事实

(1) 债务人是否具有破产能力。所谓破产能力，是指债务人能够适用破产程序进行和解整顿或者受到破产宣告成为破产人的资格。根据民法通则第45条的规定，在我国，只有企业法人才具有破产能力，非企业法人则不适用破产程序。

(2) 破产申请人是否具有申请权。根据企业破产法的规定，有权提出破产申请的，应当是与破产程序有利害关系的人。具体讲，只有债权人和债务人才有权提出破产申请，而且由债务人提出破产申请的，还须经其上级主管部门同意。因此，除债务人和债权人外，其他任何人都不能提出破产申请。

(3) 接受破产申请的法院是否具有管辖权。企业破产法明确规定："破产案件由债务人所在地人民法院管辖。"这里所说的"债务人所在地"是指企业法人经工商行政管理机关核准登记的住所地，即企业法人主要营业或办事机构所在地。由于我国目前尚无破产案件的级别管辖的法律规定，因此，有关破产案件的级别管辖的适用原则，一般是根据破产企业的性质、经济活动范围、规模大小、社会影响以及破产财产的数额，具体规定破产案件的受理法院。从司法实践看，基层人民法院原则上管辖在县、市辖区工商行政管理机关注册登记的企业法人破产案件；市级以上工商行政管理机关注册登记的企业法人破产案件，一般由中级以上人民法院管辖。

4、和解与整顿及其终结的事实

和解与整顿是在人民法院受理破产申请之后，宣告破产之前，由债务人的主管部门提出整顿申请，经债务人与债权人会议达成和解协议，并经人民法院认可，对债务人进行整顿使其摆脱破产困境的一种法律制度。和解是整顿的前提，整顿的进行必须以和解为条件。企业破产法规定，引起和解整顿程序的开

始，必须符合四个方面的条件：一是整顿申请仅限于由债权人申请破产的案件；二是整顿申请必须由被申请破产企业的上级主管部门提出；三是整顿的申请必须在人民法院受理破产案件后3个月内提出；四是整顿期限不超过两年，整顿情况须定期向债权人会议报告。和解与整顿虽然不是破产程序的必经程序，但和解程序一经批准，应当暂时中止破产程序，直至整顿期限届满或因特定原因则终结整顿。

企业破产法第21条和第22条规定，终结整顿或整顿终结可以分为两种情况：

其一、非正常性的终结。即在整顿期间由于出现了某种特定的事由，造成暂时停止破产程序事实消灭的情况，由人民法院于整顿期限届满之前，依法裁定终结整顿程序。这些事由包括：

(1) 不执行和解协议。和解成立后，经法院认可，即具有法律效力，债权人和债务人均应受其约束。债务人在整顿期间应当严格履行和解协议。否则，就应裁定终结整顿，恢复已被中止的破产程序。

(2) 财产状况继续恶化，债权人会议申请终结整顿。整顿的目的，是促使债务人改善经营管理，扭转亏损局面。如果企业在整顿期间仍徘徊不前，或维护原状，或继续恶化，表明整顿无效，和解协议不能实现，则应当停止整顿，裁定恢复破产程序。

(3) 有企业破产法第35条所列行为之一，严重损害债权人利益的。如债务人在企业整顿期间有隐匿、私分或者无偿转让财产；非正常压价出售财产；对原来没有财产担保的债权提供财产担保；对未到期债务提前清偿；债务人放弃自己的债权，严重损害了债权人的利益。人民法院发现有上述行为之一的，应当裁定终结整顿，宣告债务人破产。

其二，正常性的终结。即整顿期满的终结。对此，企业破产法第22条规定了两种情况：一是企业整顿期满，达到了预期目标，债务人从衰败走向复苏，能够按照和解协议清偿债务，此时，人民法院应当裁定终结破产程序，并予以公告。二是整顿期限届满，企业经济未获复苏，债务人仍不能按照和解协议清偿债务，人民法院应当裁定终结整顿程序，宣告该企业破产。

不论是正常性的终结，还是非正常性的终结，其结果都决定着破产程序是否继续进行。因此，整顿的终结结果实际上是重要的案件事实。

5、破产清算及终结破产程序的事实

破产清算是破产程序中解决债务人与债权人之间债权债务关系的最后步骤，它包括两个方面的内容：一是清算组在收集、清查、管理破产财产的基础

上，对破产财产进行估算和变价处理。二是将破产财产在支付破产费和清偿优先受偿人后的剩余款，在所有债权人之间按一定的顺序和比例进行公开的分配。因此，在破产清算阶段，清算组收集、清查、管理破产财产的情况，破产财产的估算和变价处理情况，破产费用的范围和数额，优先受偿的债权人的范围及优先受偿的数额，清偿顺序情况，清偿比例大小，清偿情况等，都是需要运用证据加以证明的案件事实。

此外，破产财产不足以支付破产费用和破产财产分配完毕的情况，也同样需要作为证明对象的案件事实，如因破产财产不足以支付破产费用而终结破产程序，必须通过证据证明破产财产和破产费的数额各是多少，来确定是否存在破产财产不足以支付破产费用这一事实。

（二）有关破产事件处理的实体方面的事实

1、确定破产财产的事实

破产财产，是指依照企业破产法的规定宣告破产时，为了满足所有债权人的共同需要而组织管理起来的破产人的全部财产。通常法律就破产财产的范围的规定可以有三种理解：第一、法定财产。企业破产法第 28 条所确定的各项财产就是这种意义上的财产。第二，现有财产。就是破产清算组实际占有、管理下的全部财产。第三，分配财产。这是破产财产经过变价优先拨付破产费用以后清偿破产债权的财产。

正确界定破产财产是进行破产清算的前提，对债权人来说具有重大的利害关系，如果把本属于破产财产的部分排除在破产财产之外，或者把不属于破产债务人所有的财产计算在破产财产的范围内，无疑会损害债权人或他人的合法权益，因而达不到破产清算的目的。

根据企业破产法第 28 条的规定，破产财产由下列财产构成：(1) 宣告破产时破产企业经营管理的全部财产。(2) 破产企业在宣告破产后至破产程序终结前所取得的财产。(3) 应当由破产企业行使的其他财产权利。已作为担保的财产不属于破产财产；担保物的价款超过其所担保的债务数额的，超过部分属于破产财产。

具体而言，企业破产法所确定的破产财产范围是指：

(1) 破产人于破产宣告时的一切财产。债务人在破产时可以充作破产范围的财产为：①国家授予企业经营管理的财产；②企业支配下的各项基金；③企业自有的资金等；④破产企业在外国的财产、包括在外国注册的专利权、外国公司的股票和债券以及其他固定财产和流动财产。

(2) 在破产宣告后至破产程序终结前破产企业所取得的财产。这主要指因

破产企业的债务人清偿债务而取得的财产；因继续履行破产企业未履行的合同所取得的财产；因破产宣告前的投资所取得的收益；因破产财产所产生的孳息；因继续破产企业的营业所得的财产以及因其他原因而合法取得的财产。

(3) 破产企业依法拥有的其他财产权。如专利权、商标权、发明权、著作权等知识产权，以及破产程序终结时尚未到期或者条件尚未成熟的应由破产企业在将来行使的财产请求权等。

(4) 价款超过所担保债务数额的那部分作为担保物的财产。破产宣告时破产企业经营管理的财产，已作为他人抵押担保物的，不属于破产财产。但是，如果该担保物的价款超过所担保的债务数额的，超过的部分则属于破产财产。

根据《民法通则》、企业破产法和其他法律的规定，不属于破产财产的主要有：①破产企业兴办的社会公益事业。如破产企业投资兴办的非营利性的托儿所、学校、医院、养老院等社会公益事业。这些社会公益事业在维护社会生活秩序的基本稳定中发挥着重要作用，通常享受着国家的多种直接或间接的优惠扶持，虽然企业对这些公益事业出资兴办，但难以判定为企业的独有财产。因此，不应将此类非营业性的社会公益事业列入破产财产。②破产企业内的社团经费及其拥有的财产。③企业成员个人所有的财产。④应当由他人根据取回权取回属于他人所有的财产。⑤作为担保物的债务人的财产，只要价款未超过担保债务的数额，占有该担保物的债权人即可不经破产程序从中优先受偿。所以这部分财产也不属于破产财产。

2、确定破产债权的事实

破产债权，是指在破产宣告之前成立的债权人所享有的通过破产程序从破产财产中受到清偿的权利。

根据企业破产法第 30 条的规定，破产债权的范围有：

(1) 无财产担保的债权。债权可划分为有财产担保的债权和无财产担保的债权。有财产担保的债权又称为担保债权，它是为确保债权人债权得到清偿而提供的特别保证。对于有财产担保的债权来说，当债务人不能清偿债务时，债权人有权从担保物中优先受偿。而无财产担保的债权，在债务人被宣告破产后，只有通过破产程序才能得到清偿，因此是破产债权。

(2) 放弃了优先受偿权的有财产担保的债权。这种债权虽然也是有财产担保的债权，应优先得到受偿，但是如果债权人放弃了这种优先受偿权，那么就与普通债权一样成为破产债权。

(3) 有财产担保债权的担保物未能完全清偿所剩余额。这主要指债权数额大于担保物的价款，债权人的债权不能全部从担保物中得到优先受偿，其所剩

余额亦应作为破产债权。

(4) 附期限的债权。根据企业破产法第 31 条的规定："破产宣告时未到期的债权，视为已到期债权，但应减去未到期的利息。"可见，附有期限的债权，不论其在破产宣告时所附期限是否届满，都是有效成立的债权，应列入破产债权。不过破产宣告后至期限届满时的利息不计入内。

(5) 破产企业作为保证人或连带责任人，受保证或连带责任的权利人基于保证责任、连带责任向其追偿的债权。企业作为保证人或连带债务被宣告破产的，其被保证的债权人或承担连带责任的债权人，可以作为破产债权人行使权利，其权利内容应确认为破产债权。

根据企业破产法的规定：不属于破产债权的主要有：①债权人为参加破产程序所支出的费用；②债权人在破产宣告后应得到的利息；③清算组决定解除破产企业签订的合同，而使该合同另一方当事人因此遭受损害应得到的赔偿额。

3、确定破产费用的事实

破产费用，是指为破产债权人的共同利益而在破产程序进行中支出的必要费用。

根据企业破产法第 34 条的规定，破产费用的组成主要包括：

(1) 破产财产的管理、变卖和分配所需支出的费用。其中包括聘任工作人员的费用。企业被宣告破产后便丧失了对破产财产的管理和处分的权利，其财产应由清算组接管，清算组对破产财产进行保管、清算、估价、变卖和分配必然要支出一定的费用，这些费用就是破产费用。

(2) 破产案件的诉讼费用。主要包括破产案件受理费、公告费、送达费、法院登记申报债权的费用、法院召集债权人会议的费用、证据保全费用、财产保全费用、鉴定费用、勘验费用以及法院认为应由破产财产支付的其他诉讼费用。1989 年 7 月 12 日最高人民法院颁发《人民法院诉讼收费办法》规定了人民法院收取破产案件受理费的标准。

(3) 为了债权人的共同利益而在破产程序中支付的其他费用。对此，企业破产法没有作出确定范围的规定，但在司法实践中主要有：①清算组在管理破产财产过程中所负担的债务，包括清算组执行职务行为造成他人损害所支付的赔偿费用。②破产宣告后，结算决定解除破产企业未履行的劳务合同所应赔偿对方当事人损失而支出的费用。③破产宣告后因为他人无法管理破产财产而支出的费用。④因破产企业的不当得利而支付他人的费用。⑤为取回权、别除权、抵销权依照民事执行程序执行其权利所支出的执行费用等。

应当强调的是，构成破产费用需满足两项条件：一是费用必须是在破产程序中开支的，即破产程序开始后至破产程序终结前期间所支付的费用。二是费用的支付可以归因于为债权人的共同利益，而不是为个别债权人利益支付。要严格执行这部分费用的支出标准，以维护破产企业债权人的利益。

（4）关于收回权、别除权、抵销权、撤销权的事实。取回权、别除权、抵销权、撤销权在破产案件中所体现的是财产权利。有关它们的事实也需要证据证明。

取回权，是指财产的权利人通过清算组取回在破产企业中的属于自己所有的财产权利。取回权分一般取回权和特殊取回权。在破产法中，能够成为一般取回权的基础是所有权及其他物权或者债权的请求权如租赁物、借用物寄存物等。所谓特殊取回权，是指某种特定物基于合同关系应转移给债务人，但在债务人尚未实际占有且尚未付清价款之前债务人即被宣告破产的情况下，原权利人享有的取回权已脱离其控制的该特定的权利。我国企业破产法第 29 条对取回权作了原则规定：“破产企业内，属于他人的的财产，由该财产的权利人通过清算组取回”。可见，凡是破产企业对其没有支配权利的财产，均不得作为破产财产。对于该项财产应由财产的实际所有人通过清算组取回。

别除权，是指不依破产程序而能从破产财产中的特定财产上得到优先受偿的权利，即有财产担保的债权。根据企业破产法第 35 条的规定，别除权的生成原因必须是在破产申请受理之前 6 个月之时已经存在。否则，即使设定了财产担保，也不能作为别除权人优先受偿。

抵销权，是指破产债权人在破产宣告的同时对破产人负有债务的情况下，不依破产程序，能够以自己的破产债权与该债务相当数额进行抵销的权利。企业破产法第 33 条规定，“债权人对破产企业负有债务的，可以在破产清算前抵销”。由此可见，破产法上的抵销权的适用范围包括：①破产债权人对破产企业负有债务的，可以在破产清算前抵销。②非破产债权人对破产企业即使负有债务，也不能抵销。③共益债权人与破产清算组都依照民法规定，债务自具有的债权进行抵销。共益债权不依破产程序就能优先于破产债权人得到清偿，行使这种债权的结果对破产债权人的权利没有影响。

撤销权，也称否认权，是指人民法院经清算组申请，撤销债务人在破产宣告前一段期间内实施的损害债权利益的无效民事行为的权利。企业破产法第 35 条规定，撤销权行使的范围包括在人民法院受理破产案件前 6 个月至破产宣告之日的期间内，破产企业实施的下列行为：①隐匿、私分或者无偿转让财产；②非正常压价出售财产；③对原来没有财产担保的债务提供财产担保；④

对未到期的债务提前清偿；⑤放弃自己的债权等。

第六节　证券、期货纠纷案件的证据实用

一、证券、期货纠纷案件概述

证券一般而言是指用以证明或设定权利所作成的书面凭证，它表明持券人或第三者有权取得该证券所设定的权益，或证明其曾经发生过的行为。证券所包括的种类很多，股票、公司债券、政府债券、提单、保险单、汇票、本票、支票等都属于证券范畴。证券案件，是指当事人之间因证券所有权、使用权和在证券的代管、发行、承兑、抵押、赠与、背书、保证、追索等方面发生纠纷，诉至人民法院，由人民法院立案受理并依法审理的案件。

期货交易是以现货交易为基础，利用期货合约为手段进行商品买卖或外汇、有价证券的远期交货合同交易，这些用来交易的合同即为“期货”。在期货交易中当事人因对冲、逼仓、透支、交割、代理、清算、套利等行为引起纠纷诉于人民法院，由人民法院立案受理并依法审理的案件即为期货案件。

近年来，证券、期货业在我国有了迅速发展，对社会主义市场经济的发展和完善起了积极作用。但由于证券、期货交易在我国属于新兴的行业，历史很短，法律法规滞后，加之管理经验不足，监督乏力，出现了不少问题。司法实践中股票转让、侵权、透支、票据承兑、债券发行、国债回购、外汇对冲、外汇按金交易纠纷等新型证券、期货案件大量涌现，使经济审判工作面临着前所未有的新形势。因此，对证券、期货纠纷案件审判工作的研究，就显得尤为重要。就目前法院受理的证券、期货案件而言，有以下几个特点：

（一）专业性强，技术要求高，审理难度大

股票的转让、债券的发行、票据的兑付，期货合约的制作及交易等民事行为都有很高的技术要求，往往要通过计算机网络，分组交换数据通信网、通讯卫星报价系统等高新现代化设备来完成，涉及微机、电讯、金融、贸易、外语等方面的专业知识。典型的如外汇期货交易，同时涉及上述5项专业知识，操作程序也极为严格。这样，在发生纠纷后，如果审判人员不具备相应的专业知识，是难以质证、认证、查明事实真相的。这就要求审判人员要注意金融、贸易、电子、外语知识的学习，不仅要懂法律，还要熟悉证券、期货行业的一般操作规则和运行机制，以求客观、公正地审理证券、期货案件。

（二）类型新，标的大，社会影响面广

实行市场经济后，市场主体及其经营方式日趋多元化。加之我国证券、期货市场建立的历史较短而发展又极为迅速，短短几年来引发许多类型新颖、前所未闻的证券、期货纠纷案件。如外汇按金交易纠纷、外汇期权纠纷、票据纠纷、企业债券兑付纠纷等新型案件层出不穷并呈增多趋势。由于证券、期货交易具有风险大、投机性强、盈利大和成交简便快捷、资金流动量大且流通速度快等特点，受巨额利润和侥幸心理的支配和驱动，不仅大公司做大额交易，小公司甚至个人也不惜透支做几十万、数百万元的交易，但历来证券、期货市场情势变幻莫测，一旦出了问题，发生的都是百万元、千万元甚至上亿元的大标的额纠纷，往往对某个地区或某个行业的经济状况形成很大的波动，导致一些公司和个人的破产，成为社会舆论注目的焦点，事关企业生产经营和安定团结的大局，社会影响极为广泛。如上海万国证券公司和辽宁国发集团违规操作导致的“327”和“319”风波，使我国国债交易市场几近停顿，造成数十亿元的经济损失。

（三）立法和司法解释滞后

由于证券、期货交易均属开拓不久的市场经济行为，往往涉及经济改革的方向，政策导向性强。一段时间，国家对证券、期货市场缺乏正确的引导和规范，证券、期货交易行为超前与证券、期货立法滞后的矛盾十分突出。对证券、期货行业中出现的新问题，有关部门只是不时拿出几个临时性的甚至前后矛盾的文件加以指导，使不少案件在处理上无法可依或有“法”难依，甚至同类型的案件在不同的地区的法院，甚至同一地区法院前后处理结果都不一致。一些证券商和期货公司趁机采取商业欺诈或其他规避法律、钻法律漏洞的手段捞一把却得不到相应的民事制裁或刑事处罚。

二、证券、期货纠纷案件实用证据的一般特征

证券、期货案件内容新、专业性强、审查难度大，尤其体现在对这类案件证据的收集和审查判断上。在此，要对证券、期货案件的一般特征进行总结，以便在运用证据时做到有的放矢、事半功倍。

（一）书证是证券、期货案件中数量最多、运用最为普遍的证据

股票、债券、支票、本票、汇票本身往往表现为书面凭证形式，证券、期货交易均为要式法律行为，对交易行为的发生、发展和结果，也相应有依严格程序作成的规范格式书面证明材料。如股票交易，要经投资者下单、经纪人接

受委托，在交易所成交等法定程序，这个过程就产生了指令单、委托书、缴手续费收据、成交单、清算账明细表等书面证据材料。若发生股票侵权或透支纠纷，则可依据上述大量书证，查明案件主要事实。譬如证券商未经客户授权即卖出客户股票，显然证券商不能向法院提交客户下单及委托书，则其侵权行为成立并承担败诉后果；透支纠纷中如果查到客户资金账户上的存款金额明显小于当时成交股票价值总额，则为透支无疑。另外，根据收集书证的证明作用，可将证券、期货案件中的书证分为以下几类：①公文书证。即由国家工商行政管理机构、证券委员会、人民银行、财政部、邮电部、公安部等国家机关发布的文件、公告、证书等。如身份证、营业执照、经营金融业务许可证、经营外汇业务许可证等证照可证明当事人是否具备相应主体资格，有关股票、债券、期货业务的交易规则或票据兑付等方面的公告和文件等则是核实交易是否规范、合法的有力证据。这类书证证明力强，也容易为审判人员收集和运用。②是关于股票、债券、期货交易的合同、协议、委托书、指令订单、成交单、结算单、各类账户资金明细表以及票据背书的文字记录等书证，是证明法律关系产生、变化、消亡的核心证据，基本可以反映案件事实的全貌，是审判人员赖以查明事实，判断案情的主要依据。如进行期货交易须有风险声明和期货合同书，债券回购须有回购协议、股票买卖有客户委托书、票据背书有背书记录和签章等。当事人能否向法庭提供这些书证，直接影响其主张的事实是否成立，其诉讼请求是否得到法律保护的诉讼后果。

（二）视听资料作为重要证据使用

由于股票、债券、期货交易及票据承兑兑付都要通过国际长途电话、计算机网络、卫星通讯设施等高新科技设备进行，因而在计算机网络文件库、电话录音系统、卫星通讯图像中储存着有关交易或承兑情况的重要资料。如境内期货公司进行外汇期货交易，必须与国际期货交易所有直接或间接计算机网络联系，其网络终端和始端均应有记录。如果期货公司电脑储存系统中无相应启示，则可能有欺诈行为发生；或者客户否认透支炒汇，则可调出当时成交情况的软盘进行显示核对。在没有客户书面委托情况的交易纠纷案件中，电话录音、软盘记录等视听资料对认定案件事实起着重要作用。但是，又因为电话录音带、信息软盘等极易被删改、伪造或毁灭，在收集时应注意及时采取保全措施。同时，审判人员在审查判断视听资料时，应根据其性能和特点，区别对待，防止以假乱真。

（三）当事人举证难、法院查证难

在证券、期货纠纷案件中，最突出的问题反映在当事人举证难（尤其是原

告的举证）和法院审查判断证据难。前面说过，证券、期货交易多通过计算机网络、卫星通讯设施等高科技渠道进行操作，成交速度快交易量大。但因为目前我国证券、期货交易市场甚不规范，交易信息储存系统不健全，许多交易记录证据已随着交易的达成而消除，至纠纷发生时当事人难以举证。加上证券、期货交易涉及时空范围大，跳跃性强，许多证据甚至要到境外去收集，这对于当事人来说几乎是不可能的。从目前已起诉的纠纷案件看，原告一般都处于举证困难的被动地位。在庭审中，原、被告各持一词，法院也难以查实。如一件外汇期货纠纷案件，外汇期货交易要经过许多环节，只要其中一个环节查不确实，整个案件事实就难以认定，案件的性质也就难以确定，是非责任难以分清。目前我国大多数期货公司都是通过港澳地区的期货经纪公司进入日本、美国的国际期货交易所进行外汇期货交易，这些交易是否进入国际市场，交易情况如何，审判人员不可能去港澳或国外取证。另外，由于我国目前对证券、期货业的立法滞后，导致审判人员对某些重要证据本身的合法性审查缺乏统一、严格的标准，加上有些证据本身的形成和核实涉及金融、贸易、电子和外语等专业知识，这些问题无疑对审判人员收集、审查判断证据造成一定的难度。

三、几种主要证券、期货纠纷案件证据的实用

证券、期货纠纷案件类型繁多，其证据的实用各具特色。限于篇幅，在此我们只对股票侵权纠纷、国债回购纠纷、票据纠纷、期货纠纷案件的证据实用作粗浅的探讨，而不对各种类型的证券、期货纠纷案件逐一分析。

（一）股票侵权纠纷案件证据的实用

自90年代初我国在上海、深圳设立证券交易所以来，股票市场日趋活跃，各种股票纠纷也随之而来，其中尤以客户透支、证券商强行平仓或违规操作等侵权案件为常见。股票侵权纠纷案件争议的焦点在于是否存在侵权事实及侵权赔偿金额的多少，难点在于是否存在侵权事实。

1、查明是否有侵权行为发生及实施侵权行为的主体。如客户诉证券商未经授权私自卖出股票侵权赔偿案件，法院应要求原告提供身份证，原告在被告处设立的现金账户或保证金账户号码、股票号码、股东代码卡，是否下过委托单的书面陈述等证据，被告应提供有原告签单的委托书、成交单或交易的电脑记录等证据。先确认原告在被告处开户并持有一定额度股票的事实，再查清被告进行的交易是否经原告授权。如果被告不能提供有原告签章的委托书和下单指令或其他反证，两相比较，即可查明侵权行为人及侵权行为存在的事实。

2、查明损害结果是否发生、损失的具体价值是多少。所谓损害，是指由

一定行为或事件造成人身或财产上的不利。侵权行为的成立必须要有相应的损害结果，否则不成为侵权。损害结果的举证责任一般适用谁主张谁举证的原则。如果客户诉证券商侵权，则客户应提供原有资金账户账表、持股金额以及现有资金账户账表及现有持股代码；如果证券商诉客户透支，则证券商应提供客户保证金账户账目及客户透支成交情况的各种单据，原有股值和现有股值的书面材料。审判人员对这些账表、成交单等证据进行核实比较，即可确定损害结果发生与否。在客户未下交易指令单，而经纪人或证券公司擅自以客户名义进行交易而造成损失，客户主张其权利受侵害，请求证券商赔偿其损失时，由于客户下单交易的指令一般都由证券商保存，客户并没有保留该指令单（委托单），故证券商应按照客户的主张，提交有客户签名的交易指令单，以证明自己没有侵权行为。如证券商不能提供有客户签名的指令单，则对由此造成的损害后果承担责任。这属于举证责任倒置的例外情况。将交易前后的资金户头、持股额相减，即可算出具体损失金额。但是，要严格区分侵权行为造成的直接损失和间接损失，这对于计算具体损失价值也是十分重要的。在目前我国法无明文规定的情况下，审判人员要慎重从事。

3、查明侵权行为与损害结果之间是否有因果关系。按照传统的民法理论，侵权行为与损害结果之间有因果关系，侵害者才负民事责任。因此要确认股票侵权者的民事责任，就必须运用证据证明侵害行为与损害结果之间存在因果关系。如证券公司私自平仓或客户透支案，在证券公司不能举证有客户授权的情况下客户资金账户和股票账户均有减损，则证券公司私下平仓行为即是造成客户损失的原因，两者之间有因果关系；客户在保证金不足的情况下进行多笔或大额交易，则其透支行为是造成证券公司经济损失的直接原因，符合侵权构成要件。证券公司或透支客户应因其私下平仓或透支行为赔偿对方的损失。

审判实践中，常遇到证券商允许客户大额透支后，因客户不能及时返还透支款，证券公司未经客户同意而强行平仓，由此造成损失而引起纠纷的案件，对此类案件的损失即损害结果是与透支行为或平仓行为有因果关系，还是损害结果是透支行为和平仓行为两个行为综合作用的结果。目前，司法界有不同认识。在这类案件中，透支行为不是损害结果发生的直接原因，而是间接原因。在采用相当因果关系即“相当学说”的人的观点来看，行为与损害结果之间不具有直接因果关系，行为人的行为对损害结果构成适当条件，行为人就应负责。即造成损害的所有条件都有同等价值，由于缺乏任何一个条件，损害都不会发生，因此，各种条件都是法律上的原因。据此，对客户透支后被证券商强行平仓而造成损失，客户因有透支行为除偿还透支款外也应承担部分损失的责

任。但持必然因果关系说的观点的人认为，只有当行为人的行为与损害结果之间具有内在的、本质的必然的联系时，才具有法律上的因果联系。这种学说认为偶然的、间接的原因不是因果关系中的原因，而是条件，而条件只为结果的发生提供了可能性，原因则为结果的发生提供了现实性。据此，透支行为只是为强行平仓造成损失结果发生的唯一原因，所以客户对其透支行为除只承担返还透支款外，对证券商强行平仓所造成的损失不承担责任。目前，我国学者大多赞同此种观点。现在，还有一种观点认为，上述两种学说各有道理，但都不全面，各有利弊。因而提出了应该按照过错归责要求，有条件地适用"相当因果关系说"。即查明引起损害发生的全部条件，并把对损害发生一定作用的因素作为原因对待，其次借助于过错因素从众多的因果联系中抽象出某一个或几个环节，从而确定因果关系。同时区别各种原因对结果的发生所起的不同作用，按过错责任原则，正确确定责任范围。如按这种学说的观点看，由于透支行为也是损害的一个原因，且透支客户明知不允许透支而故意为之，主观上有过错。故也应承担部分损失的责任。总之，由于观点不一，判案仍有差异。

4、在收集和审查判断证据时应注意的问题。第一，搞好举证责任的分担。要遵循民诉法关于谁主张谁举证的规定，由原告提供侵权事实存在的证据，由被告提供其交易行为是否合法、是否在对方同意情况下实施的证据，法院不宜主动四处调查取证，要把重点放在对原、被告提供的证据进行审查判断上。第二，要对证据本身的客观性严格审查。委托书、成交单等证据易伪造或涂改，电脑软盘信息可能被删除，这就要求审判人员对这些书证或视听资料仔细核对，对有疑问的证据要提交鉴定或收集其他证据进行佐证，排除证据与事实之间、证据与证据间的一切矛盾，才能确认其证明力，并据以认定事实，分清责任。

（二）国债回购纠纷案件证据的实用

国债回购，即国库券持有人在卖出一笔国库券的同时，与买方签订协议，约定一定期限和价格买回同一笔国库券的融资活动。国债回购的基本功能是短期融通资金、调剂头寸。由于国库券以国家信用为保证，具有良好的流通性和收益的可预见性，故成为证券二级市场最理想的回购标的物。又因为国债回购业务以中国人民银行、证监委、财政部等为主实行多头管理，参与经营的主体也比较复杂，各地在开办国债回购业务时往往各自为政，操作很不规范，形成许多纠纷，其中以回购方不能按期回购为最。对这类案件证据的运用要掌握以下几点：

1、对回购事实是否存在的证明和认定。证明和认定国债回购事实是否存

在是处理国债回购问题的前提。法院应调取回购双方签订的交易合同或协议书、回购方的收款凭证、证券代保管单，返销方的付款凭证、国库券交割情况记录等证据。如果双方签订有回购合同，且一方已付款，另一方交付了实物券或开出了代保管单，则可证明和认定回购事实存在。如果双方虽签订了回购合同，但并没有收、付款的凭证及国库券的交付或代保管，则回购事实不能认定。

2、对回购交易性质的证明和认定。目前的国债回购交易以是否在证券交易所成交为标准分为三种形式。一种是场外交易，即回购双方在交易场所之外，就国库券回购达成协议，进行券、款交割的行为。这种交易逃避监管，其交易行为常常不甚规范，对返销方而言风险较大。另两种是场内交易：一种回购双方直接同交易所进行国库券回购交易，并与之进行券、款交割，这是一种典型的、正规的场内交易；另一种是由回购双方通过电脑选单或者协商达成回购意向，然后经证券交易所核准，双方出市代表通过电脑成交，回购双方以设立在交易所的账户完成券、款划转，回购方向返销方开出《证券代保管单》，再签订回购合同。法院可以根据双方是否经过交易场所成交，是否有向交易场所缴纳手续费的凭证和当日电话记录等证据，认定交易是在场内还是场外进行，从而认定整个交易的性质。根据《合同法》和财政部、人行、证监委的有关文件精神的规定，场外交易为无效行为，场内交易为合法交易。这样，案件的主要问题基本上可以查清了。

3、严格审查交易主体资格及回购方是否有实物券。诸多场外交易主体往往是金融机构设立的不具备法人资格的代办处、办事处、甚至是已被注销经营资格的金融机构或非金融机构。它们往往持有少数实物券或者根本没有实物券而进行买空卖空交易。法院应要求当事人提供经营许可证及工商证照、银行预留印鉴以判断当事人是否具备相应交易资格。另外，要透过证券代保管单审查回购方是否真有履约能力，看回购方开具的代保管单是否有实物券作保证。按照中国人民银行有关规定，代保管单必须由各地人民银行指定的证券登记托管机构开出。因此，对回购方出具虚假代保管单的，要严格审查，双方是虚假交易还是恶意串通或是回购方完全没有履约能力却以回购为名诈骗钱财。对涉及经济犯罪的回购问题，应移送公安机关。

（三）票据纠纷案件证据的实用

市场经济迅速发展，商品交易日趋频繁，遂产生票据以适应远距离付款及大量纷繁复杂的结算的客观要求。同时，因结算而产生的票据纠纷在经济审判中也屡见不鲜。

票据当事人一般有三方：出票人、付款人和收款人，这是票据关系的基本当事人。另外，在某些情况下还有其他当事人如背书人、保证人等。因票据的兑付、转让、保证、追索而发生的纠纷，即为票据纠纷。对票据纠纷案件证据的实用应从以下几个方面入手：

1、对票据效力的认定。票据是无因性、文义性要式有价证券，票据上记载的文义内容为其权利义务内容，不受票面以外文字的影响，持票人即有票据权利。除非票据缺乏应记载事项或系伪造被除权，其他事由不得导致票据无效。法院应重点审查票据是否形式完备，要素齐全：看票据名称、出票人签章、大小写金额、付款人名称、票据号码、出票人在付款人处的账号、出票时间、受票人等应记载事项有无瑕疵；看可记载事项具体内容是什么；票据上有无不得记载事项，如添加“禁止背书”记载事项或添加记载一个支付条件或金额不确定的事项。如票据应记载事项齐全，则为有效票据；可记载事项不影响票据权利，仍视为票据有效；如不得记载事项添加内容与票据性质相悖，则记载文义无效，视为票据未作记载。在审判实践中要视具体情况来确定票据效力：(1) 伪造的票据，即假冒出票人的名义，伪造出票人签章而签发的票据。被伪造的票据自然不产生票据效力，但伪造人应负侵权责任。如果票据上的签章既有真实的又有伪造的，则真实签章者承担票据上载明的义务。或者签发票据的印鉴是盗盖的，法院只要查明其印鉴是真实的，该票据仍为有效。(2) 票据的变造。指除票据签发人和经授权更改票据内容人以外，无票据更改权的人，在已生效的票据上变更除签名以外的事项。法院应重点查证孰为原记载事项，孰为变造后记载事项，变造后签章以此分担票据义务。变造前签章者，对原记载事项负责；变造后签章者，以此分担票据义务。变造前签章者，对原记载事项负责。对变造后记载事项负责；对是在变造前或后签章当事人举证不力，难以分辨的，法院认定由变造前签章人对原记载事项负责。(3) 票据的更改。指有更改权限的人更改票据记载事项。更改票据需在更改处加盖签章，以示有效更改。票据上的记载事项并不是都可以更改的。《票据法》规定，票据的金额、时间和收款人不得更改。如有更改，票据失去效力。除此之外的其他记载事项的更改不影响票据效力。对于有更改的票据，法院要严格审查其更改事项是否影响票据效力，同时要查明更改人是否有更改权限。4. 票据经声明作废或除权。票据持有人在丧失票据后，往往以一定形式声明丧失的票据作废。并以声明来对抗持票人。因为票据的无因性，声明系声明者单方意思表示，善意持票人没有义务注意丧失票据人的声明。故声明不影响票据的效力。但是经当事人申请公示催告并由法院作出除权判决的票据无效。

2、对票据行为效力的认定。票据行为系以发生票据上一定权利义务关系或说明负担票据上债务为目的的要式行为，即发票、背书、承兑、参加承兑和保证。票据行为的有效与否及法律后果如何，与票据当事人关系甚大，也是法院审理票据纠纷案件极为关键的问题。具体而言要从以下几个方面认定票据行为效力：1．审查票据行为人是否具备票据行为能力。要核对行为人的身份证件或营业执照，凡依法享有民事行为能力者，也享有票据行为能力。反之，不具有民事行为能力或限制行为能力者未经法定代理人允许，所为票据行为无效。2．审查票据行为人意思表示有无缺陷。如经查实行为人意思表示有缺陷或瑕疵，其票据行为无效。这类情况包括虚假意思表示和受欺诈或胁迫而为意思表示等。例如，票据债务人受相对人胁迫，虽在票据上签章，而实际并不想受其签章约束，签章人可以认定其签章无效。3．审查票据行为人是否有恶意串通，损害第三人利益的行为。如有的承兑银行与承兑申请人恶意串通，签发“空头”银行承兑汇票以套取贴现银行资金的，只要查清汇票确系“空头”开出，则该行为属无效。有一点要明确的是，票据行为如果因行为能力或意思表示缺陷而无效，一般并不影响其他票据行为的效力，而且也不影响票据的效力，而无效票据上所为的其他附属票据行为均归于无效，两者法律后果是不同的。

3、对票据抗辩的认定。票据抗辩分为对物的抗辩和对人的抗辩，实质是票据债务人根据票据法的规定对票据债权人拒绝履行义务的行为。法律强调票据关系与原因关系脱离，一旦票据关系形成，就与形成票据关系的原因无关，债务人不得滥用原因关系来对抗票据关系，这是立法者对票据抗辩的限制。对物的抗辩，即票据债务人得以对抗一般持票人的抗辩。这时，抗辩证据须得证明票据不符合法定形式、票据行为能力有欠缺，票据权利因时效而消灭等。根据我国《票据法》的规定，对物的抗辩证据的证明内容包括下列内容之一：(1）票据应当记载的事项不完全；(2）票据金额的中文和数码记载不一；(3）票据不得更改的事项被更人；(4）无行为能力人或者限制行为能力人在票据上的签章；(5）票据上的签章或其他记载事项被伪造；(6）票据权利因时效届满而消灭；(7）票据上记载“不得转让”却又作转让的；(8）票据已经法院除权判决而无效。法院应对票据记载主项、更改内容和痕迹、行为人主体资格证明、签章真伪的鉴定结论、除权判决文书等证据本身的真实性、客观性详加判断，核实其是否可以采信，从而认定抗辩理由是否成立。对人的抗辩，指票据债务人只能对抗特定持票人的抗辩。与对物的抗辩不同的是，对人的抗辩主要由票据以外的原因产生，大多发生在票据当事人之间因原因关系引起的纠纷案

件中。我国《票据法》对人的抗辩理由有所限制，在审查抗辩人提供的证据应当注意：1. 查明票据债务人与持票人有无直接基础关系，如果没有直接基础关系，则以与出票人或持票人的前手的权利义务关系来对抗持票人的抗辩理由不能成立。但如果抗辩人能证明持票人是在明知有抗辩事由而取得票据的，则其抗辩成立。2. 查明票据债务人与持票人之间是否存在直接的权利义务关系，抗辩的证据能否足以证明持票人不履行约定义务。如果抗辩人能证明自己与持票人之间存在直接权利义务关系，且有相应证据证明持票人有不履行约定义务的行为，则其直接抗辩成立，反之抗辩人将承担履行票据义务的责任。

（四）期货纠纷案件证据的实用

期货是继股票之后的又一社会热点。由于目前我国尚无健全的期货法律法规，监管乏力，期货市场运作很不规范，导致期货纠纷案件日渐增多。审理期货案件是一项专业性极强的审判业务，在运用证据时应紧扣以下几个方面：

1、合理分担举证责任。目前法院受理的期货纠纷案件中以外汇期货或外汇按金交易纠纷较为多见，且基本上都是客户诉期货公司违约或侵权。在这类案件中，作为原告的客户举证能力与一般合同纠纷中原告相比有较大的差别，受到诸多限制。因为我国期货公司绝大部分未取得国际期货交易所的会员席位，只能通过境外某些期货公司中介入市交易。其间关系复杂，涉及时空范围广泛。而客户仅与国内期货公司发生关系，只参与整个交易的一个环节，且期货交易都是经现代化高科技设备进行操作和运行的，客户难以调取交易场内的内部资料。因此，要求作为客户的原告对其主张提供全面、完整的证据是不现实的。相反期货公司参与整个交易环节并有专业期货经纪人，其举证能力较客户强得多。所以在收集和调取证据时，可以适当加重期货公司的举证责任。具体而言，客户应提供证明其与期货公司发生关系及所受经济损失的基本证据：包括客户与期货公司订立的合约书、客户在期货公司的开户账号及交保证金的凭证、客户下的指令单、清算单；期货公司应就其交易行为是否合法完整提供证据：包括营业执照、许可证、经纪人聘用合同及经纪人资格证书、公司与境外国际期货交易所会员公司订立的协作协议书、客户签字的风险声明和委托书、市场记录单、成交回电单、客户指令单、结算单等。

2、查明期货公司是否具备从事相应期货业务的主体资格，从事期货业务的交易所是否有从事期货交易的经营资格和权限范围。对从事期货业务的交易所和期货经纪公司主体资格的确认应以是否有国家有关部门的批文和证照作为依据。重点审查：期货交易所或经纪公司是否经我国国家工商行政管理局登记，1993 年后是否经国家工商行政管理局重新审核登记；从事外汇期货业务

的是否经过中国人民银行和国家外汇管理局颁发许可证；从事国际期货业务是否取得国际期货交易所会员席位或与境外国际期货交易所会员公司签订协作协议；经1994年国家对期货市场进行清理整顿后，凡是未取得中国证券监督管理委员会颁发的《境外期货业务许可证》的，应认为无经营主体资格。凡未取得国家外汇管理局核发的“经营外汇业务许可证”和“经营外汇期货业务许可证”，而开展外汇期货的，应认定不具备经营此项业务的主体资格。经纪人是否获得国家或地方工商局发放的期货经纪人合格证书；期货公司经纪人是否订立聘用合同；经纪人人数是否达到20以上；期货从业部门是否有交易厅、盘房、计算机网络、卫星通讯设施等必具设备。如果期货公司无从事期货业务的资格和权限，则其代客户交易行为无效，并应根据案件的具体情况，向客户赔偿经济损失，法院应对期货公司的违法所得予以收缴。

3、对欺诈和误导行为的认定。期货公司以故意弄虚作假、私下对冲、伪造、涂改、买卖各种交易凭证和文件、欺骗诱惑等不轨行为蒙骗客户，使客户误解上当，在不真实的情况下进行期货交易，都属于欺诈和误导行为。这是引起期货纠纷最主要的因素。要运用证据确认这些行为，必须做到：(1) 收集掌握确凿的证据，包括：当时制造、散布虚假信息或宣传的录音、录像、软盘记录；有关私下对冲、伪造、涂改、买卖各种交易凭证和文件的书证物证；证明有私下串通，垄断市场的原始事实文字记载和证人证言；无利害关系的第三人的证言。(2) 审查客户是否确有因欺诈或误导而造成经济损失的事实及根据。核对客户在期货公司开户账目的上的资金有无变动，流向如何，与欺诈或误导行为是否有关。(3) 查清交易环节是否完整，客户的买卖订单是否按指令内容及时入市。一般而言，期货交易有5个环节：即客户向经纪人下达交易指令，经纪人据客户指令通知该期货公司在期货交易所的场内经纪人（入市经纪人）进行交易，入市经纪人向客户的经纪人证实执行了指令，期货交易所与期货公司结算，期货公司与客户结算。与此相对应，则形成客户指令单、市场记录单、成交回电单、会员公司结算单和账目结算单等5种书面证据。上述5个环节的证据齐全、时间相符方能证明客户指令已入市，下单跑道畅通。否则，期货公司脱不了欺诈和误导嫌疑。

4、对客户亏损事实的认定。即审查判断客户损失金额的具体数字及原因，这是进行实体责任分担前必须弄清的问题。期货交易规则决定了每个交易日后都必须进行盘房，其买卖口数、盈亏情况均有记录，损失金额比较好确定。但确定具体亏损金额应考虑以下几点：(1) 是真亏损还是假亏损。实践中，盘房在操作时弄错客户、倒记买口卖口或打错输错电脑数据的失误也偶有发生，这

样客户账面上也可能出现亏损记录。这就需要审判人员将客户订单和成交单电脑操作记录等证据互相印证，排除和查证不一致的问题，以免出现假亏损情况。(2) 是正常风险损失还是非正常损失。期货公司具备相应主体资格，经纪人在客户授权范围进行交易且交易环节完整，交易渠道畅通，则即使出现亏损，也属于正常风险损失，与期货公司无关。但若期货公司不证明上述情况，则须承担赔偿客户非正常损失的责任。(3) 行为人主观过错大小也涉及具体损失金额的计算。如果只是期货公司单方有过错，则其承担全部损失赔偿。如果客户和期货公司均有过错，则按过错大小分担损失。如果系客户自身过错所致，则由客户自负亏损。这就要审判人员对有关证人证言和全案证据进行综合分析，判断当事人有无过错及过错大小。

第十一章　香港的民事证据法

第一节　香港民事证据法的概述及渊源

香港的民事证据法主要由两部分组成：一是习惯法，另一是成文法。习惯法指的是香港法院在长期的司法实践过程中相沿而成的各种证据和证明的习惯做法或惯例，这种习惯做法或惯例乃体现和形成于具体的案件审判裁决上，而尚未为立法机关纳入成文法中。追根溯源，这些证据惯例又分别渊源于英国法院的判例法和香港本土居民处理民事案件的传统习俗。

就成文法而言，香港的民事证据法又有两大类型的体现：一是集中体现在《诉讼证据条例》（Euidence ordinance）中，二是散见于涉及证据规定的各种成文条例中。但以前者为主。

《诉讼证据条例》制定于1886年，以后历经60余次的修改，成为现在的样子。该《条例》计82条，分为9大部分。第一部：总则，有2个条文（1～2）。第二部：可接受之证人及可接纳之证据，计15个条文（3～17A），其中第4条及第17条各增补一条。该部主要从年龄条件、精神状态、与当事人的关系、证人品格等方面对证人资格作了规定，并就证人作供、文据、刑事记录等证据的接纳问题作了规定。第三部：可获接纳作为证据的文件，计28个条件（18～45），其中第19条增被4个条文，第20条、第24条、第29条分别增加1个条文，第22条增加2个条文，主要就公共文件、诉讼记录、外国法令法规等文件证据的可采性与证明力作了规定。第四部：民事诉讼中之传闻证据，计10个条文（46～55），主要就民事诉讼中的传闻证据的采信原则以及习惯法上的传闻证据的证据能力等作了规定。第五部：意见证据及专家证据，计6个条文（56～61），其中第61条现已废止，主要规定了意见证据的证据能力及专家证据、外国法律之证据的证明力。第六部：定罪及特权，计8个条文（62～

69)，主要就刑事案件中的定罪记录怎样在民事诉讼中作为证据使用的问题以及证人的特权问题加以规定。第七部：录取供词，计4个条文（70～73），主要规定了死者供词的可采性以及向垂危人士录取供词的权力等。第八部：在其它管辖法院所进行之诉讼的证据，计4个条文（74～77G），其中第77条增补7个条文，并将后3个增加的条文（77E～77G）。单列一部“第八部A”，主要就香港法院之间以及香港法院与外国法院之间在获取证据方面的司法协助作了规定。第九部：杂项规定，计5个条文（78～82），主要规定了伪造证据的没收、医事记录及报告的可采性、被告的证供记录以及囚犯作证等问题。此外，《条例》后面还附上两个表格，其一是针对本条例第25条第1款有关政府化验师化验物品及物质的证明书表格，称“政府化验师证明书”；其二是针对本条例第26条第1款有关相片处理的证明书表格，径称“证明书”。尚需说明的是，《条例》第59条有关“外国法之证据”的修正规定，将于1997年7月1日生效。

《诉讼证据条例》可视为香港形式意义上的证据法，但从实质意义上说，香港的民事证据法还包括各种单行条例中各种有关证据的规定，主要包括三大方面：其一，诉讼程序的条例中有关民事证据的规定，例如：《地方法院民事诉讼程序规则》、《简易程序治罪条例》、《婚姻诉讼条例》、《行政事务申诉专员条例》等。其二，司法机关方面的条例中有关民事证据的规定，例如：《最高法院条例》、《地方法院条例》、《裁判官条例》、《陪审团条例》、《警察条例》、《法政官条例》、《廉政专员公署条例》、《劳资审裁处条例》、《土地审裁处条例》、《小额钱债审裁处条例》等。其三，民事经济条例中有关民事证据的规定，例如：《版权条件》、《房屋条例》、《放债人条例》、《破产欠薪条例》、《商品说明条例》、《劳资关系条例》、《遗嘱认证及遗产管理条例》、《人事登记条例》、《未成年人监护条例》、《当押商条例》、《非政府签发产地来源证保障条例》等。总的来说，香港的实体法中多有民事证据方面的规定。这也可视为香港民事证据法的特点之一。

综上可见，在香港，民事证据法不仅在大的方面包含成文法和习惯法，而且在成文法内部，还有专门的《诉讼证据条例》和分散的民事证据规范之别。但无论如何，它们都构成了香港民事证据法的规则体系，在考察和认识香港民事证据法时，应尽量将它们兼顾起来。

第二节　证据的分类学理

证据作为证明案件事实的手段，在立法上的表现形态多种多样，它们在诉讼中的证明作用与意义也不尽一致。为了使这众多的证据更好地为指导诉讼实践与审判实践服务，有必要对证据从学理上进行分类研究。但各国证据理论对民事证据的分类方法有所不同，一个国家可能存在多种理论分类。例如在美国，有一种证据分类方法是将证据形式与证据类型分别开来，从证据形式将它们分为物证、书证和言词证据，从证据类型将它们分为直接证据、情况证据、补强证据和辅助证据。美国学理对证据的另一种分类是将证据分为物证、书证、确证、科学证据、传闻证据、品格证据、习惯证据和类似事实证据。英国学理则倾向于将证据分为直接证据与间接证据、原始证据与传闻证据、第一位证据与第二位证据、推定（初看）证据与终局证据。并且认为，从实质上分属于上述各种证据之一的证据，必须具有或者必须纳入能向法院提出的各种证据形式，即：口头证据、文书证据、实物证据[①]。香港证据法除单辟一章对民事诉讼中的传闻证据加以规定外，并没有对证据作出明确的分类，而且也未如同大陆民事诉讼法一样，将能够向法院提出的各种证据形式作出罗列式规定[②]。前者的工作属于学理研究的范畴，目的是为了更好的指导实践，后者则需综合立法的各项规定，对证据形式进行集中阐释。这里且谈前者，后者留待下一章叙述。

一、直接证据与情况证据

根据证据与案件主要事实的关系，或者说根据证据证明案件主要事实是否直接或是否必须同其他证据相结合为标准，可将证据划分为直接证据与间接证据。直接证据（direct evidence）指事实审理者除接受外，不需要通过思维过程便能得出提供证据者所谋求的结论，即实际争执中的事实的证据[③]。情况证据又称间接证据（indirect evidence）或环境证据（circumstantial evidence），是指并非实际争执中的事实的证据，而是与争执中的某一事实有关联的事实的证据。事实审理者若要从间接证据得出希望得到的结论，不仅需要首先接受该项证

① 沈达明编著：《英美证据法》，中信出版社1996年8月第1版，第27～28页。
② 大陆《民事诉讼法》第63条规定了7种证据形式，即：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论和勘验笔录。
③ 在英美证据上，直接证据的用语只有一个，即direct evidence，但含义却有多种，与之相对的词也有两个，即indirect evidence和circumstantial evidence。这两个词的含义有时一致，有时则相异。

据，而且还需要从该证据得出推理的结论。例如甲诉乙对他实施了文字诽谤的行为，丙作为证人说他曾看见乙在墙上贴出对甲的诽谤性漫画。丙的这一证词便能够直接证明本案的诽谤事实，因而属于直接证据。其他如当事人对争议事实的陈述、记载争议事实的书证、反映系争事实的物证等，也均可作为直接证据。间接证据比如在一起交通事故损害赔偿案件中，甲作证说乙的汽车轮胎刹车的痕迹出现在公路的相反方向一边。事实审理者由此可以得出结论认为乙曾在相反的方向驾驶汽车。这里甲的证词便是间接证据。

直接证据由于能够直接证明案件事实，所以在诉讼中具有较大的证明作用。但直接证据比情况证据更容易出差或被编造，因而直接证据必须依赖其它证据查证属实，才能作为定案的根据。例如对作为直接证据使用的证人证词，就必须用其它证据来证明证人所描述的事实的正确性、证人记忆的可靠性以及证人人格的正直性等。

间接证据由于只能证明案件事实的相关方面，因而单独凭借间接证据是不能定案的，而应有足够数量的间接证据，一环套一环，形成一个严密的、完整的证明体系，将间接证据之间、间接证据与案件事实之间的任何疑点与矛盾均予排除，从而得出排他性的肯定的结论，才能最终作为定案的根据。这是间接证据单独证明案件事实时的运用法则和要求，此外，间接证据在诉讼中还有以下作用：一是作为发现直接证据的线索；二是配合直接证据，共同对案件事实起证明作用。

二、原始证据与传闻证据

在英美国家，原始证据与传闻证据的分类是极为重要的。因为它涉及英美证据法中著名的“传闻证据规则”。这条规则既重要又繁琐，目的是排除证人所陈述的非亲身经历的事实以及证人未出庭时向法庭提供的文件中的主张等作为证据加以使用。但是，这一规则出现了许多例外，传闻证据作为“第二手”证据亦非绝对不可采纳。

这一点与大陆法系国家形成鲜明对比。大陆法系国家在诉讼中采取职权主义，适用自由心证原则，对证据的可采性很少加以限制，而只是强调证据的调查、审核、认定程序与规则。“法官可以认定被提供的任何证据。证据是来自直接的观察还是第二手材料这个问题，只是在评估证据的价值时所应考虑的问题。”①

关于传闻证据后面还要详谈，这里仅想指出，原始证据与传闻证据的分类

① 《牛津法律大辞典》，第401页。

同直接证据与间接证据的分类不宜混淆。不能认为直接证据就是原始证据，传闻证据只能是间接证据。原始证据是直接来源于案件事实的证据，是“第一手”证据，它既可以是直接证据，也可以是间接证据。作为“第二手”的传闻证据也是如此。由于原始证据的证明力一般优于传闻证据，所以在诉讼中要尽可能地凭藉传闻证据，发现原始证据。在单纯运用传闻证据认定案件事实时，要格外谨慎，并尽力收集最接近原始证据的传闻证据。

三、最佳证据与次要证据

最佳证据（Best evidence）又称第一位证据，是指文书的原本或对文书的内容所作的自认，它是对某个具体的案件系争事实最具证明力的证据。次要证据（inferior evidence）又称第二位证据，是指文书的副本或对其内容所作的证言。使用这个词的本身说明，在具体的情况下，还存在着更有价值的证据。例如，在一起遗产继承的案件中，如果本案的争议事实为遗嘱的内容，那么，当事人为证明该争议事实所提供的遗嘱原件便是最佳证据；如果遗嘱不幸被遗失或毁灭，当事人为证明该争议事实所提供的遗嘱复印件或抄本，或者提供的证人证词，便不是最佳证据，而是第二位的证据。

根据英国证据法上的传统的最佳证据规则，只要可以获得最佳证据，便可摒弃次要证据。但这条规则现在被解释得日益宽缓。例如香港《诉讼证据条例》第23条规定：“任何文件，如声称乃皇家香港天文台台长所保存之记录或部分记录之副本，由保管该等记录之人员签署证明属实，则在任何法院审理之刑事或民事诉讼中，只须将其呈堂即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明，同时，(a) 在提出反证前，如该文件在法院呈堂，法院应推定：(i) 该文件乃由上述人员签署证明属实；(ii) 该文件为其所指之记录或部分记录之真确副本；及 (iii) 编制及编纂记录之时间乃该文件所述者；及 (b) 该文件应作为其内所载之一切事项之表面证据。”

在习惯法上，一般认为以下次要证据具有可采性：

1. 原件显然已经毁损或消灭者，如关于伪造文书的案件中，被告已将伪文书吞入腹内，则他人之曾见此文书内容者自应为证人；

2. 文书所附着之物体，依其性质不可移动，或不便携取，如碑文招碣之类，可用其它方法证明；

3. 对方持有该文书而拒绝出示，或第三方持有该文书依法可以拒绝出示时，可以用其它手段加以证明；

4. 次要证据所表明的文书原件内容已被对方所承认，不必再提出最佳证

据；

5. 法律容许以文件副本呈堂，例如生死注册署记录的副本，经检验后可以呈堂，以为证据；

6. 不可能将之呈堂，例如大厦外墙的广告①。

以上几点，是最佳文件证据不可能呈堂法院时，法律可以容许将副本呈堂，或以口头叙述，但必须由举证之人向法庭首先作出解释的通常理由。

四、表面证据与终局证据

表面证据（Primca facie evidence）又称推定证据，是指除非并直至对方提出相反的证据为止，成文法宣布此项证据为某一事实的充分证据。如果对方当事人对此证据提出的反证达至足以推翻表面证据的程度，事实审理者则应否定表现证据认定系争事实的效力。这实际上是法律上的、可反驳的推定。例如，10岁至15岁的未成年人推定无犯罪能力，该推定便成为表面证据。终局证据产生于不可动的法律推定，它的效力与法律规则相同，排除了对方当事人提供反证加以反驳的可能性。该证据的前提事实一经证明，法院便可采之为定案根据。例如，只要能证明某未成年人的年龄不到10岁，法律便推定他绝对无犯罪能力，该推定便成为10岁以下未成年人无犯罪能力的终局证据。

五、补强证据与充分证据

在香港，立法上对证据的规定大多属可采纳性方面的内容，很少对证据的证明力作出明文规定。但是，证据的证明力有强弱之别，对于证明力弱的证据，法律有时也明确要求证据必须达到一定的数量，即所谓“数量法则”。根据这一法则，用来增强其它证据，尤其是特殊主体作出的证人证词的证明效果的证据，被称为补强证据（corroborative evidence）或佐证。只有当补强证据达到一定数量，才能使事实认定者相信系争事实的存否。使事实认定者确信系争事实客观存在的证据便是充分证据。一般来说，立法明定需要补强证据的情形多为刑事案件或系争事实具有严重性的特殊民事案件。

第三节　证据的种类立法

立法所规定的证据的种类，通常称为证据形式，是能够向法院提供的证明

① 李宗锷法官主编：《香港日用法律大全》（三），商务印书馆（香港）有限公司1995年7月第1版，P305；并参见张道义著：《香港证据法》，载李泽沛主编：《香港法律大全》，1992年3月第1版，第807页。

案件事实的各种方法，这主要指实物证据、文件证据和言词证据等三大种类。此外，意见证据和传闻证据也为立法所明定，虽与上述三大类证据形式有交叉之处，但由于其适用有诸多法定规则可循，故也在此章并列论述。

一、实物证据

所谓实物证据（Physical evidence，real evidence），亦称物证或证物，是指法官能使用其感官从中得出结论的一切物体，包括为供法院检查所提供的物件。从狭义上理解，物证仅指“可被触摸的物体”，如违约案中的合约、货物、损坏物件的图片；侵权案中的伤人致残的工厂里的机器、伤害他人身体的刀、枪等。从广义上理解，物证不仅指有形物体，而且还包括一定的无形的客观存在和人的身体。前者比如路口的交通、噪音情况等。路口的情况是指在特定时间内通过路口的来往车辆和行人等动态情况。为了使事实审理者感觉到路口情况，举证者有必要向法庭出示有关当时路口情况的录像勘验报告、现场笔录或者目睹者的陈述报告等。噪音是超过规定的标准，对人们生存环境造成污染的声音。在环境污染损害赔偿案中，这也是物证。举证者可以通过现场录音、或有效的测试数据等方法向法庭展示。后者例如左撇子、身材的高矮、身体的强弱、受害人的受伤部位、被勘验的尸体等。此外，有人认为证人的态度、甚至人的行为也是判断藐视法庭的“物证”。可见，广义上的物证范围是很宽的。

一般来说，文件证据通常明示或暗含一定的事实主张，举证者提供于法庭，目的是为了说服事实认定者接受。这一点与物证有所不同。物证出示于法庭，目的是为了让事实认定者基于自己的观察，而不是别人的观察得出结论。可见，文件证据是以其内容或思想来证明案件事实的，而物证则以其式样、部位、颜色、大小、所处位置等外部特征和物品的特性、质量等物质属性证明案件事实。当然，有的证据既可能是文件证据，也可能同时是实物证据。比如，某人是某公司的职员并持有该公司发给的工作证。该工作证可以看成是某人为某公司职员的实物证据，它所记载的内容则可当作证明该人身份的文件证据使用。

实物证据可能是原始证据，也可能是第二位证据。但无论何种证据，只要它与案中事实有关，法庭一般会接纳该物品作为本案的部分证据。对于这些呈堂的证物，法庭在观察它时，通常会要求呈示物品的证人重复陈述他对该物品所知道的有关事实。例如：该物品来自何处？何时被你占有或控制？你是否对它作出加工处理或其它改变？等等。比如在一起产品质量不合格要求索赔的诉讼中，对于原告呈示的不合格产品，原告应向法庭证明：1．何时购买该产品；

2. 何时发现该产品存在质量问题；3. 发现产品质量问题后是如何处理的等等。这就是说，物证由于是“哑巴”证据，伴随它的必定要有证人陈述。唯其如此，法庭才能有效地、尽快地形成对该物证的观察印象。这是物证运用中的第一个特点。物证运用中的第二个特点是，在审判过程中，物证有时需要专家证人加以鉴定或普通证人予以辨别。香港警察队、海关、廉政公署等执法机构的物证鉴定常常是由政府化验所来执行的。政府化验所所属各科组分别负责化验血型、检查身体、辨别可疑文件等鉴定工作。物证运用中还有一个特点，即呈示物证的当事人方可以在对证人的方讯问中进行诱导性提问，例如：你所说的机器是眼下的这座吗？对于其它种类的证据则一般不可以引导发问。

物证的保全十分重要。如果希望呈示法庭的证物不在该当事人的控制中，他可向法院申请发出“扣押”或“保管”命令。可是，这件事通常是由当事人之间通过协议加以处理的。在诉讼发生前，当事人应在可行范围内采取措施保全物证。例如车辆被撞坏，在送交修理厂修理时，应及时安排公证行的人员对车辆的损坏情况拍照加以记录。再如买卖过程中，货物有损害、变质、欠数或其他不合格的情况，应尽快请公证行的人员或独立专家进行检验、拍照、记录等。如果保全缺乏或不及时，很可能给予对方以反驳理由，提出货物的损害等是由于其它原因导致的，而非己方之咎。此外，在保全证物时，尚需注意被告行为与损害结果之间的因果关联。

在香港，裁判官在预审后将案件移送高等法院时，应当将证物连同其它文书供状移送总检察官审核，然后由警署保管。在移交过程中应由登记官进行详细登记笔录，包括获取物证的时间、地点、方法、保管存放的地点、保管负责警员等。对证物不得调换、挪用、私分、变卖。移交呈堂庭审也由警署负责，至审判最后定案后，再按其性质进行封存、销毁或发还所有者[①]。此即所谓物证的保管及移交制度。

二、文件证据

（一）概念及范围

文件证据（documentary evidence）又称书证，是指以文字、图形、符号、音像等表示的内容证明案件事实情况的书面材料和其它材料。在香港法上，文件的定义是：任何发表的事物及任何事物，以英文字母、文字、数字或符号，或以上述一种以上的形式，书写、表达或描写在某些物体之上。上述“发表的

① 李泽沛主编：《香港法律大全》，第809页。

事物”，包括：

1．所有书写及刊印的事物；

2．任何唱片、录音磁带、录音金属线、有孔记录带、电影胶片或其他工具，可以用作将文字或意念以机械、电子或电流方式传达、复述、表达或输送的；

3．任何类似或非类似上述的事物，而具有任何可见之表达方式，或任何事物由于本身的方式或形状，或以任何形式，能够传达、表达或输送文字或意念；

4．上述三点所指的发表的事物的副本或复制品。

可见，文件证据所指称的范围是极其广泛的，可以说，除实物证据及言词证据外，其它证据均可纳入文件证据的范畴[①]。

（二）分类

文件证据的分类角度是多种多样的，举其对司法实践有较大意义者而言，可以将文件证据分为以下类别：

1．以其是否依职权制作来划分，可将文件证据分为公文书与私文书。

凡国家机关及其他单位依法行使职权所制作的文件而成为的证据，称为公文书证。这必须有立法的明文规定或判例的确认。香港《诉讼证据条例》第三部分规定的“可获接纳作为证据之文件”，大多属于公文书的范畴。对于公文书，提出原本证明其正常制作而成是不必要的。而且，公文书作为证据使用时，一般只需提供副本。

公民、机关、团体、企业组织等不是出于行使职权的需要而制作的文书作为证据使用时，称为私文书证。例如单位开出的介绍信、平时来往函件、契约、遗嘱等，均属私文书。私文书的证明力一般低于公文书，其正本、副本也有不同的证明价值，而且，对于私文书的正常制作也需加以证明。例如，文件从何处得来，曾在哪里保管过，谁写的，文件上的用语是否含意明确？等等，均需由文件的呈堂者加以证明。当然，如果双方当事人对文件的真实性不存在争议，法院也不会要求严格的证明。

2．以文件内容的表达方式分，文件证据有文字书证、图形书证、符号书证之别。

文字书证是指用文字记载的内容来证明案情的书证。例如来往函件、介绍信、合同等。

---

① 在大陆，文件证据中不包含音像资料，二者是分别独立的证据形式。大陆《民事诉讼法》第63条。

图形书证是指以图画、图形等方式表达内容的书证。例如房屋图纸、伪造的印章等。

符号书证是指除文字、图形以外供人认识和了解的与案件有关的简单而隐秘的符号表达内容的书证。例如剪头、标记等。对于符号书证，只有在破译其真实含义后才能作为证据使用。

3．以文件制作的方式划分，可分为原本书证、正本书证、副本书证。

原本书证被视为第一位证据，是证明文书内容的最佳证据，具有最高的证据效力。收集书证应尽可能收集书证的原本。

正本书证是指照原本全文抄录或印制并与原本具有同等法律效力的书证。如法院依职权调查企业的营业执照所抄录的文件，即为正本书证。

副本书证是指照原本全文抄录或印制但不具有正本效力的书证。副本书证是第二位证据或低级证据，它的存在本身就会使人想起有原始证据存在。它包括能够证明文件内容的证人证言；经核对的副本，即由与原本核对过的证人就副本的正确性作宣誓；经证明的副本，即由保管原本的公务员签名并证明的副本；保管司法文书的公务员作成的司法文书副本；政府出版局的副本；印刷或石印的副本；草稿、摘录等。如果能找到第一位证据，则第二位证据就无必要提出。

4．以文件制作时是否有特殊要求，可分为一般书证与特别书证。

一般书证是指有明确的意思表示，有当事人的签名和制作的日期，但无其他特别要求的书证。例如公民间出具的关于借贷的字据，接受某物的收条、没有特殊要求的合同等。与之有别，立法或判例有时对文书的制作，在条件和格式上有特殊要求的规定，此即特殊书证。例如婚姻登记机关发给的结婚证书，必须经过公证或认证的合同文书、涉外授权委托书等。

一般来说，特殊书证可以直接被接纳为证明系争事实的表面证据，但一般书证则需经过呈堂者的证明。

5．以文件内容的不同性质，可分为处分性书证和报导性书证。

处分性书证是指文件中所记载或表达的内容，能够直接设定、变更或消灭一定的法律关系的书证。例如国家行政机关接受公民、法人的请求而颁发的各种许可证、营业执照；当事人之间签订的合同；死者所留的遗嘱等。

报导性书证则指文件中所记载或表述的内容，不是以产生一定法律后果为目的，而是制作人用以记下或报导已发生的或了解的具有法律意义的事实。例如各种会议记录、会计账簿、银行账册等。一般而言，报导性书证只能成为处分性书证的向导和佐证，在证明力上相对薄弱。

文件证据的分类通常就有如上这些，有的学者还提出了偶然书证与目的书证、本身书证与说明书证的分类等。这里不赘。

（三）关于私文书的证明

如前所述，私文书需对其制作的正常方式加以证明。证明的方法主要有三种：

1. 笔迹的证明

除有若干例外情形外，如果被呈堂的文件无法证明书写者的身份，则该份文件不能被法庭接纳为证据。要证明呈堂文件为某人所写或属某人笔迹，可以由：

（1）书写者证明；

（2）因为经常接触而认得书写者笔迹的人证明；

（3）亲眼看见书写者写下那份文件的人证明；

（4）笔迹专家证明，专家在鉴证之下，认为笔迹是某人所写的[①]。

此外，对笔迹的证明还可采取[②]：

（1）其他证人的证明。该证人在其他场合看见当事人的签名，或曾与该当事人通信并曾凭确信据称为他所写的并签名的信件而与他达成交易；

（2）比较的方法。允许由证人将有争议的笔迹与经法院认定为经证明属实的笔迹相比较。法官和陪审团也能作比较。

（3）自认。建议提出文书所针对的一方当事人作出自认。

2. 见证的证明

见证（attestation）是指一个非文书的当事人，作为另一个人签名的证人在文书上签名。例如对遗嘱的见证，有时便为立法所要求。

3. 推定的证明

推定的证明是指根据成文法或习惯法的规定，毋须证明证人书写的呈堂文件。例如，超过20年历史的文件，可以由保管人以证人身份呈堂，毋须证明由谁人书写或签署。适用这项推定，必须具备两个前提条件：其一，该文件是从适当的保管中提取的，就是说是从按照情理应该找到它的地方找到的。其二，文书自身并未引起任何怀疑。此外，推定的证明还适用于：

（1）关于文书作成的日期。文书被推定为在文书上所载的日期作成的。

（2）文件的更改或删除。蜡封文书上的更改或删除推定为作成前所做的。

---

① 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第305～306页。
② 沈达明编著：《英美证据法》，第50页。

但遗嘱上的更改或删除推定为在作成后所做的。

(3) 转移不动产的文书。转移不动产文书上所载的当事人，推定为在文书上所载日期已告成年。

(四) 关于公文书的证明

如前所述，公文书呈示于法庭后，无需证明其属正常作成，法庭应直接接纳为表面证据。除对方当事人提供足够的反证否定其真实性外，该公文书便可作为认定系争事实的根据。凡公文书作为证据必须有成文法的明文规定或判例的确认。《诉讼证据条例》中有许多条款都是关于公文书的规定，其它条例中也有诸多相关规定。这里举其要者分述如下：

1. 作为公文书的政府文件或法律文件

(1) 政府化验师的证明书

《诉讼证据条例》第25条规定：任何文件，如其格式一如附表第一款表格之格式，并声称乃由政府化验师签署，以作为有关曾交其化验之物品及物质之证明书，则在任何法院审理之刑事或民事诉讼中，只须将其呈堂，即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明。

(2) 有关相片处理的证明书

《诉讼证据条例》第26条规定：任何文件，如其格式一如附表第二款表格之格式，并声称乃经根据第(2)款之规定获正式委任之人士签署，以作为其收到及处理之曝光软片之有关处理证明书，则该证明书与其内所提及之相片及经放大之相片，在任何法院审理之刑事诉讼中，只须将其呈堂，即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明；

(3) 文件的认证译文

《条例》第27条规定：(1) 任何文件，如声称——

(a) 乃一项文件之全部或其部分之译文，而该项文件所用之语言并非英语，并已在任何刑事或民事诉讼中获接纳为证据；及

(b) 由根据第(2)款获委任负责证明以另一种语文书写之文件之译文正确之人士证明其为正确之译文；则在法院审理之该等诉讼中，只须将其呈堂，即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明，并在提出反证前，如该文件在法院呈堂，法院应推定——

(i) 作出证明之人士在文件上之签名为真实无讹；

(ii) 该人于证明有关文件属实时，其本人乃根据第(2)款获委任负责证明以该语文书写之文件之译文属实者；及

(iii) 有关文件乃其所指文件之全部或部分之准确译文。(2) 首席按察司

为执行本条之规定起见，得以书面委任任何人士将文件翻译并证明译文属实，而该等文件所用语文乃属有关委任书所载委任条件所指定者。

(4) 外国或殖民地的国家行为、判决等的证明

《条例》第31条规定：任何外国或任何英联邦国家之所有公告、条约及其他国家行为，及在任何外国或在任何英联邦国家内之法院或领事馆之所有判决、法令、命令及其他司法诉讼程序，及所有在任何此等法院或领事馆归档或存放之宣誓证明书、诉状及其他法律文件，均可在香港法院内，以鉴定副本或以如下文所述方式证实之副本加以证明。

(5) 英联邦国家法例的证明

《条例》第32条规定：(1) 任何英联邦国家立法机构通过之法令、条例及法例之副本，以及根据该等法令、条例或法例之规定而发出或制订之命令、规例及其他附属规例之副本，如声称乃政府印务局所印制者，则在任何刑事或民事诉讼中，只须将其呈堂，即可获接纳为证据，而毋须提供其乃政府印务局印制之证明。

(2) 凡声称由布政司签署之证明书，声明其内所载之任何该等法令、条例或法例，或根据该等法令、条例或法例之规定而发出或制订之命令、规例或其他附属规例之规定，乃属在证明书所指定之日期为有效者，则在任何刑事或民事诉讼中，只须将其呈堂，即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明。

(6) 经驻外英大使等盖印和签署的文件的证明

《条例》第34条规定：任何文件如经驻外英大使、公使、部长、代办、大使馆或公使馆秘书，或领事官员签署及盖印，以作为任何根据英国1889年及1891年监誓官法第六条所作或在上述人士面前所作之宣誓、宣誓证明书或行为之证明者，皆应获接纳为证据而毋须对该等印章及签署或该等人士之官职加以证明。

(7) 关于政府宪报的证明

《条例》第35条规定：在民事诉讼中——

(a) 就香港政府宪报及任何英联邦国家之政府宪报而言，只须将其呈堂即可予以证明；

(b) 就上述宪报内之所有公布、国家行为（不论属立法抑或行政方法）、提名、委托，以及其他官方通讯而言，只须将有关宪报呈堂即可予以证明。

(8) 政府宪报内通告、命令或其他文件的证明

《条例》第36条规定：凡通告、命令或其他文件依法例规定须刊登于宪报者，或第35条（b）款所指之文件而在政府宪报刊登者，只须将各该宪报呈

堂，即应视为各该通告、命令或文件内所述事实之表面证据。

(9) 外国法院或领事馆正式归档或记录的文件的证明

《条例》第 37 条规定：凡遵照外国法律或领事馆之法律及惯例办理，而在上述外国法院或领事馆属合法及正式归档或记录之文件，与各该文件之所有副本，如可依本条例或其他条例针对在外国法院归档或记录之文件所制订之方式加以证明者，均应在香港之法院获接纳为证据；此外，在外国法院或领事馆归档或记录之所有文件及副本，如依上述方式加以证明及获接纳为证据后，就其为诉讼证据之目的而言，得视为真实及具有效力，与在上述外国法院或领事馆被视为真实及具有效力者无异。

(10) 政府文件等之软片所冲印之相片的证明

《条例》第 40 条规定：凡声称由政府或一名获授权人士拥有之文件之软片所冲印之相片，不论放大与否，在任何法院审理之民事诉讼中，只须证明下列情况，即可获接纳为证据——

(a) 当有关文件仍由政府或获授权人士保管或经营时，该软片乃为保留一永久记录而拍制者；及

(b) 被摄影之文件——

(i) 随后已遭销毁，不论其为蓄意或为其他原因；

(ii) 遭毁坏至其全部或部分已属不可辨认之程度；

(iii) 已告遗失；

(iv) 已不再由政府或获授权人士保管或经营。

(11) 总检察官签发的证明书

《法政官条例》第 9 条规定：由总检察官签发的有关依香港现行法规或香港适用法律规定授予、裁决、管制或其执行之事项，政府有关事项，有关递解出境事项，有关海陆空军、英国及英联邦商务专员、公署或公务员等官方行为的证明书，可接纳为表面证据。

(12) 法庭文件的证明

《裁判司条例》第 29 条规定：裁判司所签发的、经以誓愿仪式等证明的法庭文件，如传票、通知书、令状等可采纳为内载情事之充分证据。

2. 作为公文书的公共文件、正式文件或商业文件

(1) 公共性质文件的副本

《诉讼证据条例》第 18 条规定：凡簿据或其他文件具有公共性质者，若由正当保管机构呈堂作证，可获接纳作为证据；且现行法例并无规定其有关内容可经由副本予以证实，则其副本或撮要记录，或须经保管原本之人员签字证明

其为真实无讹。兹并规定该人员须向凡在合理时间向其申请签发认证副本或撮要记录之人士，在其缴付每页72个字不超过5毫之费用后，向其提供有关之副本或撮要记录。

(2) 银行记录内登记事项的副本

《诉讼证据条例》第20条规定：(1) 除本条另有规定外，银行记录内任何登记事项或事宜之副本，在任何诉讼中呈堂时，如属下开情形者，应获接纳为其内所载事宜、交易及账目之表面证据，而毋须作进一步证明——

(a) 证明属下开情形者——

(i) 该登记事项之记入或该事宜之记录仍包括在银行通常业务中者；及

(ii) 该记录乃由银行保管或经营；及

(b) 除第(3)款另有规定外，由曾将副本与登记事项之原本两者核对之人士证明该副本经与登记事项之原本核对过属真实无讹，惟以摄影技术制成之副本则属例外。

(3) 皇家天文台记录的副本

《诉讼证据条例》第23条规定：任何文件，如声称乃皇家香港天文台台长所保存之记录或部分记录之副本，由保管该等记录之人员签署证明属实，则在任何法院审理之刑事或民事诉讼中，只须将其呈堂即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明。

(4) 精密记时计准确度的证明

《诉讼证据条例)第24条规定：任何文件，如声称乃精密计时计之试验及准确程度之记录，并声称由皇家香港天文台人员签署证明属实，则在任何法院审理之刑事或民事诉讼中，只须将其呈堂，即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明

(5) 关于速度计、雷达及衡器准确性的证明书

《诉讼证据条例)第28条规定：任何文件，如声称——

(a) 下述各物之准确性试验、检查与维修记录——

(i) 该文件内指明之车辆速度计；

(ii) 该文件内指明为确定车辆速度而设计及作该用途之雷达设施；

(iii) 该文件内指明为确定车辆总重量或净重而设计及作该用途之衡器或设备；及

(b) 由下述有关人士签署证明属实——

(i) 就速度计而言，则为机电工程署署长授权之人士；

(ii) 就为确定车辆速度而设计及供作该用途之雷达装置或设备而言，则

为警务处处长授权之人士；

(iii) 就为确定车辆总重量或净重之衡器或设备而言，则为运输署署长授权之人士；

则在任何法院审理之刑事或民事诉讼中，只须将其呈堂，即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明。

(6) 邮寄文件的证明书

《诉讼证据条例》第 29 条规定：倘任何法例授权或饬令任何文件须以邮寄或挂号邮寄方式送达，或以上述方式发出任何通知，则一份证明书，如声称——

(a) 证明下列事项

(i) 该指定文件或通知，系致送与证明书内列明之人士，并根据某一列明之地址致送与该人；

(ii) 寄出该文件或通知时已预付合适邮资；及

(iii) 该文件或通知系依据证明书列明之时间地点以邮寄或挂号邮寄方式投寄；及

(b) 乃由下述人士在证明书内列明之时间地点签署——

(i) 该人曾确保寄出该文件或通知时已预付合适邮资；及

(ii) 该人曾依照该指定之时间地点以邮寄或挂号邮寄方式投寄该文件或通知；

则在任何法院审理之刑事或民事诉讼中，只须将其呈堂，即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明。

(7) 磁带录音的认证抄本

《诉讼证据条例》第 29A 条规定：(1) 任何文件，如声称——

(a) 在任何刑事或民事诉讼中获接纳为证据之以英语以外之另一种语言书写之记录之全部或任何部分之抄本；

(b) 由根据第 (2) 款获委任负责签署证明以另一种语言书写之记录之抄本属实之人士签署证明其为正确之抄本；

则在该等诉讼中，只须将其呈堂，即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明。

(2) 首席按察司为执行本条之规定起见，得以书面委任任何人士抄录以及证明其委任条件所指定之任何语言书写之记录之抄本属实。

(8) 公共文件的软片所印制的相片

《诉讼证据条例》第 39 条规定：凡声称由公共文件之软片印制而成之相

片，不论放大与否，如经公职人员或保管软片之人员证明其为由公共文件之软片印制而成之相片，则在任何法院审理之刑事或民事诉讼中，只须将其呈堂，即可获接纳为证据，而毋须进一步加以证明。

（五）关于文书的外部证据

这里的文书指私文书。对于业已作成的私文书，例如合同、遗嘱等，当事人能否主张文书以外的证据对本文书加以改变或取代？例如，甲乙之间有一份书面合同，约定甲将屋内家具出售给乙，乙能否提出其它证据证明甲曾口头约定提供其它家具？再如，甲将财产遗赠给乙，但有两个同姓同名的乙，那么，关于甲愿意遗赠给哪个乙的意思的外部证据是否可以采纳？这里的外部证据一般是指口头证据，但也包括书证人①。

该问题的答案：作为一般原则，外部证据不可以被采纳来抵触、改变、添加或减去书面合同上的约定事项。但该原则有例外存在，具体而言，其情形有三：

1．外部证据对文书的取代

作为一般原则，凡是双方当事人约定的事项收录在一个文书中时，该文书便构成合同的排他性的记录，除文书外，不得提出其他证据以证明文书外的约定事项。但这项原则有以下例外：

(1) 证明记录一项交易的两个或两个以上文书之间有明显的关联性，但必须一个文书援引另一个文书；

(2) 如果是交易这个事实而不是交易的约定事项有待证明，那么，即使该交易的事实记录在文书中，但仍能提供外部证据；

(3) 如果交易属于口头性质的，当事人提出的文书只是一张价金收据，那么，对此口头交易的内容仍能提出外部证据；

(4) 如果文书的目的只是记录一笔交易的作成，对于该交易的内容；仍能提出外部证据。

2．外部证据对文书的改变

文书就其所载约定事项具有终局性的原则同样以当事人的意思为依据。因而，作为一项原则，当事人不得提出外部证据，证明本文书作成前或作成时所发生的但未被文书所记载的其它约定事项。但是对书面协议的事后改变，只要此项改变符合合同法的规定，则允许提供证据加以证明。当然，如果能证明当事人之间的交易既有书面约定，又有口头约定，则允许提供证据对附加的、口

① 该部分内容主要参考沈达明编著：《英美证据法》，第51页及以下。

头的约定事项予以证明。但这一原则是有例外存在的：

(1) 关于交易的效力。当事人可以提出外部证据证明交易因错误、不合法等原因而无效，或者证明交易的原因是存在的。

(2) 关于交易的性质。当事人可以提出外部证据证明交易是此性质，而非彼性质。例如从合同表面上看是买卖，但双方秘密约定的是租赁。

(3) 关于交易的补充条款。当事人可以提出外部证据证明交易除书面部分外，还有口头部分。口头部分是该交易的补充条款，例如口头保证或许诺便属之。

(4) 关于交易的习惯。交易习惯有时也属事实，但当事人不必在文书上明确记载与该交易有关的习惯。对此习惯，双方当事人默示接受其拘束。如果当事人之一否定有此习惯，对方当事人则可提出外部证据加以证明。

3．外部证据对文书的解释

一般来说，对文书的解释应限于文书内的用词，而不得使用外部证据以明确笔者的意思。文书应按照它的通常意义解释，并在此基础上，援用法律规则来揭示其法律上的意义。但该原则有三点例外：

(1) 关于文书上的人或物的解释。为证明文书上所称的人或物的存在，当事人可以提供外部证据。

(2) 关于文书上的译文的解释。如果文书上使用了外文或密码等特别语言，对该外文或密码等特别语言的解释则可使用外部证据。

(3) 关于文书上的模糊用语的解释。对于文书上使用的模糊用语的真正含义，可以提供外部证据加以解释。

三、传闻证据

(一) 传闻证据的定义

传闻证据的定义不一而足。英国学者 Hegdon 给出的定义是：传闻是指不是在庭上作证的证人所作的明示或默示的事实肯定以及没有证人作证时向法院提出的文书上所载的事实肯定①。英国 1968 年的《民事证据法》这样界定传闻证据："在诉讼程序中提供口头证据者以外的人所作的陈述，把它作为诉讼程序中提出的某项事实的证据"②。香港学者李宗锷认为："传闻证供，一如其名，是一个所听闻的证据；其定义为：一个人听到另一个人——并非被告——

① 沈达明编著：《英美证据法》，第 100 页。
② 同上，第 99 页。

所说的话，包括不能由文件制作人加以证明的呈堂文件。[①]” 由此来看，传闻证据包括口头传闻与文书传闻，但无论何种传闻，均指不是直接来源于案件事实及见证人的证据，因而它是与原始证据相对立的概念。

（二）反传闻规则

在英国证据法上，反传闻规则从来与陪审团制度联系在一起，并同构成英国证据法的传统特点。根据反传闻规则，任何传闻证据，在原则上均不具有可采纳性。对此、英国学者 Cross 是这样表述的：作证的证人之外的人所作的明示或默示的事实肯定以及没有证人作证时向法院提出的文书上所载的事实肯定，不能作为所肯定的事实的真实性的证据。

但与刑事诉讼不同，反传闻规则在民事诉讼中被适用得不是过于严格。依香港《诉讼证据条例》第 46 条规定，在任何民事诉讼中，一项陈述如果不是由一名人士在该等诉讼中以口头作供时所作出的，在以下两种情形下可以被接纳为其内所述任何事实的证据。其一，本《条例》或任何其他条例有所规定。其二，诉讼当事人达成某项传闻可被接纳为证据的协议。换言之，在民事诉讼中，反传闻规则可因成文法的明文规定和当事人的协议而被排除。

（三）反传闻规则的立法理由

一般来说，立法所以排除传闻证据的运用，其理由不外有：

1. 每个在法庭上作供的人，除稚龄儿童外，都要经过宣誓或誓愿保证所陈述的内容均属事实，但作出原来陈述的人并未如此去做。

2. 作出原陈述的人在知觉、记忆和叙述能力上是否有缺陷，他们陈述的事实是否缺乏真实性、正确性，不可能在诘问或询问中向他提出详细问题加以考查。他作证的举动、表情也没有被观察的机会。此外，在庭外或他人背后作轻率的、不假思索的陈述比在庭上或当他人之面更加容易。

3. 重复陈述内含着产生差错与歪曲的危险。而且，陈述的内容越复杂，转述的次数越多，这种危险则越大。

4. 陪审团由于缺乏必要的法律知识，很难恰如其分地对待传闻证据。

5. 在诉讼中，最理想的办法是提供最佳证据和直接证据；如果放宽传闻证据的排除法则，法院将对大量涌入的传闻证据应接不暇。

6. 如果使传闻证据能获接纳，则可能会为谎话、谣言及欺诈陈述制造机会。法院为此需花费更大的时间与精力。因为诚如 Kent 法官在一则判决中所说：叙述传闻的人不需要深入细节、答复问题、解答难题、调和矛盾、澄清含

① 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，经 309 页。

糊点。他可以用简单的词句肯定说这就是他人告诉他的，以保护自己并把负担完全放在已死的或不在场的作陈述人的身上。①。

可见，反传闻规则不仅要求诉讼中尽可能提供原始的、“第一手”证据，而且要求实行言词审判原则，并落实证人出庭作证制度②。

（四）传闻证据在民事诉讼中的运用

香港《诉讼证据条例》比较重视传闻证据在民事诉讼中的运用，其“第四部”就标以“民事诉讼中之传闻证据”对各种可采纳的传闻证据加以规定。如前所述，传闻证据在香港民事诉讼中从大的方面说只是在两种情形下方为可采：一是立法明定；二是当事人协议。具体言之，传闻证据的运用有以下几种情况：

1．口头传闻证据的运用

作为原则，在任何民事诉讼中，除《诉讼证据条例》及有关规则另有规定外，任何人士所作的陈述，不论他是以口头、书面或其它方式作出的，也不管该人在该诉讼中是否被传召为证人，只要该人对该事实的口头证供可被采纳为证据，则均可获接纳为任何相关事实的证据。但是，在任何民事诉讼中，如果一项陈述并非藉文件方式而作出，但根据《条例》的规定可被接纳为证据时，则为证明起见，作出该项陈述的人士或任何听见该项陈述或以其他方式获悉该项陈述的人士，必须在法庭上直接作出口头证供。否则，一概不得被接纳为证据。亦即：口头传闻证据必须由证人口头作供，不得以书面方式呈堂③。

当事人一方欲将上述一项陈述提出作为证据而传召或欲传召作出该项陈述的人士在诉讼中作为证人，则该项陈述必须得到法院的许可，才能为该当事人提出作为证据。

2．文书传闻证据的运用

根据《诉讼证据条例》第49条的规定，文书的传闻陈述，在符合下列条件时能够作为证据运用：

(1) 某份文件是由一名有执行职务责任的人编纂而成的记录或记录的一部分；

(2) 该记录是根据一名对资料内所涉及的事实有或可合理认为有直接认识的人士所提供的有关资料作成的④；

---

① 沈达明编著：《英美证据法》，第101页。

② 这一点，对大陆正在进行的民事审判方式的改革颇有启发、借鉴意义。

③ 香港《诉讼证据条例》第47条第3款。但是，如果有关的陈述是由某名人士在另一诉讼（不论民事或刑事）中作证时作出的，则可用法院核准的方式证明之。

④ 如果有关资料并非由该人直接向记录的编纂者提出，而系由他向一名或多居间人提供的，只要每名居间人都具有执行职务的责任，皆合此一要件。

(3) 记录的制作者有义务以他人提供的信息作成记录；

(4) 关于此项陈述，直接的口头证据是可以采纳的。

现在有人主张将上述有关规定主要适用于商事记录。如此，则不需要关注信息提供者与制作记录者的可靠性问题，只要求制作记录者有作记录的义务。因为，在正常情况下，商事记录都是可靠的，尤其日常营业记录更是这样。而且，通过使用交叉核对资产负债表等方法，还能提高它的可靠性。当然，如果要把该规定适用于商事记录以外的记录，则应就信息提供者与记录者的适格性付予更多关注。

3. 电脑传闻证据的运用

《诉讼证据条例》第50条规定：在任何民事诉讼中，由电脑编制的一份文件内所载的一项陈述，应被接纳为其内所述任何事实的证据。但必须符合以下条件：

(1) 记载该项陈述的文件是由电脑在一段时间内编制而成的。在这段期间内，该电脑经常被某人用来储存或处理资料，而无论其活动是否以营利为目的；

(2) 在这过程中，经常供应予该电脑的资料，是该项陈述内所载的某一类资料，或该项陈述内所载资料所来自的某一类资料；

(3) 在这段期间的大部分时间内，该电脑一直操作正常，或者即便操作不正常，也对该项文件的编制或其内容的准确性毫无影响；

(4) 该项陈述所载的资料是来自通常从事这些活动时供应予电脑的资料，或由该等资料复制而成；

(5) 关于此项陈述，直接的口头证供是可以采纳的。

4. 在习惯法上可获接纳的若干传闻证据

《诉讼证据条例》第54条就习惯法上可获法院接纳的若干传闻证据作出了规定，具体有：

(1) 事实的承认。在民事诉讼中，无论某项对事实的承认是否为当事人或另一人作出，只要该承认对诉讼当事人一方有所不利，则均可提出作为针对该当事人的证据，以证明该项承认内所载的任何事项属实。

(2) 公共出版物作为传闻证据。在民事诉讼中，涉及公共性质事物的各种出版物（例如：历史、科技著作、字典及地图），均可获接纳为其内所载属于公共性质事物的证据。

(3) 公共文件作为传闻证据。在民事诉讼中，各种公共文件（例如：公共登记册、公共团体所呈交的与公众利益有关的报表），均可获接纳为其内所载

事实的证据。

(4) 各种记录作为传闻证据。在民事诉讼中，各种记录（例如：若干法院的记录、条约、官批地契、赦免令及委任令），均可获接纳为其内所载事实的证据。

(5) 有关声誉或家族传统的陈述作为传闻证据。在民事诉讼中，有关声誉或家族传统的陈述可作为传闻证据被获接纳，以证明该人性格的好坏，或证明有关家系或某一婚姻是否存在，或证明任何公共权利或一般权利是否存在。

(五) 传闻证据的采纳程序

任何一方当事人若希望在开庭审理时提出传闻证据，必须事先"知会"对方，向所有的对方当事人发出有意提供这种证据的通知。通知的细节取决于证据的种类。如果是口头传闻，必须指出口头陈述作出的时间、地点与环境，作陈述者的姓名、陈述的大意以及重要的用词；如果是文书传闻，必须附送文书副本。通知中应说明证人 (1) 已死；(2) 已离港；(3) 身体或精神状况致使不能出庭作证；(4) 已无可追寻[①]。

此项程序的主要作用是让当事人在别无更佳证据的情况下，提供可能有用的证据。通知对方的目的，是为了使对方有机会核实证人是否已死、已离港等所指情形[②]。

四、意见证据

意见证据是指证人不是以叙述事实，而是以发表意见或作出结论的方式所作出的证供。依其主体是否直接了解案情以及具有某一方面的专门资格，所谓证人意见则有普通证人的意见和专家证人的意见之别[③]。前者在原则上不得被接纳为证据，后者则是一种证据的法定表现形态。因此之故，香港《诉讼证据条例》第五部标以"意见证供及专家证供"加以规定，以示二者并列，专家证供不包括在通常所说的意见证供之中。

证人的职责是向法庭陈述他所体悟和觉察到的案件事实，而不是发表意见，亦即：证人不必也不得从他所叙述的事实中得出结论。这是英美证据法上的一项规则。这项规则背面的依据是：从证人所说的事实经过推理得出结论不是证人的职责，而是陪审团的职权，如果案件没有陪审团参与审判，该项职权则由法官行使。反过来说，如果允许证人自己叙述事实自己作出结论，则不仅

---

① 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第 307 页。
② 同上。
③ 在大陆，普通证人的意见叫"证人证言"，专家证人的意见叫"鉴定结论"，二者并列为证据的法定形式。大陆《民事诉讼法》第 63 条。

侵犯事实认定者的职权，而且影响认定事实上的公正性。证人在形成意见的过程中很容易发生误会。英国学者罗纳德·沃克在其著作《英国法律制度》中曾就此规则作过很好的表述："一般规则是，证人只能就其直接感验的事实作证，而不得对不是其直接感验的事实陈述相信与否的看法。这便是排斥意见证明方法的规则。该规则的理论根据是，从已证事实得出结论是法庭而非证人的职责"①。

但是，证人作供时，往往很难将事实和意见截然分开，而只就事实作供。例如，当人们看到一个老年人时并不有意识的注意到他的白头发或身材，即使注意到这些，也不能记起所有形状特点。如果证人能记起所有这些形状特点，要求证人列举全部特点，让法院推理得出这是一个老年人的结论，将使作证与听取证言成为难以忍受的事。除认定人、物、笔迹外，尚有其他的例子，例如年龄、速度、温度、物的状态等②。总而言之，普通证人的意见并非绝对不能当作证据对待，而是有较多的例外存在。罗纳德·沃克曾经指出："如果意见在本质上是系争事实，便不排斥这种意见。另外，如果意见是作为某些独立事实的证明方法而提出的，便存在着许多可以采纳意见为证据而不考虑排斥意见的一般规则"③。具体来说，普通证人的意见在以下情形下可被接纳为证据：

1. 任何人可以就另外一人的身份、所有物件及年龄作证。

例如，证人可以说："我相信他便是我在卧房中所见的那个人，当时他戴有面罩"。"我相信这就是那样品"。"我相信他年约 25 岁。"④

2. 关于品格的意见。证人作证时可就诉讼当事人、其他证人等的品格发表意见。譬如雇主可以作证说：该雇员平时的工作表现如何如何。

3. 关于商业行规的意见。许多有关商业交易的案件经常涉及行规问题，对此行规的说明，当事人即可传召行内有相当经验和地位的人士出庭作证⑤。

4. 同时觉察的事实。所谓同时觉察，指自外观、环境、人类或动物的身心状况及其同时呈现于感觉上的不同事实，一经观察，便产生结论⑥。例如：证人说被告在实施行为后脸部呈现紧张表情。

5. 连续觉察的事实。所谓连续觉察的事实，是指对于人或事物的状态综合产生的印象。例如证人说那辆汽车当时大概以每小时多少公里的速度行驶⑦。

① 转引自陈一云主编、严端副主编：《证据学》，中国人民大学出版社 1991 年 5 月第 1 版，第 286 页。
② 沈达明编著：《英美证据法》，第 95 页。
③ 陈一云主编：《证据学》，第 286 页。
④ 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第 310 页。
⑤ 同上。
⑥ 李泽沛主编：《香港法律大全》，第 813 页。
⑦ 同上。

6. 总括式的陈述。证人在陈述各项待证事实后做一次综合的结论，对事实作出可能性的推测[①]。例如在陈述被告人多次虐待其妻子的事实后，证人说足见原被告之间实无夫妻之情或者说被告人的心理肯定是变态了。

7. 关于印象的陈述。证人的记忆业已模糊、只能就印象作出陈述。例如证人说那天好像是下雨天[②]。

香港《诉讼证据条例》第58条第2款规定："如果人在任何民事诉讼中被传召出任证人，则纵使其就任何有关事宜而言系无资格作出专家证供者，惟其意见之陈述，乃系表达其本人所觉察到之有关事实者，则可获接纳为其所觉察事物之证据。"其第3款并且规定："在本条内，'有关事项'包括有关诉讼之争论点。"由此来看，普通证人的意见在可获接纳的范围上是相当广泛的。这一点，也说明了民事诉讼与刑事诉讼的不同。

至于专家证供，《诉讼证据条例》第58条第1款规定："除有关规则另有规定外，如某名人士被传召在任何民事诉讼中出任证人，其对于任何有关事宜之意见，如其系有资格作出专家证供者，均可获接纳为证据。"惟值得注意者，这里所谓专家，既不一定是众所公认的专家或专业人才，也不是某人自封而成，而是由法庭决定他是否能成为本案中有关专门问题的专家。专家的范围也很广泛，如医官、工程师、科学家、笔迹专家、验车主任、或对鉴定赝品有经验的艺术专家等[③]。

第四节 民事证供

民事证供亦属证据的法定形式之一，本应在前章予以论述，但由于它在民事诉讼中较诸其它证据形式尤为重要，后者的运作通常要与民事证供相伴相随，抑或交叉重合，而且从实质上看，民事证供的提供、盘问与判断乃构成了审判程序的主要部分。因而这里单列一章，作出专门的叙述。

在香港，民事证供与口供二词既有联系，也有差异。其联系在于证供与口供均表示证人就任何案件事实所作的陈述。只是，证供一般指证人在法庭上作的陈述；口供则指证人在法庭外作的陈述。证供必须是口头的，口供则既可是口头的，也可是书面的。这里仅论证供。

---

① 同上。
② 李泽沛主编：《香港法律大全》，第813页。
③ 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第310页。

证供是指证人在法庭上，就其目睹、耳闻、感到、嗅到或尝到的有关案件事实的经验所作的叙述或者亲自道出的语言。在香港，证人是从广义上指称的，凡是在庭审或其他诉讼过程中提供口头证词的人，均属证人范畴，包括当事人、鉴定人和其他任何第三人。这一点与大陆法系国家有所不同。在大陆法系国家，证人证言、鉴定结论和当事人陈述这三者是分别独立、各具机能且适用不同程序规则的证据形式。大陆民事诉讼法也是如此。

一、证人的资格

在英国的历史上，由于实行陪审制度和当事人对抗制审判方式，从来便重视对证人的资格加以严格的限制。比如，在相当长的时期内，非基督徒、囚犯、对听审结果有财产上或金钱上利益的人，是被剥夺充当证人的资格的。但后来鉴于这些形式主义的限制对案件事实的正确认定并无太大好处，反而束缚了裁判者的手脚，因而在19世纪，这些规定已相继废止。所以，现在摆在我们面前的香港的《诉讼证据条例》对证人的资格规定得是极其宽泛的，基本只有实质上的限制，而无形式上的或身份上的限制。

具体而言，在香港，关于证人的资格，有以下几点规定：

1. 证人通常必须年满7岁。年龄不满7岁的人一般无作证能力，因为依一般的生活经验和生理、心理规律，不满7岁的儿童不可能对案件事实有正确领会的能力和正确叙述的能力。但是，并非不满7岁的人概无作证能力，如果法官认为某个不满7岁的儿童具有完全的领会和叙述的能力，或者对案件事实的某一方面有一定程度的领会和叙述能力，也具有作证资格。因而，《诉讼证据条例》第3条第1款规定："下列人士在任何诉讼程序中无资格作供：(a)年龄7岁以下之小童，但法院认为其对接受质询之事实有正确领会并能正确叙述者，则不在此限。"

2. 证人应当是精神健全人士。一般来说，精神有缺陷的人不能充当证人。但问题不能一概而论，关键是看其精神不健全的时期与程度，看其是否能够对案件事实予以正确的领会和叙述。轻微的精神病患者，应获允许对他能够辨别、理解和叙说的案件事实作证；间歇性精神病人在不发病时期能够出庭对他在不发病时期所观察到的案件事实作证。只有那些对案件事实未能正确领会和正确叙述的精神病患者才没有成为证人的资格。《诉讼证据条例》第3条第2款规定：精神不健全人士，其在接受质询时对于有关事实似乎未有正确领会，而且未能正确叙述者，在任何诉讼程序中无资格作供。如未先得法院或需其出庭人士之许可，任何确知为精神不健全人士，均不得被传召为证人。

可见，依香港《诉讼证据条例》，凡年满7岁且属精神健全人士，均有作证能力，或者说，由他们来充当证人均有适格性。

此外，根据《诉讼证据条例》及有关法例的规定，关于证人的适格性，尚有以下问题值得提及：

1．关于生理上有缺陷的人能否充当证人。

生理上有缺陷的人在原则上尽管具有作证能力，但要以该缺陷是否影响其对案件事实的正确理解、判断、记忆、复述的能力为限制。例如，聋子因为丧失听觉，他自然不能就案件事实听到什么作证；盲人由于丧失视觉，他也不能就案件事实看到什么作证等等。不仅如此，这些人的作证方式也有别于常人，而不可与常人一般对待。正因此，《诉讼证据条例》第68条第6款规定："如某人因说话或听觉方面之任何缺陷而在任何法律诉讼中被传召为证人时须以书面或打手号作供者，则就第四部或本部而言，该等证供须视为口头证供。"

2．关于诉讼当事人的配偶等人的作证资格。

在民事诉讼中，诉讼当事人、双方当事人的丈夫或妻子、与代表双方起诉、抗诉或辩诉的人，以及这些人的丈夫或妻子，根据《诉讼证据条例）第5条的规定，都可以成为合法证人，而无需回避，而且若有必要，尚可强迫他们出庭作供，以口述或笔录方式为诉讼当事人的任何一方作供。此外，纵使任何法律规则有所规定，在任何诉讼中，丈夫或妻子可就相互间在任何时期内是否有行房交合的事实作供。但是法庭不得强迫他们作如上供词。此为《诉讼证据条例》第8条所明定。《诉讼证据条例》第11条并且进而规定："由于发生通奸情事而进行之任何诉讼中，诉议当事人及其夫或妻均有资格对该事实作供。

3．关于囚犯的作证能力。在早期普通法的历史上，囚犯长期被剥夺作证资格。但后来逐渐摒弃这一做法。故而香港《诉讼证据条例》未就囚犯的作证能力作出限制性规定。根据《地方法院条例》第14条规定，在民刑诉讼中，如有需要，法院可依一方诉讼当事人申请，酌情颁发命令，将幽禁服刑或拘押候审之人解送法院，出庭作供，听候审问①。可见，囚徒在香港具有作证资格至为明显。

4．关于与诉讼结果有直接利害关系的人的作证资格。前已述及，香港证据法关于作证资格的规定，是注重其实质，看其是否对案件中的争议事实有正确领会和表达的能力，而无论作证之人是否与诉讼结果有直接利害关系。但其他法例可以特别规定某类与诉讼结果有直接利害关系的人不具有证人能力。例

① 李泽沛主编：《香港法律大全》，第816页。

如，《遗嘱条例》第10条规定：任何人如见证遗嘱之签立，而该遗嘱中有分配或作出分配任何财产或影响任何财产之分配予该人或其配偶者，该项分配中涉及该见证人或其配偶，或任何人根据该见证人或其配偶之权利之任何要求，均属无效。为执行上述规定起见，遗嘱中有任何上述财产之处分或作出处分给上述见证人或其配偶者，如该遗嘱无其人及任何其他人见证亦属正式签立者，则该项见证应不予理会[①]。

5. 关于法官、陪审员等人的作证资格。在任何民事诉讼中，直接参加本案审理的法官、陪审员、太平绅士等，不能作为证人为诉讼当事人的任何一方作供。其原因在于，法官、陪审员或太平绅士在诉讼中应始终处于不偏不倚的仲裁人地位，而成为当事人任何一方的证人显然与此地位相悖。当然，在其它他们并不参加审判的任何民事诉讼中，法官、陪审员及太平绅士等均有作证能力。

6. 关于证人品格是否影响其作证资格的问题。证人品格的好坏，不影响其作证的资格或能力，但极有可能影响证人的可信性及其证词的证明力。因此，对方可在法庭允许的情况下，举出直接有力的证据，证明证人并不可信，或当事人经常从事本案所指的不当或不法行为[②]。在这方面，《诉讼证据条例》有许多规定可供适用与凭藉。例如，该《条例》第15条便就证人以前是否被判过刑事犯罪作出了专门规定。依本条之合理解释，如果证人的先前犯罪事实得到证实，该事实便成为法庭考量其品格及证词的可信度的重要证据。再如，该《条例》第54条第4款规定：在任何民事诉讼中，有关某人声誉的证据均可接纳，以确定该人性格的好坏；在任何民事诉讼中，凡有涉及家系的问题或对某一婚姻是否存在发生疑问的问题，则有关声誉或家族传统的证据均可接纳；在任何民事诉讼中，有关声誉的证据均可接纳，以作为任何公共权利或一般权利是否存在的证明或反证明，或供辨明任何人或事物之用。

提供有关证人品格方面的证据，目的是为了否定证人作供的可信性或可靠性，使法院对该证人证词不予采纳作为定案的根据，甚至对传召该证人的当事人一方起到适得其反的效果。因此，在香港民事诉讼中，有一个程序阶段名为“反讯问”。“反讯问”的大多数内容都是围绕证人品格或证人可信性问题展开的。有时，该程序的效用走到了反面。所以有一种说法，说证人席最终成了对证人名誉进行狂轰滥炸的“屠宰场”。

---

① 同上。
② 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第311页。

二、证人的义务与责任

香港的民事诉讼制度与英国一样，实行当事人对抗主义，证人由双方当事人及其代理律师自己寻找和确定，决定由某人作为己方证人出庭作证后，应向法庭提出申请，向证人发出传票。证人自收到传票之时起，在法律上便产生了一系列的义务，违背了这些义务，便产生相应的责任。当然，作为一项原则，在民事案件中，法院不能强迫当事人申请传唤某人到庭作证，法院自己也不能发动职权主动传唤证人到庭。这是私权自治原则在诉讼领域的体现。

证人的义务与责任不仅在香港的《诉讼证据条例）里面有所规定，而且还广泛散见于其它有关法例中，例如：《最高法院条例》、《地方法院条例》、《裁判官条例》等，均有关于证人的义务与责任的规定。这里综合起来，择其要者予以分类叙述。

1. 作证的义务。证人的首先义务就是作证，且不论他作证的方式如何。换言之，作为一般原则，凡具备证人适格性的人，均具有“被迫作证性”(compellability)，在诉讼程序中能够被强制作证。当然，除享有立法明定的特权外。对于证人的“被迫作证性”，《诉讼证据条例》第9条有所规定：“任何人士，如为任何诉讼案件所传的证人，则在诉讼之审讯或聆讯或诉讼之任何阶段中，依法院之惯例，不论亲自作供或以笔录方式作证，均不得以其无犯罪能力或以利益为理由而免予作供。”

2. 作供担保的义务。需要在高级法庭作证的证人，在低级法庭作证之时，有必要自己签具保结。利用这种方式，证人作自我担保，等到案件到高级法庭审判需要自己出庭作证时，一定及时到庭无误。否则，本人愿意受罚，将保款充公[①]。

3. 发誓或宣誓作证的义务。在香港，一般而言，证人在作证前都要经过发誓或宣誓，目的是为了强化证人如实作证的效果，并为其此后作伪证提供制裁的依据。对此，英国还有专门的《宣誓法》加以规定。“发誓”是针对有宗教信仰的证人而言的，具有宗教信仰的证人可用符合他的宗教的形式发誓。信仰基督教、犹太教或其他宗教的人，在发誓时格式、用语基本一致，只是在发誓的神的称呼上有所区别。在发誓时，证人步上证人台，用其右手持拿他所信仰的宗教的经书，在法庭书记或传译员的主持下，照着卡片上的字念出下列的话：

“我，（证人念出自己的全名），谨对全能上帝/天主/真神发誓，将所知事

① 李泽沛主编：《香港法律大全》，第826－827页。

实，向法庭坦白直供，全部真确，并无虚言。”如果证人并无宗教信仰，或者他所信仰的宗教不容许发誓，或者并不接受基督教或犹太教所信奉的神，则可以拒绝发誓，而以宣誓的方式代替。这样，证人宣誓时可按照卡片所写读出下面的字句：

“我，（证人念出全名），谨以真诚宣誓，将所知事实，向法庭坦白直供，全部真确，并无虚言。”

在特殊情形下，如果证人信仰的宗教不是基督教或犹太教，则可按其宗教所规定的形式发誓，而不受以上语词和形式的拘束。

现在，由于宗教色彩的日益细薄化，证人的发誓不断趋于形式主义。只要主持发誓或宣誓的人，例如：法官或法庭书记，有法定权力去主持发誓或宣誓，证人在发誓或宣誓时并不反对发誓或宣誓，该发誓或宣誓即为有效，而不管该发誓的证人是否真正信仰该宗教[①]。

任何人在法庭上作证，无论是自愿的还是被法庭传唤来的，都必须发誓或宣誓，否则，除少数例外情形外，均会受到法庭的制裁。例如：《裁判司条例》第 21 条规定：如到案的证人拒绝宣誓，裁判司可给予罚款处分。该《条例》第 77 条也规定：任何人足以举证而不愿到案者，裁判司可强制传唤该证人，如该人拒绝宣誓作证，可以处以监禁之处罚[②]。

但是，并非所有的证人在所有的法庭作证，都需要宣誓，而是有例外情形存在的，例如：

（1）年龄稚小的儿童作证可以免于宣誓。《诉讼证据条例》第 4 条规定：“如在控诉任何人犯罪之诉讼中，拟传任何年龄稚小之儿童出庭作供，而法院认为孩童不明白宣誓之性质，则其所作证供，虽未经宣誓，只要法院认为孩童有充分理智，其证供即可予接纳，该童且须明了诚实供述之责任。”

（2）在各审裁处审理的案件中，证人作证不必宣誓。在香港，证人的宣誓义务一般仅发生在地方法院及最高法院审理的案件中。《地方法院条例》第 66A 条规定：任何到庭而又被规定须提供证据的人拒绝宣誓或拒绝提供证据，可被处不超逾 $ 5000 的罚款及不超逾 2 年的监禁，视乎法官的指示而定。但是，在各审裁处审理的案件中，证人作证一般没有必须宣誓的义务。当然，他宣誓也是可以的。例如：《劳资审裁处条例》第 27 条规定：“审裁处在聆讯申索时，可随时容许证人或一方经宣誓或不经宣誓作证。”《小额钱债审裁处条例》第 23 条也作了类似的规定。

---

① 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第 273 页。
② 转引自李泽沛主编：《香港法律大全》，第 827 页。

4. 遵守法庭纪律的义务。证人作证必须遵守法庭纪律，这包括特别对证人提出来的义务和立法对所有的诉讼参与人普遍规定的义务。

按照香港法例的有关规定及习惯，证人在民事法庭作证，应至少在案件开审之前15分钟到达法庭。到达后，应向负责律师或法庭书记报到，然后在庭内安坐静候开庭。在等候期间，证人不得与法庭工作人员或律师以外的人士交谈。若有人试图与证人交谈或干扰证人，证人应立即向法庭书记报告。法官进入法庭时，证人应与其他人士一起肃立，向法官席位鞠躬，然后坐下。法庭书记呼唤案件编号及当事人名称时，所有的案中证人均应暂时离开法庭，等候唱名，再重新进入法庭作证。法庭传召某人作证时，该人方可进入法庭，如有证物，一并带往。证人走进法庭，应先向法官席位鞠躬，然后才进入律师席的范围，依照指示，步入证人台[①]。此外，证人还应遵守一般的法庭纪律。《地方法院条例》第20条规定：任何人如果在法官或证人或法院人员开庭或出席法庭时或往返法院途中，故意对其侮辱；或故意中断在法院进行的法律程序，或作出藐视法庭行为，或在法庭内作其他不检行为，则法院的任何人员，不论是否有其他人协助，可在法官的命令下，将该罪犯羁押，并扣留至法庭散庭，而法官认为适合，尚可对其监禁或罚款。

5. 如实作证的义务。经过宣誓或发誓的证人，在诉讼过程中必须据实作证。如果证人故意作出虚假的或本人相信是不正确的证言，而且该证言的内容与本案有紧密关联，或者证人在宣誓后拒绝回答讯问而又无正当理由，那么，他将被指控为假誓罪（perjury）或伪证罪（false evidence），法庭会依情形对他作出罚款或者监禁的处罚。《裁判官条例》第21条第4款规定："如任何人自愿或遵照传票指示到裁判官席前，或借手令或其他方法而被带到裁判官席前后拒绝宣誓，或虽有宣誓，但无确当辩解而拒绝回答向他提出有关事项的问题，裁判官可凭其亲笔签署及盖印的手令，命令将他监禁12个月（除非他在此期间同意宣誓及就有关事项作答），或判处该人缴付不超过$5000的罚款。"《高等法院条例》第36条也规定：在民刑诉讼或其相关事件诉讼中，由法庭审问证人，发觉该经过发誓程序之证人有故意及矫造伪证之行为成立罪状者，依法得以藐视法庭罪论，处以3个月徒刑或罚款。

三、证人的特权

证人的特权（privilege）是英国、香港证据法上的一项重要制度，它指的是某些人在特殊情形下享受的特别权利，即被免除承担某些特定义务的权利。

---

① 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第272页。

Salmond 说特权实质上是指：从缺乏法律上的义务得到的好处[①]。

证人的特权与证人的义务有关联，后者的客观存在使前者有产生的必要，后者若形同虚设，则前者的概念无论如何也不会产生，即便产生也无实质意义。在大陆的民事诉讼法中，目前尚不见有证人特权的概念。

证人的特权不同于证人的权利。证人在履行作证义务的同时或之后，立法为他设定了某些权利，比如取得误工报酬的权利、防止打击报复的权利等，但这些均非特权。证人的特权是以拒绝履行作证义务为前提条件的。

证人的特权也不同于证人的不适格性与不得强迫作证性。证人的不适格性是指证人自身并无作证的能力或资格，证人的特权则以证人具有适格性为说明前提。证人的不得强迫作证性是指证人在立法明定的情形下，可以全面拒绝作证，而证人的特权并不一定妨害法庭强迫证人出庭作证，只是他可以拒绝回答某些问题或提供某种文书而已。

证人的特权有时是绝对的，有时则是相对的。证人的绝对特权是说在某些情形下，立法规定某些与案件有关联性的事实，是绝对保密而不允许当事人、证人予以证明的。可是，这种特权不得放弃。证人的相对特权则可以放弃，因为这种特权所掩盖的案件事实，即便不能由享有特权的证人证明，但仍不排除用其他方法加以证明的可能性。绝对特权一般指以公共政策为根据的特权，相对特权一般则指私人的特权。

证人的特权可以发生或存在于任何类型的诉讼型态中，民事诉讼与刑事诉讼均为立法规定了一定范围内的证人特权。但民事诉讼中的证人特权显然要比刑事诉讼来得狭窄。而且，这些特权均呈不断减少的趋势。

值得注意的是，有关证人特权的任何规定，均不妨碍法院于任何法律诉讼中酌情（不论是否以制止发问或其他方式）对证据不予接纳的任何权力，也不影响任何法律诉讼的当事人，对诉讼中什么证据可被接纳的问题所达成的任何协议的有效性[②]。此外，法庭也不能从证人主张特权的行为中推理得出对一方当事人不利的结论。证人享有特权但不行使，召集该证人的一方当事人不得以此为上诉的理由。

从香港《诉讼证据条例》的有关规定来看，在民事诉讼中，证人的特权有以下几种情形：

1. 夫妻之间的特权。《诉讼证据条例》第 8 条规定：不论本条或任何法律规则有何规定，在任何诉讼中，丈夫或妻子不得被迫就彼此在任何期间内有否

① 沈达明编著：《英美证据法》，第 79 页。
② 《诉讼证据条例》第 68 页。

行房之事作供。该《条例》第65条规定：如果回答任何问题或出示任何文件或物品，会导致其夫或妻就任何该等刑事罪项或就追讨任何该等罚款事宜而陷入诉讼，其妻或夫则享有拒绝回答或出示的特权。立法所以如此规定，目的在于保护夫妻之间的隐私权，并维持夫妻的感情与家庭的稳定。

2. 诉讼当事人的特权。刑事诉讼中，被告人享有反对自我归罪的特权，与之相应，民事诉讼中的当事人享有反对自我归责的特权。因为强迫任何人就自己负担民事责任作出证明，不仅勉为其难，违背常情，而且容易使诉讼程序变得武断与不公。有鉴于此，《诉讼证据条例》第65条规定："在刑事诉讼以外之任何法律诉讼中，某人有权拒绝回答任何问题或出示任何文件或物品，因若非如此则会导致其就某一罪项或就追讨罚款事宜而陷入诉讼者。"

3. 银行的特权。《诉讼证据条例》第20条第2款规定："在任何诉讼程序中，除非系由银行提出之诉讼，或他人对银行提出之诉讼，否则不得强迫银行或银行之职员将其内容可按本条之规定予以证明之银行记录呈堂或要求该员出庭作供，以便证明其内所记录之事情、交易或账目等。"但是，如果法官发出了特别命令，则该特权银行不得行使。

四、对证人的聆讯

（一）证人应当口头作证：言词审理主义

证人证言（testimony）一般应当在公开开庭上由证人以口头回答问题的方式作出。此为言词审理主义的应有之义，也为实行对抗制审判所必需。根据这一原则，审判不得书面进行，证词也不得书面提供。

但是，这一原则也有一定例外，主要有：

1. 证言在一定情形下可以在审判前用誓章（affidavit）或庭外证言笔录（deposition）的方式取得，在开庭过程中可以将它们提供出来。

2. 涉及国家秘密或商业秘密、个人隐私的证人证言，一般在法官的办公室或不公开的法庭上听取。

3. 当事人可以事先约定用誓章的形式提供证人证言。法庭可以发布命令，要求当事人在开庭时朗读誓章内容。

4. 对一些中途枝节程序事项，双方当事人可用誓章作证[①]。

何谓誓章？誓章是经过宣誓和作誓人签署的书面口供。任何一份誓章的制作，必须符合以下条件[②]：

---

① 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第307页。
② 同上

1. 说明作供者的身份和与案件的关系；

2. 声称或表明誓章内一切属实；

3. 如作供者是文盲，向作供者宣读誓章内容，并必须在誓章内声明已向作供者宣读该份誓章；

4. 由作供者在监誓官前宣誓及签署誓章；

5. 由监誓官在誓章上加签证明作供者已宣誓；

6. 尽早将誓章正本呈交法庭，副本送达对方。

如果证人希望在誓章后附加文件证据。则应在誓章中清楚指明。

（二）讯问证人的第一阶段：主要诘问

证人在宣誓或发誓后第一次受到的讯问，称为“主要讯问”或“讯问主供”又称“主讯问”或“直接讯问”。

主讯问的目的：是取得有利于传召该证人的一方当事人所主张的事实的证词。

主讯问的主持发问者：为传召该证人出庭的一方当事人或其律师。

主讯问必须遵循三条规则，即：

1. 主讯问应严格限于本案有关联性的事实；

2. 主讯问不得以诱导性问题来发问；

3. 主讯问在原则上不得以反讯问或其他方式攻击自己的证人。

主讯问不得提出诱导性的问题，以暗示或者提示证人应当如何作答，而只能提出用“是”或“否”便能答复的问题。因为引导性问题很容易使证人按照暗示作出假供。问题如果不作暗示，证人便只能按照记忆回答问题，因而便很难作假。即使证人作了伪证，也很容易露出马脚。但是，这一规则在习惯上是承认有以下几点例外的：

1. 与无可置疑的事实有关的问题，或者所涉及的并非案件中的关键事实，例如：问证人问题的目的是为了核对证人的姓名、地址与职业等。

2. 辨别已确认的人或物，例如：这个人是不是你见过的那个人？

3. 讯问敌意证人。

4. 向健忘的证人提出使他回忆起某件事的问题。

5. 在民事诉讼中，双方约定可向证人提出此类问题[①]。

从审判实践中看，诱导性问题较多地出现在民事诉讼中，因为民事诉讼中双方争议的往往不是本案的事实应当如何认定，而是本案的当事人一方或双方

---

① 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第275页；沈达明编著：《英美证据法》，第36页。

应当承担什么样的法律责任。

如前所示，禁止提出引导性问题的这一规则并非强制性规范，不是当事人双方非照此执行不可的，而是任意性规范，当事人可以通过约定不受它的拘束。因此，按照审判习惯，当事人一方提出引导性问题后，如果双方不加反对或提出异议，法庭也不主动制止或过问，即便对这类提问对方表示反对，法庭也有自由裁量权，决定是否制止证人回答此一问题。

（三）讯问证人的第二阶段：盘问

传召证人的一方当事人对己方证人主讯问完毕后，对方当事人及其代表律师可对该证人进行反讯问。反讯问也叫盘问或交叉讯问，其目的主要有三：

1．打击对方证人所作证供的效力；

2．从对方证人的口中引出对己方有利的事实；

3．向证人指出他的证供何处值得怀疑或不能令盘问者接受。

英国学者 Taglor 指出：要求证人受传召他来作证的当事人的对方的反讯问的折磨，是正当的法律程序所不可缺少的一个步骤，以便发现该证人的感觉能力、观察机会、观察时的注意程序、记忆力以及说真情的倾向[①]。

反讯问中如果要打击证人作供的效力，应当凭借手上有力的事实根据或证据，并且善于利用经验法则与逻辑规则。实践中，这方面的反讯问主要从四方面入手或展开：

1．提供一般证据，说明该证人的名声或背景是足够恶劣的，以致人们不应当相信他的证词。

2．利用逻辑力量，证明证人的证词有内在矛盾，或者前后矛盾，或者与他以前或在另案中的证词不相一致。

3．借助案件事实发生的环境、时空等因素，证明证人的观察有误，或者证人的观察能力本身并不可靠。

4．用独立的证据，证明证人对当事人一方存有偏见或者刻意偏袒。

证人的信用或可靠性受到反讯问的攻击后，传召对方当事人或其代表律师也可以通过反讯问的方式试图恢复己方证人的信用或可靠性。其方式大抵如前。

反讯问的方式与主讯问有很大的不同，后者一般不可用引导性问题发问，前者则主要是采取引导性问题发问。对于引导式的反讯问，对方证人必须作出问答。反讯问提出的问题，若涉及案件的争议事实，一般应以讯问主供的事实

① 沈达明编著：《英美证据法》，第 38 页。

范围为限。但是，法官通常不允许向证人提出令人难以作答或与本案无关联的问题。

反讯问在对抗制审判方式中具有重要的意义。它主要表现在两个方面：一方面，只有经过对方的反讯问，或者至少给予对方以反讯问的机会，一方当事人提出的不利于对方的证据才具有可采纳性。另一方面，如果对方不利用反讯问的机会对证人证言提出质疑，便可能意味着他接受对该事实的陈述。

正因为反讯问显得如此重要，证人在接受反讯问时，应当本着实事求是的原则，既要小心谨慎，又要从容应答。李宗锷法官对此总结出了 11 点，证人应当注意：

1. 保持镇静；

2. 不急不忙，不要因为别人试图强迫他迅速回答问题而匆忙起来；

3. 小心考虑问题；

4. 如果同时要回答两个问题，询问发问人应该先回答哪个问题，或先表示他要先回答哪个问题；

5. 如果对问题的意义有疑问，先请求解答疑问，再回答问题；

6. 如有可能应只是回答“是”或“不是”；

7. 除非得到指示，否则不可润饰答案；

8. 照自己的意思回答问题。就算发问者只是要求答“是”或“不是”，如果只回答“是”或“不是”会含糊不清，可以自行按照自己的意思回答问题；

9. 就算发问者表现令人反感，亦要保持礼貌；

10. 如果不知道如何回答问题，就说不知道；

11. 不要猜测答案。

（四）讯问证人的第三阶段：再讯问

再讯问是指传召证人到庭的当事人在对方反讯问后再次讯问该证人，又称“复诘”。再讯问的目的阐释反讯问中出现的证据的真正意义，力图恢复经过反讯问已经有所动摇的那一部分证言的可靠性。

再讯问应当遵循以下两条规则：

1. 再讯问应限于反讯问过程中被对方讯问过的事项，而不是重复主讯问的问题或者验补主讯问中遗漏的问题。

2. 再讯问不得提出引导式问题。当然，在主讯问中允许提出的引导式问题，再讯问时也能提出。

（五）法庭发问

无论是在主讯问、反讯问或者再讯问中，在双方当事人讯问完毕之后，法

庭均有权补充提问，而且提问的范围不受限制。

（六）再次传召证人

如果在主讯问中，讯问者遗漏了某些应当提出的问题，或者经反讯问的启示，讯问者认为有必要补充主讯问中未曾提出的事情，由于反讯问和再讯问都不会扩大主讯问的事实范围，那么，主讯问方在取得法庭许可下，可以再次传召该证人，以提供新的事实和证据。

（七）对敌意证人的反讯问

反讯问一般是由传召证人的当事人的相对方主持进行的，亦即它通常只发生在一方当事人与对方证人之间。但有时，反讯问也会发生在传召证人的当事人一边，此即在遇及敌意证人时，当事人有权对己方证人进行反讯问。

何谓敌意证人？这是在对抗制审判中，证人被分为己方证人与对方证人之时呈现的概念，意思是说己方证人作供时突然转变方向，变节而成为对方证人，所作的供词完全有利于对方，而对自己倒反而严重不利。这是传召证人的当事人所面临的突然变化，需要由该方当事人及其代表律师在讯问该证人时改变原有的立场、方法与策略，换言之，需要设定特殊的程序规则，应付此种特殊情况。这一程序便是由传召方当事人向法庭申请宣布此证人为“敌意证人”、“不利证人”或“相反证人”，并要求对该敌意证人进行反讯问，以消除对己不利的证词效力。

敌意证人的出现，大致有两种原因：其一，证人到了法庭上突然良心发现，说出了事实真相，推翻了前说，拒绝作出传召方当事人及其代表律师希望作出的假供；其二，证人与他方恶意串通，或者受到恐吓、挑唆等外在因素的影响，所以到了庭上话锋一转，作了有利于对方、不利于传召方的假供。前一种情形本属应当，传召方不具有反驳之力，只是在聆讯程序上需稍作调整；后一种情形方属“敌意证人”的典型，传召方应当要求法庭将该证人作为敌意证人对待，并按以下规定进行反讯问：

(1) 证明该证人以前曾经作出过一份与眼下所供不一致的证词。

香港《诉讼证据条例》第 12 条规定：“于进行任何诉讼时，诉讼当事人对于其所传召之证人，不得以一般性证供谓其有恶行而破坏其信誉，惟可于法院认为该证人乃属相反证人时以其他证供提出反驳，或取得法院许可后，证明该证人前此曾作出一份与其现时所供不一致之供词，惟于提出后一项证明之前，必须向该证人提及其作出该据称为供词时之有关环境，只要足以指定该特别场合便可，另亦须询问该证人曾否作出有关供词。”由此可见，传召证人一方当

事人若欲提出证人的相反供词，必须首先取得法院的许可，并且提醒该证人曾经作过某份供词。供词不一致，并不证明庭上所供肯定不确，只是对该证词的效力足有影响。

(2) 提供其他任何证据，证明证人所作供词并不正确。

这里所谓"其他任何证据"，不仅包括与案件有关联性的其他事实的证据，而且还指与该证人品行、声誉、作证动机等相关的品格证据。其依据也包含在《诉讼证据条例》第 12 条的规定之中。

第五节　举证责任

香港《诉讼证据条例》尽管未就举证责任的问题作出专门规定，但其法条中许多诸如"表面证据"、"推定"等字眼的运用，事实上便包含了立法者对举证责任问题的考虑。此外，举证责任从形式上看虽然跨越实体法、诉讼法和证据法三大法域，但其分配却始终是受实体法支配的，而举证责任的分配实是举证责任的核心。所以，某种意义上可以认为，举证责任在法域归属上是具有实体法性质的。正因举证责任属于实体法的范畴，可知在香港法院进行民事诉讼，第一，举证责任的分配应当依照国际私法的冲突规则加以确定，第二，举证责任的实体规范不具有溯及既往的效力。

举证责任在理论上被誉为民事诉讼的"脊椎"，它的程序运作事实上构成了民事诉讼的主体部分，也是其实质内容。法官掌握它，便于对诉讼双方提供有效的举证指导，恰当地行使诉讼指挥权；律师掌握它，可以帮助当事人明确何时应当就何事举证，何时可以暂停举证而静观对方举证；当事人掌握它，有利于确定诉讼是否有必要开始或答辩，是采取和解还是审判对自己更有利，以及诉讼结束后，对于执行也更能理解与配合。从举证责任的高度俯瞰诉讼进程，可见其一波三折均与诉讼结局息息相关。

大概正因其具有相当大的重要性，所以在证据法的理论上甚至法院判例的阐释上，有关举证责任问题的争论可谓纷芸复杂，见仁见智，令人莫衷一是。就其争论的要者而言，大凡有四个方面出现的频率最高，它们是：(1) 举证责任的内涵分层与定义刻画；(2) 举证责任的配置或设定；(3) 举证责任的转移与变化；(4) 举证责任的解除标志，即证明标准。以下分别就上述四个方面的问题从正统意义上作出简要叙述，之后再专门谈一下举证责任的免除问题。

一、举证责任的内涵分层与定义刻画

"举证责任"（Burden of proof）一语从形式上看，似乎单指当事人提供证据证明一项或多项事实的义务。但是这个义务究竟发生在什么层面？作用于什么领域？英国的证据学者一般认为它至少有三层含义：一是所谓"总的负担"（general burden），是指诉讼当事人证明其事实与法律依据的总的义务；二是所谓"特定的负担"（special burden），是指证明与争议有关的某项个别争执点或事实的特定义务；三是所谓"证据负担"（evidential burden），是指当事人为支持有争议的事实提供证据的义务①。第一个负担是从整个案件的高度说的，诉讼中的原告与被告在某一具体诉讼事件中所有可能承担的举证责任均由该"负担"予以概括。第二个负担是第一个负担的具体落实，是从事实的个别角度考察的举证责任。事实上，第二个负担的总和，便构成了第一个负担的外延。第三个负担是对第二个负担在动态意义上的观察，是解除第二个负担的手段。可是，第一个负担与第二个负担都是着眼于实体法层面而呈现的举证责任，它们在诉讼之初便告确定，但只是在诉讼结束之时才判断它们是否已告解除。自始至终，它们均受实体法的支配，内在于诉讼的全过程，成为当事人履行证据负担的内在动力，所以，它们又是静态意义上的举证责任概念。正是从实体法与静态意义的角度，人们又通常将前两个负担合称为"法定的举证责任"（Legal burden of proof）。由于法定的举证责任只有在当事人提供的证据足以说服事实认定者时方告解除，因而又称"说服负担"或"证明负担"。与之相适应，第三个负担也称"提供证据的负担"或者"举证负担"。

在英国证据法上，举证负担除在动态意义上表明提供证据的负担一层意思外，还有另一层意思，即当事人提供的证据足以使法官认为某项争议事实有提交陪审团认定的必要，或者说一方当事人向法官提供了足以要求对方当事人答辩的"案情"。否则，如果法官认为证据不够，即可主动的或根据对方当事人提出的"无案可答"（no case to ansuer）的申请，作出不将争议事实交给陪审团审判（有陪审团审判时）或者自己停止听审（无陪审团审判时）的决定。可见，举证负担是当事人必须提供证据通过法官这一关的负担。法官考虑当事人是否解除此一负担的标准，是看证据的数量和证据的可采性与关联性，至于证据的说服力或"分量"（weight），则由陪审团决定。由陪审团决定证据价值，对当事人来说是他所承担的另一种负担，即"说服负担"或"证明负担"。举证负担在先，其指向为法官，属法律问题的范畴；说服负担在后，其指向为陪

① 沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》，上册，中信出版社 1991 年 11 月第 1 版，第 273 页。

审团，属事实问题的范畴。举证负担未经解除，说服负担无由产生；说服负担若自始不存，举证负担则毫无必要。事实的主张者惟有同时尽了举证负担与说服负担，方能消除他在该系争事实上所存在的败诉风险。当然，同一种证据往往可以同时为两种负担服务，举证负担与说服负担究其本质而言，乃是层次不同的两种负担，是同一举证责任在不同诉讼阶段的两种要求。

二、举证责任的分配

举证责任的分配是指法定负担的分配，包括总的负担和特定负担的分配，而不存在证据负担的分配问题。因为，证据负担一般隶属于法定负担之上，而且在诉讼过程中，还有所谓的转移现象。前一原因使它的分配没有谈的必要，后一原因使它的分配没有谈的可能。

在英国证据法上，作为一般的分配原则，认为举证责任中的总的负担原则上属于那个如果提不出证据就会败诉的一方当事人，该方当事人而且同时享有发动程序的起诉的权利。显而易见，该原则的效果实际上是说民事诉讼中的原告应当承担举证责任的总的负担。

但是，所谓举证责任的总的负担由原告承担乃是一个抽象的、概括的说法，在具体的诉讼案件中，它还有进一步落实的必要。其具体反映，便是在总的负担分配原则设定之后必然提出的问题：举证责任的特定负担的分配。

举证责任的特定负担的分配由两个大的因素决定：一是实体法的规定；二是双方诉讼状辞或诉答文书的交涉。前者规定了具体案件中，双方当事人应当就哪些要件事实分担举证责任，后者则进而将双方当事人不存在争议的要件事实排除在举证责任的分配之外。其实际效果，一般认为，原告应当就作为他的诉讼原因的每一项主要因素的事实负担举证责任，被告应就其积极抗辩的事实主张负担举证责任。可是，在民事诉讼中，尽管举证责任的总的负担存在于原告一方，但特定负担则可能由双方当事人分担。

但是，上述举证责任的分配原则也有例外存在，主要有：

1. 民事诉讼中的双方当事人可以通过明示或默示的协议改变举证责任的负担。

2. 消极的事实主张一般免于举证，例如原告若主张被告违约，违约是消极的事实主张，原告难以提供证据加以证明；反之，如果由被告主张履约的事实并举证证明，则要容易得多。但是应当注意：消极事实与积极事实的分野应当自实质意义上理解，而不应当单看形式或语词表达。这是因为，当事人很容易用消极的形式表达积极的事实主张，反之亦然。

3．事物发生的盖然性大小。盖然性大的事实表明它是常见的事实，主张者有时不必举证就可以等待对方的反证；盖然性小的事实表明它是罕见的事实，主张者应当负担举证责任。

三、举证责任的转移

在民事诉讼中，举证责任能否转移？这在英国证据法理论上争议非常大。从大的方面说，研究举证责任的转移（shift）是否有意义？多数人认为有必要研究这一重要课题，但也有学者指出：主张审理中发生举证责任转移的概念没有多大用处。英国证据法学者 Heyden 即主张此说①。但从司法实践中看，搞清举证责任的转移问题还是有很大的指导意义的。

从影响较大的学说来看，有关举证责任转移的见解主要有以下几说：

1．绝对否定说。此说认为，举证责任中无论是说服负担还是举证负担，均不发生转移现象。因为说服负担是由实体法分配而来，在诉讼之初它便已确定，直至诉讼结束，它一直固定于负担者身上而不能转移。法律上的推定只是变更了举证责任分配的原则，但也是一种分配，应由主张与推定相反的事实的当事人承担说服负担。举证负担也不能转移。因为举证负担源于说服负担，说服负担不转移，举证负担也不转移。而且，如果举证者提供的证据已使法官认为“需要答辩的事实论证”已经成立，则举证负担已告卸除。在这种情形下，说举证负担已被“转移”是多余的，因为已有更加清楚的词句表达这一情况。Heyden 即主此说②。

2．全部转移说。此说为英国证据学者 Cross 主张。Cross 认为，举证责任中的两种负担都能转移。如果提供的证据分量如此之大，以致除非有答辩，就迫使事实审理者作出举证者胜诉的判决，这时便导致了说服负担的转移；如果提供的证据有一定的分量，使得事实认定者有权但不是必须作出举证者胜诉的判决，这时便导致了举证负担的转移。Cross 称第一种意义上的转移为法定转移，后一种意义的转移为战略转移。

3．部分转移说。此说认为说服负担不可转移，但举证负担则可以转移。还有的人认为，说服负担一般不可以转移，但在遇及法律上的推定时，说服负担便也发生了转移；至于举证负担，则可在纯粹的战术意义上发生转移。

4．相对转移说。此说为丹宁（Denning）勋爵提出。丹宁认为，民事诉讼中的确存在着举证“责任”的转移现象，但是所转移的不是说服负担或举证负

① 沈达明编著：《英美证据法》，第 44 页。
② 沈达明编著：《英美证据法》，第 44 页。

担，而是"暂时"责任和"最终"责任。"暂时"责任是举证负担的抽象，一方当事人卸下举证负担之时，便是对方承担自己的举证负担之始，这之间的交替，便是"暂时"责任的转移。从本质上来说，"暂时"责任转移所反映的是双方当事人在某一系争事实上证明态势和诉讼地位之优劣的变化。原告就其诉讼原因中蕴含的诸系争的要件事实全部证明完毕之后，诉讼中的"最终"责任便转移到了对方身上，对方当事人必须主张新的足以使原告的诉讼请求不能满足的事实主张，对该事实主张，被告负担说服责任。此时，从整个案件的高度来说，便发生了所谓"最终"责任的转移。可见，丹宁所谓"最终"责任的转移，实质上反映的是诉讼后果之胜败风险的转移。

对于以上诸说，现在仍是没有定论，有待于进一步探讨。

四、证明标准

当事人被分配承担举证责任后，随即便产生一个问题：当事人提供的证据在数量和质量上应达到什么程度或标准，才能宣布他得以解除举证责任？此即证明标准问题。

在英国和香港，一般公认刑事诉讼中的证明标准不同于民事诉讼中的证明标准。前者要达到"排除合理怀疑"的程度，后者则仅要求具有"盖然性的优势"即可。在这两种证明标准之间，是否还承认有第三种或中间的证明标准？英国不承认，但美国承认，此即"明确并有确信力的证明"[1]。可是，英国学者却认为，在这两种标准的内部，还有着不同的证明程度；这些证明程度随着待证事实的严重性而有所不同[2]。对此，丹宁在1951年的一个判决中有较好的表述："英国法上刑事案件需要比民事案件更高的证明标准。但必须注意民事和刑事案件都没有绝对的标准。民事法庭审理欺诈案件所要求的或然性程度当然会高于过失案件。[3]

一个有趣也有实际意义的问题是：在民事案件中主张的刑事性质的行为或事实，是适用刑事标准还是民事标准？英国的判例所持的观点前后不尽一致。大概说来，在早期，判例法倾向于适用刑事标准，但越往现代，判例法越倾向于适用民事标准。当然，目前仍有少数的民事案件要求对其事实主张适用刑事标准。比如，藐视法庭就是其中之一，因为据说藐视法庭具有准刑事犯罪行为的性质。

最后尚需提及的是，证明标准之对举证责任而言只有说服负担才谈及，至

---

① Edmund M. Morgan 著，李学灯译：《证据法之基本问题》，台湾世界书局1992年7月第3版，第50页。
② 沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》上册，第276页。
③ 同上。

于举证负担，由于它是在证据的数量、可采性、关联性等方面通过法官的责任，而不涉及证据的分量或证明力的问题，所以无所谓证明标准的适用问题。

五、举证责任的免除

在民事诉讼中，当事人按照举证责任的分配原则，各需主张其赖以胜诉的要件事实，这些要件事实，只要对方提出争议，则负担举证责任的当事人均须举证加以证明。这是一项基本的诉讼原则。但在特殊情形下，此一原则会出现例外情况，即主张者免于举证责任的承担。这些情形包括正式承认、审判上知悉以及法律推定。以下分别论述。

（一）正式承认

正式承认（formal admissions）又称裁判上的自认或正式自认，是指在诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人所主张的不利于己的事实，明示或默示作出相一致的陈述或表示。正式承认免于举证的原因在于双方当事人对案件事实不存在争议。至于为什么对方当事人会对其不利的事实主张作出正式承认，其原因有：

1. 被告承认原告所主张的事实和论点的一部分，其效果主要是缩短了审判周期，缩小了争议范围，但不一定意味着原告必然得直，被告必然败诉。诉讼的胜败要看所有案件事实的综合效果，而与个别的事实主张未必有内在关联。

2. 被告可以节省费用。因为原告胜诉后，势必会就其为证明这些案件事实所花费的律师费用等向被告追索。

3. 对于某些估计对方有充分证据加以证明的事实予以坦白承认，会给法院留下诚实、负责、可信的印象。反之，若事事均无理力争，其效果或许适得其反。

正式承认的构成必须要符合以下诸要件：

1. 必须是对具体事实的承认。习惯、法律法规、经验法则不属于承认的范畴。

2. 必须是对自己不利的事实的承认。

3. 必须是与对方的事实主张相一致的陈述或表示。

4. 这种承认必须发生在诉讼过程中并向法庭作出。

最后一点使正式承认与非正式承认区别开来。非正式承认是当事人在诉讼外作出的，它尽管可以作为反传闻规则的一项例外予以采纳，但只能当作一种证据使用。而不免除对方的举证责任。与之相反，正式承认则是单为审理之用

而作出的，并不构成证据，但可产生免于证明的效果。因此，有人说它是证据的代替物，也是“证据之王”。

正式自认既可以是明示的，也可以是默示的。明示的自认既可以是书面的，也可以是口头的；默示的自认是从对另一方当事人作出的不利于已的事实主张始终不予否认的诉讼事实中推论出来的，其效果与明示的自认同。

正式的自认可以在诉答文书或状辞中表达，也可在自认通知书或书面质问的答复中表达。当事人自己可以作出正式的自认，经过授权或推定有此授权的代表律师也可作出。

正式的自认一经有效地作出或形成，便对法院和当事人产生双重效力。对法院而言，法院应将正式自认的事实采纳为判决的依据，而不得作出与之相反的认定。对当事人而言，正式的自认一经作出，他一般便不得将它撤回。

（二）审判上的知悉

审判上的知悉又称司法认知（Fudicial notice），是指法庭无需经过调查或稍经调查就获悉并确信无疑的事实，不必要求举证便应当认定，包括众所周知的显著事实和职务上应当知道的事实。

众所周知的事实是指在一定的地域为不特定多数的一般人所知悉且信而不疑，也为法院所知悉的事实。例如：

1．年、月、日的顺序；

2．黑夜紧随白昼；

3．有些法例、条例、附例是存在的；

4．香港大学是学府[①]。。

这些事实都是日常生活中已知的事实或常识，人们对它们的存在一般不会提出疑问，因而在诉讼中主张了这些事实，便用不着多此一举，提供证据加以证明。

法院在职务上应当知道的事实也无需当事人举证。这是指法官在履行自己审判职务过程中所获知的事实，包括自己审判过的案件事实和其他法官审判过的案件事实，一般以该法官对该事实保持明确记忆的事实为限，但有时经过阅卷始得知悉的事实也包括其中。香港《诉讼证据条例》第38条对此有明文规定：“所有法院、法官、裁判司、太平绅士、法院人员及从事司法工作之专员及其他司法人员须视有关法官之签名为法院已知之事物而无庸为之举证，惟有关签名须夹附或附加于任何判决、命令、证明书或其他司法或正式文件上方

① 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第302页。

可。”

（三）推定

推定在证据法上是一个多义词，但在严格的或真正的意义上，推定应当是指根据某一事实的存在而作出的与之相关的另一事实存在或不存在的假定。这种假定与举证责任有密切关联，一方面，它能够免除主张推定事实的一方当事人的举证责任，另外一方面，它又要求对方当事人就推定事实的反面事实负担举证责任。但是，主张推定事实的一方当事人仍需就适用推定规则的前提事实或者基础事实的存在负担举证责任。可见，推定从实质上说并没有完全或绝对免除受推定之益的当事人的举证责任，而只是更换了举证命题或举证对象，从而在整体上减轻了该当事人的举证负担。

推定一般由立法或判例明文予以设立方能成立。但立法者或司法者缘何设定推定法则？其原因主要有以下几点：

1．推定的事实往往与盖然性居优势的标准相符。简言之，推定所得出的结论极可能是符合事实真相的。比如，精神正常的推定除非有特殊情况，否则总是正确的。如此，再要当事人就事物的常态进行举证，就显得无必要。

2．推定有利于节省时间，促进诉讼程序的推行。推定将事物的变态之存在的事实交由对方负担举证责任，可以避免事实认定者对毫无证据支持的变态情况浪费考虑的时间。

3．推定能够增进程序公平。因为双方当事人由于推定的存在都需要承担一定的举证责任，其诉讼地位由此趋于公平。

4．某些社会政策需要依赖推定加以贯彻。比如，出于维持所有权的稳定性的考虑，便产生了占有为所有的推定；为了保护子女的合法权益，立法者便有必要设定婚生子女的推定。

5．推定能够产生便利。比如，基于失踪 7 年所产生的死亡推定，便能够为清理并分配失踪人的财产创造便利，并能维持生活秩序的稳定。

推定自不同的角度可以有不同的分类。例如，从是否有基础事实来分，推定有直接推定和推理推定之别；从其是否基于成文法或判例法的明文规定来看，推定可分为法律上的推定和事实上的推定；从推定的结果来看，可将它分为事实推定与权利推定；从推定的效力来看，Cross 将它分为结论性推定、说服性推定、证据性推定与临时性推定；等等，不一而足。总之，英国学理上没有公认的推定分类法。[①]。但是，按照正统的分类法，可以把推定分为以下三

---

① 沈达明编著：《英美证据法》，第 68 页。

种：

1．不可推翻的法律推定。例如，知悉法律的推定；预料行为当然结果的推定；等等。

2．可以推翻的法律推定。例如，无责或无罪推定；婚姻的推定：男女外观上营夫妇生活时，推定其为适法之婚姻；正当性的推定；存续推定；对于不正行为人不正利益的推定等。

3．事实上的推定。凡事实上的推定，均为可反驳的推定，它与法律推定的差别主要有二：一是事实上的推定不是明文规定的推定，而是法官经验法则和诉讼中已知或已证明的事实作出的事实推论；二是效力不同。事实推定所赋予的是法官适用此推定的权利，他可以但不是必须作出如此推定；法律推定则要求法官必须适用此一推定。从当事人角度看，事实推定转移的是当事人之间的提供证据的责任；法律推定则改变了当事人依一般规则所承担的举证责任。

从香港有关法例与判例的规定看，以下诸例均属可反驳的推定：

1．案例有谓，父母将财物交予子女，推定为"赠送"；

2．法律信条谓，事物按常轨运作：例如交通灯或一切机器均操作正常；

3．法律信条又谓，事物反映其本质：例如一堵墙倒下，除非能证明其他外在原因，显然是该堵墙本身建造不妥；

4．有条例规定，房地产契据表面上看来签署妥当，视为已依正常手续订立；

5．有条例规定，有限公司会议记录表面上有自称是会议主席的签署，视为有效的会议记录和开会程序妥当；[①]

6．法律信条谓，凡人都推定为精神健全、有清偿能力、有良好品德品性、其行为诚实善意而不欺诈；

7．有条例规定：某人从其住所失踪7年以上，下落不明，和失踪者有利害关系的人都无失踪者的音信，推定该失踪人已经死亡。任何已婚者如指称有合理理由假定婚姻的另一方已经去世，可向法院提出呈请，请求法院推定该另一方已去世和解除婚姻，而法院如信纳确有该等合理理由，则可作出推定死亡及解除婚姻的判令。[②]

---

① 李宗锷主编：《香港日用法律大全》，第303页。
② 《婚姻诉讼条例》第26条第1、2款。

第十二章　民事诉讼证据案例选编

案例一　民事诉讼中的证明对象

案情介绍

俞某（女）与刘某（男）于1983年9月结婚，婚后感情不和。经医院检查，发现刘某无性行为能力。俞某于1993年10月向法院起诉要求离婚。法院受理本案后要求当事人提交结婚证书复印件，当事人未找到当时的结婚证，向法院表示结婚证已经遗失，法院又要当事人到婚姻登记机关开具二人结婚的证明材料，俞某认为法院是故意刁难，责问审判人员："我是要求离婚，要结婚的证明干什么？"

法理分析

民事诉讼的证明对象，是指需要证明主体依法运用证据予以证明和查实的案情，亦称待证事实。

民事诉讼的证明对象是特定的，主要包括三个方面：

1. 当事人争议的实体法律关系发生、变更、消灭的法律事实。

实体意义上的法律事实，主要有以下几类：(1) 产生当事人之间权利义务关系的法律事实。如人的出生，死亡，签订合同，立遗嘱，造成损害等。(2) 变更当事人之间权利义务关系的法律事实。如债权债务主体的变更，合同的变更，遗嘱的改变等。(3) 消灭当事人之间权利义务关系的法律事实。如履行债务，民事主体死亡，放弃继承等。(4) 妨碍当事人权利实现、义务履行的法律事实。如无效合同，行为人丧失行为能力，不可抗拒事由等。

以上法律事实，可能是原告人提出诉讼请求的根据，也可能是被告人、第三人进行答辩而提出的依据，或者是人民法院认为必须查清才能解决争议的事实。这些法律事实，都是民事诉讼的证明对象。前述案例中，当事人要求离婚，作为原告人的俞某应当证明她与被告人刘某之间存在夫妻关系，如果这种法律关系存在的事实不加以证明，离婚也就没有基础，甚至可能造成判决没有

夫妻关系的人离婚的笑话。

2．当事人主张的具有程序性质的法律事实。

具有程序性质的法律事实，是由民事诉讼法律规范所规定、能够引起民事诉讼法律关系发生、变更或消灭的事实。例如，当事人是否符合法定条件；当事人主张受诉人民法院对案件无管辖权的事实；当事人申请审判人员回避的事实；当事人申请延误诉讼期间、中止执行的事实等。

3．证据事实。

证据事实是查明民事案件事实的根据。根据我国民事诉讼法第63条的规定："证据必须经过查证属实，才能作为认定事实的根据。"查证的活动是证明活动，被审查属实的证据事实，就是证明对象。在民事诉讼过程中，如当事人对人民法院采纳的证据事实发生争议，人民法院为确定其真实性而进行的证明活动，其证明对象就是发生争议的证据事实本身。

在实际办案中，经常遇到证明对象不需证明就能断定它的真实性或已经由其他机关予以证明认定其真实性，这些事实不需再加以证明，也不影响认定案件的事实。诉讼法上称其为免证事实。这些事实可归纳为以下四种：

1．众所周知的事实。

众所周知的事实，是指在一定地区范围内，大部分人所知道的事实。民事案件中的事实，是否人所共知的事实，是否需要证明，由人民法院根据具体情况来决定。

众所周知的事实和没有争辩的事实是不同的。对当事人之间不进行争辩的某些事实，绝不能认为是众所周知的不用证明的事实。不争辩的原因，有时可能是一方对他方的主张表示同意，也可能是当事人一方不善于反驳对方提出的并不存在的理由。因此，如果把不争辩视同自认而不求证明，就可能酿成错判。所以，对双方当事人没有争辩的某些事实，如果认为有怀疑的地方，仍然要加以证明。

2．推定的事实。

推定是人民法院根据已被证明的事实而断定另一未加证明的事实是真实存在的一种推论。推定可分为法律的推定与事实的推定两种。

法律的推定，是指法律规定了一些推定的情况，法院按照法律的规定，根据已被证明的事实而认定另一未知事实是真实存在的推定。例如，我国继承法第25条规定："继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。"因此，在继承开始后，继承人没有表示放弃继承的，即推定接受继承。再如，案件受理后，原告人经法院用

传票传唤而不到庭的，即可推定为撤诉，按撤诉处理。

事实的推定，是人民法院根据已被证明的事实而认定另一事实真实存在的推定。例如，夫妻双方在婚姻关系存续期间所生的子女，在一般情况下谁都不会怀疑他们之间的亲子关系。如果夫妻双方由于离婚在亲子关系上发生了争议，那么，只要证明该子女是他们婚姻关系存续期间怀孕所生，便可推断其夫是该子女的生父。

推定的事实是不用证明的，然而推定仅是对这一事实存在的一种假定。因此，法院允许当事人提出反证来反驳已经作出的推定。例如，前述亲子关系一例，如果男方提出否认自己是生父的证据，原推定便不能成立，此时女方应举证。所以任何推定的事实都是可能被推翻的，但推定的事实未被举证推翻时，是不用证明的。

3．预决的事实。

预决的事实，是人民法院在审理民事案件中需要证明的某一事实，已被人民法院对另一案件生效的民、刑判决所确认，而不需再行证明的事实。人民法院已生效的民、刑判决，对正在审理的案件中的事实认定上的这种制约关系，叫作预决。

预决的事实，不需再加证明。例如，已生效的刑事判决确认甲的受伤是由于乙的犯罪行为所造成的。那么，在甲向乙提起的请求赔偿医药费的民事案件中，对乙致甲人身损害这个事实，便可根据已生效的刑事判决直接认定，不需另加证明。

法院判决所预决的事实之所以不需要证明，是因为在同一当事人间的同一事实关系，已经法院的民事判决或刑事判决所确认，在判决生效而又未被撤销的情况下，不能对它进行再一次审理和判决。所以，在法院解决同一当事人的另一案件需要利用这一事实时，就可以根据前一已生效的民、刑判决直接确认。因为这一事实是曾经被证明过的事实，不必再加以证明，这样对查明事实和迅速结案都是有利的。如果已经发生法律效力的民、刑判决由于某种原因被撤销，那么，以它所预决的事实所作的后一判决也必须撤销，而应重新进行审理。

4．公证证明的事实。

人民法院对经过公证证明的法律行为、法律事实和文书，应确认其效力，不需再加证明。但是，有相反证据足以推翻公证证明的除外。公证证明被推翻后，公证证明的事实也就成为需要加以证明的事实了。

【结论】

民事诉讼中需要证明的事实包括实体性质的法律事实、程序性质的法律事实和证据事实，但有些事实无需证明，包括众所周知的事实、推定的事实、预决的事实和公证的事实。

案例二　举证责任的分担

案情介绍

1、章大元与于荣山是同村农民。1994年6月23日章大元的小孩到于荣山自留地里偷瓜，被于发现并打骂。为此章大元与于荣山大吵一场。次日于荣山家养的蚕全部死亡，经鉴定是由于吃了带“敌敌畏”的桑叶，损失达4000元。于遂向本县人民法院提起诉讼，要求章大元进行赔偿，理由是章大元在他家的桑树叶上喷了药。章否认此事，要于拿出证据。于荣山说：“事发的前一天两家吵了架，当天夜里有人在我家桑树上喷药，不是章大元干的，谁会干这种事。你章大元说自己没有喷药，你应当拿出证据证明你没有干。”

2．行人王定民路过程真家门口，被程家养的狗咬伤，住院治疗花去1200元。王起诉到法院，要求程赔偿。程说：“我家的狗拴在树上，从来没有咬过人，这一次怎么会断了绳子咬了你呢？一定是你逗我家的狗，并割断了拴狗的绳子，狗才咬人的，所以王定民自作自受，责任在自己。”

法理分析

举证责任是当事人对一定的诉讼主张提供证据加以证明的责任。

关于举证责任，可以从下述关系中把握其实质。

1．举证责任与诉讼主张有着密切的关系。诉讼主张是民事诉讼当事人通过人民法院向对方当事人提出的实体权益的诉讼请求。民事诉讼中的原告、被告和第三人，在民事诉讼中，对自己的诉讼请求，或否定对方的诉讼请求，以及提出其他事实或对这些事实的否定，均负有举证的责任。在诉讼中如果没有主张的，不负有举证责任。

2．举证责任与人民法院有着密切的关系。人民法院是民事诉讼法律关系中不可缺少的一方主体，在民事审判活动中，起着组织、领导、决定性作用。民事诉讼当事人为实现自己的诉讼主张，必须向人民法院提供证据，如提供的证据不充分，在人民法院的指导下，还可以补充证据，以便人民法院作出有利于自己的判决、裁定。民事诉讼当事人向其他机关或他人提供的证据，不是举证责任的范畴，与诉讼结果无关。

3．举证责任与审判结果有一定的关系。我国民事诉讼法赋予了民事诉讼当事人相应举证责任，如果民事诉讼当事人不负举证责任、放弃提供证据的诉

讼权利，人民法院可以按照法定程序主动收集和调查证据。当人民法院也收集、调查不到证据时，即无据可查时，负有举证责任的当事人要承担败诉的风险。

承担举证责任的原则，即人民法院确定民事诉讼当事人是否应负有举证责任的标准。关于确定民事诉讼当事人在什么情况下、对什么问题等应负举证责任，我国民事诉讼法只作了原则性的规定，未作详细规定。根据立法精神，应遵循以下原则：

1. 谁提出主张，谁就负举证责任。本诉的原告，反诉的被告及申请参加诉讼的第三人，对其诉讼主张都负有举证责任；本诉的被告、反诉中的原告及第三人，反驳对方当事人提出的请求及其事实根据，同样负有举证责任。在前述案例 1 中，于荣山主张喷药是章大元所为，于对自己主张的这一事实负有举证责任，章大元对自己没有喷药的事实进行否认，不必举证。

2. 免除举证责任原则。免除举证责任，即民事诉讼当事人提出了主张，但人民法院认为民事诉讼当事人提出的主张不需提出证据即可证明主张成立，从而免除其承担举证的责任。免除举证责任的事实有：众所周知的事实、预决的事实、推定的事实和公证的事实。遇有这四种无需证明的情形之一的，可以免除当事人的举证责任。反驳以上事实的一方当事人负有举证责任。

3. 举证责任的倒置。在特殊情况下，提出主张的一方当事人对自己提出的主张进行举证比较困难，而由对方对其否认的事实进行举证更为容易，对此法律规定由后者负举证责任。这与谁主张谁举证的一般原则恰好相反，称为举证责任的倒置。根据司法解释，在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负举证责任：(1) 因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；(2) 高度危险作业致人损害的侵权诉讼；(3) 因环境污染引起的损害赔偿诉讼；(4) 建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼；(5) 饲养动物致人损害的侵权诉讼；(6) 有关法律规定由被告承担举证责任的。以上侵权案件实行举证责任倒置反映了在法律政策上对侵权行为人（在判决确定之前只是拟制性的）责任的加重。

在案例 2 中王定民是提出赔偿主张的一方，由于本案是饲养动物致人损害的侵权诉讼，他对对方的赔偿责任无需举证，而被告程真反而应当就自己不负赔偿责任的事实进行举证。如果他不能证明王被狗咬是自己的责任，那么作为动物饲养人，程真就要进行赔偿。

【结论】

民事诉讼中举证责任分担的一般原则是谁主张谁举证，但在特殊情况下当事人的举证责任可以免除或倒置。

案例三　当事人对自己提出的主张，有责任提供证据

案情介绍

原告：陈树芳，男，54岁，医生

被告：白晓琴，女，67岁，无业

被告：李平，男，37岁，工人

1991年12月9日，原告来到人民法院诉称：我利用被告之夫李河水在河西区迎春路24号的自建南房店1间翻建成铺面房3间，以解决我儿子陈志伟待业问题。但在李河水去逝后，被告二人却将该铺面房据为己有，要求人民法院依法确认该自建房产权归原告所有。被告二人收到原告的起诉状副本后，马上向人民法院递交了书面答辩状，提出河西区迎春路24号自建的3间铺面房原为原告与李河水二人合建，但李河水已付给原告部分建房款，原告同意翻建的3间铺面房归李河水所有。因此，李河水去世后该自建房应由被告二人所有，故不同意原告的诉讼请求。

人民法院对本案进行调查后，查明：1984年7月，原告与被告白晓琴之夫李河水经房管部门同意，用李河水在河西区迎春路24号院内自建南房1间翻建成自建铺面房3间。1984年10月至1986年8月，原告之子陈志伟用该房经营个体饭馆。1986年12月19日，原告与陈志伟去李河水处协商自建房归属之事，李河水给付原告自建房部分材料款及施工费800元，留下字据：今收到建房3间，由李河水付部分砖料、施工费800元整，今后房子由李河水主管。因房子问题今后没有任何瓜葛，房产权由李河水负责。并有收款人陈志伟的签字。随后原告托人将饭馆内物品变卖。1989年11月李河水病故，此后原、被告为自建房归属之事产生矛盾。人民法院认为，该自建房虽系原告与李河水二人共建，但陈志伟经营饭馆停业后，原告与李河水已商定双方合建的自建房归李河水，并收取了李河水付给的部分建房款，并有字据为凭。原告现要求将其自建房确认为己有，没有提供充分的证据来证明，不予支持。根据上述，人民法院依法作出了判决，驳回了原告的诉讼请求。

法理分析

我国民事诉讼法第64条规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。这是关于举证责任的规定。所谓的举证责任，又称为证明责任，是指民事诉讼当事人对自己提出的主张提供证据另以证明的责任。一般来讲，谁提出主

张，谁就有责任加以证明。因为当事人都是民事纠纷案件的直接利害关系人，为了胜诉，为了维护自己的合法权益，有助于迅速查明案情，及时审结案件，原、被告及第三人都应当对自己提出的主张有提供证据予以证明的责任，这也是当事人的一项诉讼权利。本案原告起诉要求人民法院依法确认河西区迎春街24号的3间自建房归己所有，就应当提供证据来证明自己的诉讼请求是有根有据的。但是，原告却没有向人民法院提供证据。为此，人民法院为了正确处理本案，在原告没有举证的情况下，对本案进行了全面、客观的调查核实，主动收集证据，查清了案件事实，并以事实为根据，以法律为准绳对本案作出了判决。这充分体现了我国民事诉讼法实行当事人举证和人民法院依职权调查收集证据相结合的原则。

案例四　当事人提供的证据必须查证属实，才能确定其效力

案情介绍：

原告：某市运动公司劳动服务公司

被告：杨进元，男，31岁，汽车司机

1992年元月26日深夜，被告违章开车造成交通事故，致使原告单位一辆解放牌卡车被撞坏，车上所运香蕉全部冻坏损失。原告修车、货损共损失3千元。但是，原告在起诉时，要求被告赔偿4千多元，并向人民法院提交了香蕉损失，修车发票等各种证据。被告在诉讼中承认上述事实，但提出在修车时被告与原告一起在汽车修理厂查看被撞汽车的损坏地方，并没有发现汽油箱被撞坏，而现原告所提供的证据中，有一张1千元左右更换新汽油箱的发票，不同意赔偿。据此，人民法院为理清案件的真实情况，查明原告所受经济损失的事实，来到汽车修理厂调查原告被撞坏汽车的实际状况及修理费用等。经过调取证据，人民法院查明被撞汽车的汽油箱并没有更换，原告提供的更换汽油箱发票与本案无关，判决被告赔偿原告经济损失3千元。

法理分析

我国民事诉讼法第65条规定："人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。"本案被告发现原告向人民法院提供的证据不属实，侵害了其合法权益，要求对原告的证据重新进行审查，这是当事人的诉讼权利。为此，人民法院到汽车修理厂调查取证，这是国家法律赋予人民法院行使审判权的一种职能，汽车修理厂应当有义务向人民法院提供被撞坏汽车修理的真实情况，不得以任何借口拒绝。另外，人民法院通过对本案证据的审

查核实，可以确定原告所提供证据的证明效力，即证据力，从而依法保护被告的合法权益，作到了以事实为根据，以法律为准绳对本案作出判决。

案例五　人民法院不能依据当事人提供的证据材料复印件，作为认定事实的根据

案情介绍

原告：秦志华，男，46岁，业务员

被告：李昌国，男，32岁，工人

被告：陈晓芬，女，30岁，服务员

原告出差常住被告陈晓芬工作的旅馆，便与被告陈晓芬相识并同被告秦志华也很熟，因被告二人系夫妻关系。1990年9月16日，当原告又出差住宿，被告陈晓芬请原告到家吃饭时向原告提出借钱5千元买车用。第二天，原告借给被告二人人民币5千元，被告二人为原告留下借据。1990年12月，原告在向被告二人索要欠款时，被告秦志华讲只能用其摩托车来抵债，否则，无钱还借款。在这种情况下，原告同意被告二人的要求，摩托车作价5千元归原告所有，被告陈晓芬从原告手中要回了5千元借条。事后，原告因驾驶摩托车被他人撞坏不能使用，便于1991年7月14日起诉到人民法院，以被告二人所写5千元借据的复印件为证据，要求被告二人还款。

但在诉讼中，被告二人承认曾向原告借过5千元钱，并给原告留下过借据，但双方之间已结清。原告却不承认被告二人用其摩托车用来抵债和双方之间已不存在债权债务关系这一事实。据此，原、被告双方各持己见，争议较大。为此，承办本案的审判人员要求原告提供借款5千元的借据原件，以便对本案事实加以认定。但是，原告对审判人员讲被告二人写给其的借据原件丢失了，仅有借据的复印件。受诉法院认为，原告提供的证据不能够直接证明被告二人欠其5千元钱，本院不能仅凭原告提供的借据复印件认定被告二人欠款事实，判决驳回原告的诉讼请求。

法理分析

民事诉讼中的证据，是指能够证明民事案件事实的客观存在，也是人民法院用以判断案件事实的主要依据。按照证据的来源，证据又分为原始证据和派生证据。原始证据是直接来源于案件情况的证据，如证人对案件事实亲自耳闻目睹所作的证言，书面合同的原本等等。而派生证据不是直接来源于案件事实，而是间接传来的，如合同的复印件、物证的照片等等。原始证据与待证事实有直接联系，其可靠性、证明力比派生证据大，易于证明案件事实的真相。

派生证据与待证事实的联系是间接的，是从原始证据派生出来的，甚至几经转手，难免有失实之处。因此，人民法院在认定案件事实时，首先重视对原始证据的收集，而当事人在提供证据时，也要力争提供原始的证据。其次，在无法取得原始证据的情况下，再运用派生证据，但要查明其来源是否可靠，并和其他证据加以印证。本案原告向人民法院提供的5千元借据这一书证，就属于派生证据，因为他是从原始证据中派生出来的，即被告写给原告借据的复印件。人民法院在被告不承认还欠原告5千元钱的情况下，不能仅凭这一派生证据就对本案事实作出认定。所以，人民法院判决驳回原告的诉讼请求，完全符合最高人民法院关于执行《民事诉讼法》若干问题的意见中第78条“证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据”的规定。

案例六　被告反驳原告的诉讼请求无证据，必然败诉

案情介绍

原告：北京市某城建支行（以下称城建支行）

被告：北京市某展销厅（以下称展销厅）

被告：宏达汽车配件公司（以下称配件公司）

1989年8月17日，被告展销厅为购买残疾人用三轮摩托车，与原告城建支行签订一份借款合同。该合同约定：城建支行借给展销厅人民币30万元，用于购进残疾人用摩托车，期限为3个月，利息按月息9.45‰利率计收，如遇国家调整利率按新规定执行。被告配件公司作为被告展销厅的借款担保人在借款合同签字盖了章。合同签订后，原告城建支行按约将30万元贷款发放给被告展销厅。被告展销厅用该笔贷款大部分购买了残疾人用的三轮摩托车，其余贷款挪作他用。借款期满时，被告展销厅分三次归还了12万元整，剩余欠款及利息迟迟不还。原告城建支行曾多次找被告展销厅及被告配件公司，要求他们还贷款，均无结果。为此，原告城建支行向人民法院提起了诉讼。

在诉讼中，被告展销厅提出，在贷款到期时，曾与原告城建支行签订过延期还款协议，但提供不出任何证据。故此，人民法院认为原告城建支行与被告展销厅之间的借款合同为有效合同，在被告展销厅不履行其还款义务时，被告配件公司作为保证人应负连带偿还贷款责任。被告展销厅以曾与原告城建支行签订过延期还款协议为依据，反驳原告城建支行的诉讼请求的理由，因证据不足，不予认定。1991年9月5日，人民法院对本案作出如下判决：1、被告展销厅、配件公司偿还原告城建支行借款18万元；2、被告展销厅、配件公司向

原告城建支行支付贷款30万元的利息及逾期罚息（于1989年8月20日起至偿还借款之日止）；3、诉讼费11956元由被告展销厅、配件公司负担。

法理分析

在民事诉讼中，作为证明案件事实的证据，必须是客观存在的事实，不能有任何主观随意性，不能为任何人的主观意志所左右，任何推测、假设、想像的情况，都不能作为证据。本案中，被告展销厅提出曾与原告城建支行签有延期还款协议，那么，作为被告展销厅来讲，有责任向人民法院提供证据，以证明自己的主张是对的。但是，由于被告对自己提出的主张，提不出任何证据，只是一种想像的情况。人民法院必然对被告展销厅的主张不予认定，判决被告展销厅和被告配件公司败诉。

案例七　原告举证不足，主张难以实现

案情介绍：

原告：高生，男，60岁，工人

被告：秦明，女，55岁，工人

被告：马娅，女，40岁，工人

原告二人与被告系邻居关系，1992年5月18日上午8时许，双方为扫院子发生纠纷，互殴中，被告将原告高生脸部抓伤，并砸坏原告家中鱼缸1个。经公安部门处理，双方达成调解协议，由被告赔偿还原告经济损失20元。后原告反悔，并称被告在纠纷中损坏原告锁边机1台，为此，原告诉至法院，要求被告赔偿经济损失80元。诉讼中，原告未能提供锁边机被被告损坏的证据，被告亦否认损坏原告锁边机。经法院调解，双方各持己见。

法院认为，邻里之间本应和睦相处，互谅互让。原、被告为琐事发生纠纷，因未能采取正确的处理方法解决，致使双方互殴，对此，双方均有责任，应当予以训诫。双方在公安部门调解下达成的协议并无不当。至于原告所述其锁边机被被告损坏一事。因证据不足，不予认定。据此，依照《中华人民共和国民法通则》第117条、第131条的规定，法院判决如下：被告赔偿原告经济损失20元（自本判决生效后7日内交纳）。

法理分析

《中华人民共和国民事诉讼法》第64条规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。……"也就是说，在民事诉讼中负有举证责任的当事人，对自己提出的主张，应该提供相应的证据。如果负有举证责任的当事人对其主张没有提供相应的证据，就要承担对自己不利的法律后果。本案中，原告自称其

锁边机让被告损坏，要求被告赔偿一定的经济损失。显然，原告对自己提出的这项主张，负有举证责任。可是，原告未能向法院提供相应的证据，那么，原告的这项主张不能得以实现便是顺理成章的事情了。

案例八　原告举证充分，产权归其所有

案情介绍：

原告：银平，男，70 岁，退休工人

被告：金海，男，71 岁，退休工人

原、被告系把兄弟关系。1954 年，原告托被告代买东房 1 间，并如数付清了购房款。因当时房主不愿意由外人购买其私房，遂由被告代办了产权过户手续，产权即落于被告名下（被告与房主系朋友）。此后，原告便住进该房，并按时将房地产税交被告之妻代付。现被告提出“我家人口多，住房紧张，要求收回东房自用。”原告不同意，诉至人民法院，要求确认产权归其所有。被告则不同意原告的主张。

经审理，人民法院认为：原、被告过去关系不错，双方所争执的东房虽系被告经手购买，产权证亦署被告姓名，但购房款是由原告支付的，购房后该房一直由原告居住至今，房地产税亦由原告按时交纳，证人也证明该房系原告托被告代为购置。原告主张确认该房产权归其所有，证据充分，应予以支持。被告提出 1 间东房归其所有，证据不足，不能认定。据此，人民法院判决：上述 1 间东房产权归原告所有。

法理分析

任何民事案件，通过调查研究，收集证据，都能够查明案件真实情况。但是，由于案件事实一般都是过去发生的，审判人员不可能在事实发生的当时了解和观察，掌握客观事实。因此，当事人对自己提出的主张，理所当然也应当提供相应的证据，否则，就将面临败诉的结局。本案中，双方当事人争执的焦点是 1 间东房产权究竟归谁所有。原告为证明该房产权归其所有，列举了大量事实，即书证，物证和证人证言，如原告交纳房地产税等。而被告手中虽然有房屋产权证，但无法反驳原告的诉讼请求。在这种情况下，人民法院判决该房产权归原告所有，证据确凿。

案例九　证人出庭作证，被告败诉还款

案情介绍：

原告：胡阿宝，男，37 岁，个体工商户

被告：于悦悦，女，34 岁，工人

原、被告经人介绍，于1992年6月相识，建立恋爱关系。几天后，被告陪原告前往严必信家索债，严必信当场偿原告2000元，原告转手将该款交由被告保管。此后，因原、被告中止恋爱关系，原告诉至人民法院，要求被告返还该款。诉讼中，被告以原告未曾将该款交由其保管为由，不同意原告的诉讼请求。后那天在严必信家做客的两名男子到庭作证说："我亲眼看见原告把2000元交给了被告，被告随手把钱装进了她的坤包里……"经法院调解，原、被告未能取得一致意见。

人民法院认为：公民个人的合法财产受国家法律保护，他人不得非法侵犯。被告将2000元装入其坤包中一事，有在场人证明，故应认定此款在被告处。原告要求被告返还该款，理由正当，证据充分，应予支持。被告否认此事，因无相应证据证明，不予认定。据此，依照《中华人民共和国民法通则》第75条、第134条第4项的规定，人民法院判决如下：本判决生效之日起3日内，被告返还原告2000元。

法理分析

我国民事诉讼法第63条规定："证据有下列几种：（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）证人证言；（五）当事人的陈述；（六）鉴定结论；（七）勘验笔录。以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。从本案来看，人民法院依据证人证言这一证据，从而认定被告应当返还原告的2000元钱。所谓证人证言，就是证人就与案件有关的事实、情节所作的陈述。证人证言一般是以口头方式表达，并按法律规定的要求证明的笔录。如果证人确有困难不能出庭，经人民法院许可，也可以提交书面证言。当然，由于证人证言要受主观、客观等原因的影响，证人提供的证言可能真实，也可能不完全真实或完全不真实，只有经过查证属实的证人证言，才能作为认定事实的根据。本案被告在法庭上矢口否认将原告交由其保管的2000元装入坤包中，但由于不仅有原告的陈述，更重要的是两位与原告无直接利害关系的证人出庭作证，印证了原告的诉讼请求是合法的。据了解，判决生效不久，被告即如数返还了此款。

案例十　一面之辞不能作为证据

案情介绍：

原告：李百中，男，45岁，干部

被告：赵齐发，男，35岁，无业

第三人：孙一粟，男，50岁，工人

1990年10月，赵齐发从孙一粟处以6500元价款购买了吉林牌110型小货车一辆，车号为北京01－37508，未到车管部门办理过户手续。1991年4月，赵齐发以7500元的价格将该车卖给李百中，价款已付清。但未经过车管部门审核批准，亦未办理过户手续。此后，因该车有质量问题及近一年未交纳养路费用，致使该车停运至今。现李百中诉至一审法院，要求赵齐发和孙一粟返还车款7500元并补偿修车费用，由赵齐发将该车收回。在审法院审理中，赵齐发辩称："李百中所讲不是事实，当时买车是李百中主动提出来的，我收取的车款是5000元，不是李百中所说的7500元。买卖早已实际成交，李百中提出反悔，还要求我负担修车费用，我不同意。"孙一粟则称："由于赵齐发迟迟不同我到车管部门办理过户手续，致使该车的养路费长期未交，车牌也被北京市养路费收费所扣留。如果最后把车退给我，我要求李百中和赵齐发赔偿一笔运营损失费。"为了保证本案的顺利审理和将来判决的执行，1992年1月，一审法院作出财产保全裁定，扣押了赵齐发的松下G30录像机1台、夏普18英寸彩电1台、金星898A录音机1台。经一审法院调解，李百中、赵齐发和孙一粟三人未能取得一致意见。

一审法院认为，根据国家有关规定，汽车买卖应到汽车交易管理部门办理过户手续。赵齐发从孙一粟处购买汽车，未到车管部门办理过户手续，系违法行为，双方的买卖关系无效，李百中与赵齐发私下进行汽车买卖，系违法行为，双方的买卖关系无效。现该车所有权并未转移，故该车应返还给孙一粟，购买该车的价款应由买卖双方相互返还，各方由此造成的经济损失，由各当事人各自承担。

案例十一　举证得当撤销一审裁定案

案情介绍

原告：栾××

被告：中国人民绵竹县支行

栾××于1993年6月7日从黑龙江省××市中国银行以"经贸大厦展厅"名义电汇5000元给绵竹县汉旺镇的女儿"兰兰"，因其填写汇款单时不慎忘了将"汉旺镇"写上，且"兰兰"被银行误译为"冬冬"，故其女儿未收到此款。经查，这笔款因无人认领由中国人民银行绵竹县支行收存。栾××与银行多次交涉无效，遂于1993年9月2日向绵竹县人民法院起诉，要求将此款项速退回汇出行，并偿付利息及从黑龙江至四川的往返车旅费。

一审法院审查认为：栾××虽持有该5000元汇款单，因收款人"冬冬"

不存在，该汇款退汇纠纷当事人应为“经贸大厦展厅”和中国银行绵竹支行。遂要求栾××提供其为该5000元汇款人的有效证明，栾××未能提供，一审法院以栾××不是该案直接利害关系人为由，裁定驳回起诉。栾××对此裁定不服，向德阳市中级人民法院提起上诉，并同时提供了“经贸大厦展厅”出具的该5000元属栾××私人汇款的证明材料。

二审法院经审理认为：栾××是该案直接利害关系人。依照《民事诉讼法》第108条第1款之规定，裁定：1. 撤销绵竹县人民法院作出的裁定；2. 指令绵竹县人民法院对本案进行审理。

法理分析

诉讼证据是指用以确认案件事实的根据。根据《民事诉讼法》规定精神，凡是能够证明案件客观真实情况的事实材料，都是民商诉讼证据。这一概念表明，诉讼证据是证据事实的表现形式，也称证据来源或证明手段，如书证、物证、视听资料等。由当事人负担收集和提供证据来支持其诉讼请求在各国民商诉讼中具有普遍意义。从审判实践来看，当事人对所主张的事实提供的证据越充分，他获得的胜诉的希望也就越大，反之，将有可能承担诉讼不利的结果。本案中的原告有明确的诉讼请求，即要求被告将5000元汇款退回汇出行，并偿付利息等。但是，在一审诉讼中却未能提供充分的有效的证据来支持其主张，以至一审法院以其不是该案直接利害关系人为由，裁定驳回起诉。原告不服，上诉于二审法院，并向二审法院提供了作为汇款人的“经贸大厦展厅”出具的证明材料。这一证据属法定证据中的书证，在法理上属于直接证据，因为这种证据能够直接用文字或符号所表现的内容来证明案件事实。本案中，二审法院对原告提供的书证，经过审查判断，确定了该证据的效力，于是，据此认定原告栾××为该案件的直接利害关系，遂依法裁定撤销一审裁定，指令一审法院对该案进行审理。

案例十二　被告举相反的证据驳回原告起诉案

案情介绍

原告：王××

被告：陈××

原告和被告均是苗鸡哺坊业主。1991年2月14日，被告到原告处赊买种蛋和苗鸡。1991年8月6日，经双方协商，被告出具了应偿付原告种蛋、苗鸡共3600元的欠条。1991年10月26日，原告向被告借人民币500元作差旅费，言明被告可在欠款中扣除。1991年12月4日，被告将欠款3100元交付给原

告，并在两位第三者在场证明的情况下，向已收款的原告要求收回被告在1991年8月6日出具的欠条。因原告称未带欠条，故被告写了“关于王××与陈××经济往来全部结清，以往欠条作废”的便条一份，并注册时间为“1991年12月4日”。原告对被告拟写的便条经阅看后签名认可。事后，原告以被告1991年8月6日所写欠条为凭，向人民法院起诉，要求判令被告清偿欠款3600元。被告则在应诉后出示原告1991年12月4日签名的便条，证明自己已还清欠款。审理中，原告承认1991年12月4日从被告处收取人民币与便条上签名属实，但辩称这笔款子系另一笔生意的，1991年8月6日欠条所称的欠款尚未清偿，且“以往欠条作废”一句系被告擅自添加。可又未能对自己的主张提供证据。法院审理认为：原告以1991年8月6日欠条为凭据起诉，被告以1991年12月4日的便条为据反驳原告之诉。在原告举不出可据以信服的证据的情况下，据此判决驳回了原告之诉。原告不服提出上诉，二审法院经审理维持了一审法院的判决。

法理分析

根据《民事诉讼法》规定，原告人提起诉讼，应对自己的诉讼主张负有举证责任，通过提供证据来证实自己的起诉事实根据。本案原告以被告于1991年8月6日出具的欠款凭据为证据，起诉要求被告偿还所欠钱款及利息。从法理上讲，原告出示的这种证据叫本证。而被告在应诉后出示了原告1991年12月4日签名的还款凭证。对原告提出的事实和理由进行辩驳性的答辩，这种还款凭证能起到反驳原告提出的本证的效果，因此叫反证。这种反证既可以证明实体权利，也可以从程序上证明原告提出的诉讼请求不能成立。被告通过反证，否定原告提出的事实和理由，达到部分抵销或者全部抵销原告的诉讼请求。本案中，原告针对被告的反证，称其由被伪造而成，但以不能提供证据来加以证明。据此，法院经审查认定，被告以1991年12月4日还款凭据反驳原告之诉成立。遂依法判决驳回了原告的诉讼请求。可见，在诉讼中，被告一方当事人如能有效地运用反证来证明其主张，就能更好地维护自身的合法权益。

案例十三　证据保全

案情介绍

上河中学教师吴然向法院起诉，提出1991年7月曾借给本校职工王祥洪1800元钱，借钱时没有写借据，但本校退休职工杨富春在场。1993年向王祥洪索还时，王拒不承认借款的事实，故要求法院判令被告王祥洪还款。吴还提出证人杨富春患肝癌住院治疗，已到晚期，要求法院尽快取证。

法理分析

民事诉讼证据保全是指诉讼开始后，人民法院调查、收集证据以前，遇有特殊的情况，人民法院根据当事人的申请或依职权，对证据及时采取一定措施，保存证据证明力的诉讼活动。

根据我国民事诉讼法第74条的规定，需要进行证据保全的情形是民事诉讼证据有灭失或以后难以取得的可能性。证据灭失，就是人民法院如不及时调查收集证据，对证据不采取保全措施，就会失去证据，经查明案件事实造成障碍。如证人因年老病重、有死亡的可能，特征有腐烂变质的可能。遇到这种情况，应提前制作证人证言笔录或录音，对物品进行勘验，否则就会失去证据。证据难以取得，指人民法院等到证据调查收集阶段再去收集、调取证据，将需要花费更多的时间、精力，给调查证据造成很大的困难或不便。比如，证人要出国访问、留学、定居、探亲等，如不提前调查，待证人出国后，需要采用司法协助的方式进行取证。

对哪些民事诉讼证据，采用什么方法予以保全，我国民事诉讼法没有作出明确的规定。审判实践中实施保全证据的方法，因不同的证据而有所不同。比如对证人证言证据的保全，应采取制作证人证言笔录或录音的方法；对物证的保全，因物品不同，采用不同的方法，可以由人民法院勘验制作笔录、绘图、拍照、录像，或保存原物；书证及视听资料，可以及时调取到法院等。

有些国家的民事诉讼法对保全的证据范围作了明确的规定，只限于对证人证言、物证可以采取保全措施，对书证没有必要保全；有的国家民事诉讼法将征得申请证据保全当事人的对方当事人同意作为民事诉讼证据保全的条件之一。我国民事诉讼法对证据保全的条件只作了原则性的规定，灵活性强，赋予了人民法院采用证据保全的较大的权利。

前述案例中证人证言是案件中唯一的证据。一旦证人死亡，证据灭失，案件也就难以处理。所以原告提出了保全证据的申请，法院应当据此尽快询问证人。

【结论】

在证据可能灭失或将来难以取得的情况下，应当保全证据。

案例十四　诉前证据保全案

案情介绍

申请人：厦门特区××贸易公司

被申请人：××远洋运输公司

19××年8月，申请人与德国五矿贸易公司签订了一份进口2000吨铝锭合同，约定起运港为巴西伊塔基港，装船期为1992年8月。该批货物由被申请人所属的“大丰”轮承运。“大丰”轮在巴西伊塔基港共装载了万吨铝锭，分别属于我国三个港口交货的近20家货主。19××年11月27日，“大丰”轮驶抵厦门东渡码头。申请人经审查其所属的两票货物提单上的装船日期，均为8月30日，均于9月8日装完，认为“大丰”轮船期过长，怀疑“大丰”轮在巴西装货港倒签了提单。申请人经上船了解，虽掌握了一些证据材料，但很难确认倒签提单的事实。因货物迟到，给申请人如约履行国内贸易合同产生了极为不利的后果，因此会承担巨大的经济损失。申请人为维护其合法权益，遂于1992年12月2日向厦门海事法院申请证据保全，要求对“大丰”轮倒签提单的行为予以确认；同时，申请人还向厦门海事法院提供了1万元人民币的担保。

厦门海事法院接到申请后，认为案情紧急，经审查申请所提供的有关证据后，认为基本事实清楚，申请人的怀疑有一定根据，于同日立案受理，并依法裁定：（一）准许申请人诉前证据保全的申请；（二）被申请人所属“大丰”轮应向本院提供该轮1992年8月27日至9月10日的航海日志及相关理货单据等；（三）被申请人所属“大丰”轮船长、大副如实回答本院的询问。

裁定书送达后，本案审判人员即开始调查取证。因“大丰”轮装运时港方未向船方提供实载图，这万吨铝锭又分属国内3个港口交货的近20家货主，故船长、大副及有关工作人员无法准确提供有关申请人所属两票货物装船时间的情况。于是，审判人员要求船长、大副提供了航海日志、工班表、装船记录、事实记录及相关的理货单据。经审查工班表、航海日志、仓库等材料，推算出了吊装速度，从而确定了申请人的两票货物的实际装船时间，一票为8月30日，另一票为8月31日，而两票货物的提单上填写的装船日期均为8月30日，可见，其中一票货物提单属于倒签提单。对此结论，船长、大副均无异议，在确认倒签提单的调查笔录上签了字。至此，申请人的申请保全的证据依法得到确认和固定。

法理分析

证据保全，是指为了避免证据灭失或以后难以取得，人民法院对诉讼证据所采取的一种保全措施。证据保全，可以由诉讼参加人提出申请，也可以由人民法院依职权进行。证据保全一般分为两种形式：一种是诉讼前的保全，主要由公证机关保全，即在民商的诉讼开始之前，当发生证据有可能灭失或以后难以取得的情形时，当事人向公证机关提出申请，由公证机关采取公证形式对证

据进行保全；另一种是诉讼中的保全，即在起诉之后，法院尚未开始收集调查证据之前，预先收集、固定、保存证据的一种措施。对此《民事诉讼法》第74条作了相关的规定。但是，在某种特殊情况下，由于情况紧急，当事人还未来得及向法院起诉，为了避免证据的灭失或以后难以取得的情况下，人民法院认为有必要，也可以依职权对证据采取保全措施。本案中出现的就属于这种特殊的情况，当事人认为"大丰"轮船期过长，怀疑"大丰"轮在巴西装货港倒签了提单。由于货物迟到，就会造成申请人在与国内合同中的违约，要承担巨大的经济损失。所以，只有采取紧急措施，对该轮上的有关人员、货物进行调查、核实，获得船方所持有的有关资料、船上工作人员的证人证言以及船上的装载情况，否则在客观状态发生变化后，就无法取得必要的证据。在申请人提供了财产担保的情况下，法院经审查立案后，比照《民事诉讼法》第74条的有关证据保全的规定，裁定准许申请人关于诉前证据保全的申请。同时，裁定还要求申请人应在裁定书送达之日起15日内向法院起诉，否则，法院将取消所采取的证据保全措施。这样做既有利于及时、有效地取得和保全有关证据，又有利于保护被申请一方当事人的合法权益，不致因采取诉前保全而使之受到损害。

案例十五　为避免证据以后难以取得，人民法院可以主动采取证据保全措施

案情介绍

原告：浙江省某县盛明企业公司

被告：刘久明，男，49岁，干部

1990年4月初，原告派业务员张峰来京购买钢材。河北来京人员王国平称可为原告联系到货源，后领张锋来到被告家中商谈此事。同年4月19日上午，原告与被告签订了委托合同，并给了被告劳务费5千元，当时，王国平也在场。被告收取原告5千元后并为原告留下字据"如厂家提供的钢材与合同不符或厂家不承认合同，所收取的劳务费由我负责全部归还。"后原告与某市第二轧钢厂因供货质量问题产生纠纷，致使原告无法履行购买钢材合同。事后，原告多次派张锋找被告索要5千元劳务费，被告只承认收取了原告500元钱，双方之间发生了争议。为此，原告向人民法院提起了诉讼，并向法庭提供了王国平见到原告给付被告5千元一事。但王国平已办好自费出国留学手续，马上就要飞往澳大利亚，无法出庭作证。于是，承办本案的审判人员为防止以后难以取得王国平的证言，依职权主动赶到石家庄市找到王国平，提取了王国平对原

告给付被告5千元劳务费的证言，使人民法院查清了案情，对本案作出了正确的判决。

法理分析

我国民事诉讼法第74条规定"在证据可能灭失或者以后难以取得情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。"按照这一条的规定，人民法院在调查证据之前，先采取某些措施，对证据加以确定和保护，叫证据保全。在审判实践中，有些证据由于时间过久或者其他原因有灭失或者难以取得的可能，比如，物证是变质肉类、水果等将要腐烂，证人已经病危或要出国等等。在这种情况下，人民法院依据当事人的申请，或者依职权可以采取证据保全措施。本案惟一能够证明原告付给被告是5千元劳务费，而不是500元的证人王国平，因出国留学使受诉法院以后难以取证。为此，人民法院依职权主动到王国平处取得证言，不仅保证了民事诉讼能够顺利地进行，而且也有效地保护了原告的合法权益。

案例十六　法院的查证职责

案情介绍

某医院从某电器厂买得一批电柜，已经付款成交。医院将电柜运回在院子里露天存放，电柜上盖了油布。一年后医院开始使用这些电柜，发现根本不能使用，遂以产品质量不合格为由，向人民法院起诉要求退货。本案在审理过程中，法院委托某检测所对产品质量进行了鉴定，确认电柜无法使用的原因是存放过程中油布漏雨导致电柜损害严重造成的，法院判决驳回了医院的诉讼请求。

法理分析

当事人的举证责任与人民法院主动调查收集证据的职责，是统一的、相辅相成的两个方面，但两者是有区别的。人民法院是国家的审判机关，根据民事诉讼法规定，它只是对于某些证据应当调查收集。

法院查证与当事人举证不同。在诉讼中，人民法院不是争议的民事法律关系的参与者，与诉讼的结果也没有利害关系，对当事人主张的事实，不存在举证责任的问题。但是，行使审判权的人民法院为了正确、合法、及时地审理民事案件和经济纠纷案件，查明案件事实真相，就必须在必要的时候主动地调查、收集、审查核实证据，这是人民法院履行职责的要求。而有争议的当事人双方是民事法律关系的参与者，双方对诉讼结果有直接的利害关系，当事人对自己主张的事实自应承担举证责任。

法院查证与当事人举证是民事诉讼中的一对矛盾。我国 1982 年的民事诉讼法（试行）与现行民事诉讼法在这方面所采取的态度是不同的。试行民事诉讼法第 56 条规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地收集和调查证据。"按照这一规定，当事人和法院都有收集获取证据的责任，这就必然导致二者在此方面的行为竞合，削弱当事人的举证积极性。因为当事人不举证只承担或然的不利后果，即如果当事人无法收集获取证据，人民法院都应全面、客观地收集、调查证据，这就足以保证"有理"的一方当事人不举证也同样可以胜诉。这样，当事人的举证责任就在立法上被虚化了。从实践看，试行法典颁布之后调查收集证据的工作由法院包揽，法院对于案件发生的全部事实详加调查，而对于当事人提供的证据材料并不予以重视，调查取证成了法院审判工作的重心。这种不重视当事人举证的做法，其结果便是变相鼓励当事人不举证，反而把功夫放在法院调查之后，他们往往是对法院收集调查的证据进行"审查"，从而形成法院调查，代理人阅卷，然后向法院提出证据不足或不确凿等问题的变态程序。"谁主张谁举证"这一诉讼证据原则在实践中完全被歪曲了。现行民事诉讼法第 64 条规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审查核实证据。"这一规定加重了当事人举证责任，将法院的主要职责定为审查核实证据，其调查收集证据的范围只限于当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据或者人民法院认为案件需要的证据。这就使应当举证的当事人不举证时的败诉风险增大了。当然，从我国的实际情况出发并借鉴外国的立法，新法典并未完全免除（也不应完全免除）法院收集调查证据的职责。因为涉及国家机密、商业秘密的材料，有关部门保存的档案材料，以及需要科学鉴定或现场勘验证据，由当事人提供客观上有困难，只能由人民法院收集调查。根据司法解释，法院在下列情况下负责调查收集证据：(1) 当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；(2) 人民法院认为需要鉴定、勘验的；(3) 当事人提供的证据有矛盾、无法认定的；(4) 人民法院认为应当自己收集的其他证据。上述案例中，法院对需要鉴定的事项即电柜的质量问题委托检测所进行鉴定，主动取证，这是必要的。

【结论】

民事诉讼中多数情况下由当事人举证，只在特殊情况下才主动调查取证。

案例十七 法院主动调查取证案

案情介绍

原告：××国际旅游总公司

被告：××友谊大厦

1991年8月6日，原告与被告签订了一份租赁合同，约定原告租赁使用被告第二、第三号展厅及A区202、203房间，年租金11万美元，期限5年。签约次日，双方又签订了一份补充协议，约定被告给予原告租金优惠，由原定11万美元变更为10万美元，原告经被告同意可在办公区内做与业务有关的广告牌等。之后，原告于同年11月将一广告牌架设在被告大厦顶楼。对此，被告当时未表异议。1992年4月中旬，被告要求原告支付的年租金从10万美元增至20万美元，遭到拒绝。同年6月3日，被告函告原告，又要求原告于同年6月28日前将大厦顶楼的广告牌拆除，逾期将予以处理。原告回函表示愿协商讨论对合同内容的调整问题。同年6月29日，被告将原告架设的广告牌拆除。同年6月30日，原告致函被告要求解决此事，被告未予理睬。于是，原告起诉至人民法院，要求被告履行合同，并将其广告牌恢复原状。

人民法院受理了此案。被告抗辩称：原告未经许可，擅自在其大厦顶楼架设广告牌，首先违约，要求解除租赁合同。双方对是否经被告同意架设广告牌一事产生争议，搞清有关的事实是解决本案纠纷的关键。为此，有关的审判人员走访了有关知情人了解原告在大厦顶楼架设广告牌的详细经过。经过调查收集审案所需证据，法院查明：原告架设该广告牌，是委托市广告公司下属施工队架设的。当时，原告用电话征询被告负责安全保卫的副总经理杨××同意，并经该大厦即被告下属的保卫部负责人签字盖章后开始施工的。（注：施工队持有被告保卫部门签发的施工证和进门证，已向法院提供。）本案在开庭审理时，被告面对法院调查收集来的事实和证据，心服口服地接受了法院的调解，使纠纷得以圆满解决。

法理分析

在民商诉讼中，充分、确凿的证据是正确认定案件的基础和保障。而要获得充分、确凿的证据，必须及时大量地收集证据。因为当事人对案件有直接的利害关系，他们在从事民商活动中对事实情况最为了解，因此，各国立法都要求当事人负有举证责任。尽管我国《民事诉讼法》强化了当事人提供证据的责任，但并未完全免除法院调查和收集证据的责任。根据《民事诉讼法》第64条规定，当事人对自己的主张有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观

原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。这一规定划清了当事人举证与人民法院收集调查证据的范围。本案中，根据当事人双方于1991年8月17日签订的补充协议，搞清原告是否当时是在被告同意的情况下架设广告牌的这一事实，是解决本案的关键所在。为此，法院依职权主动在庭审前找有关单位和个人收集、调查必要的证据。经过法院到当时承担架设广告牌的施工队调查了解，收集到了由被告保卫部门签发的施工证和进门证，以及当时已征得被告一副总经理同意的有关证据材料。在大量确凿的证据面前，迫使被告方不得不承认自己的过错，使得纠纷最终得以圆满地解决。

案例十八　技术鉴定有助于公正判决

案情介绍

原告：方力，男，52岁，干部

被告：北京市A区房管所

A区C胡同8号房屋10间是方力的私房。文化大革命期间，该房由B房管所代管，1984年落实私房政策，产权发还给方力。在方力私有的南房后檐墙和西房南山墙的南侧与B房管所管理的公房间有一条东宽西窄的夹道。1972年前后，B房管所为解决其公房低洼、院子积水问题，遂将公房翻建院内地面垫高，夹道的地面也随之填土垫高。结果，将方力的南房后檐墙及西房南山墙部分墙体埋在渣土中。1990年夏季，方力的南房后檐墙小部分倒塌，方力即找B房管所协商解决。后B房管所将该南房的后檐墙拆除并进行维修，当墙砌至1米高时，双方就该房墙体损害的原因及责任问题发生争执，B房管所遂当即停工。后双方虽经多次协商，未能取得一致意见。1991年5月，方力诉至一审法院，要求B房管所尽快将房屋修好，清除夹道内渣土，并赔偿其经济损失。在一审法院审理中，B房管所表示同意将方力的房屋继续修好，并做好防潮处理；由于清除夹道内渣土会影响公房基础，不同意清除夹道内渣土，也不同意赔偿方力的经济损失。为妥善处理此案，一审法院委托A区建设工程质量监督站对造成方力私房潮湿的原因等问题进行了鉴定，结论是："私房墙体潮湿与夹道填土有关，因夹道坡度不大、流水不畅，水泥不能覆盖夹道地面。建议将夹道坡度增大，使之流水畅通，且将南房的后檐墙砌好，做好防水处理，西房南山墙目前尚无倒塌迹象，但应做好防潮处理。"经一审法院调解，方力与B房管所就修房及做好防潮处理问题基本协商一致，至于其他问题则未能达成协议。

一审法院认为，公民的合法财产受法律保护，法人由于过错侵害公民财产的，应当承担民事责任。方力私房潮湿问题确与B房管所在夹道内填堆渣土及由此导致夹道排水不畅有直接关系。但鉴于夹道内所填渣土有其历史原因，加之该渣土清除后会影响B房管所管理的公房安全，故以不清除为宜。B房管所应积极采取措施以减少夹道内的雨雪积水，使之流水畅通。同时，B房管所对方力私房的潮湿问题也应采取防潮措施，以延长方力私房的使用寿命。对于已拆除的南房后檐墙，B房管所应恢复施工，加紧修复，以便方力正常使用该房。因B房管所停工，给方力造成的经济损失，B房管所应予酌情赔偿。1991年7月，一审法院依照《中华人民共和国民法通则》等106条第2款、第134条第6项、第7项的规定，作出如下判决：1、1991年10月15日前，B房管所将方力私有南房3间后檐墙修复，并将墙体两面做水泥沙浆的防潮处理（防潮处理自该房房基做起）。2、1991年10月15日前，B房管所将方力私有西房南山墙墙体两面做水泥沙浆的防潮处理（防潮处理自该房房基做起）。3、1991年10月15日前，B房管所将方力私房南侧的夹道坡度加大，并增加排水口。4、1991年10月15日前，B房管所在夹道南侧的公房后檐墙上加修流水槽。5、本判决生效后10日内，B房管所赔偿方力经济损失400元。

判决后，B房管所不服一审判决，提起上诉。1991年8月，二审法院作出终审判决，驳回上诉，维持原判。

法理分析

鉴定结论是民事诉讼的七种证据之一。所谓鉴定结论，是指鉴定人运用专门知识或技能对需要解决的专门事项进行鉴定后作出的结论。我国《民事诉讼法》第72条规定："人民法院对专门性问题认为需要鉴定的应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。鉴定部门及其指定的鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。"本案中，原告、被告就造成私房墙体损害的原因及责任问题存有争议，如果人民法院不指定鉴定部门对双方争议的问题及有关事项进行鉴定，一则双方将继续相互推诿、各执一词，二则人民法院要作出公正的判决，也缺乏充分的证据。可见，鉴定是必要的。为此，一审法院指定A区建设工程监督站作了技术鉴定，得出了科学的结论。当然，鉴定结论可以作为证据使用，但不能作为处理案件的唯一的或主要的根据。一审法院以此鉴定结论及本案的其他事实为根据，以法律为准绳，所作判决可以谓之"三合"，即合情、合理、合法。

案例十九　对争议物品进行鉴定，不可错过时机

案情介绍

原告：海运商店

被告：经科公司

1989 年 4 月 26 日，海运商店在北京市宣武区滨河公园向康鑫商社购买听装可口可乐 800 箱（每箱 24 听，保质期到 1990 年 3 月），并即时结清了货款 36000 元。1989 年 9 月 19 日康鑫商社被撤销，经科公司负责清理其债权债务。1990 年 3 月，海运商店向经科公司提出可口可乐存在渗露问题，要求经科公司退回 36000 元货款。经科公司以所供可口可乐渗漏原因不是产品本身质量问题为由，不同意退款。为此，海运商店将康鑫商社所供可口可乐送至北京市产品质量监督所检验。1990 年 4 月 29 日，检验所作出如下检验结论："该批铝质量拉罐存在内涂层完整性不好、针孔腐蚀等严重缺陷，造成液体渗漏。"后海运商店即以此为根据，诉至人民法院，要求经科公司返还全部货款。经科公司辩称："该批可口可乐的保质期到 1990 年 3 月，而检验所的检验日期为 1990 年 4 月 29 日，检验日期已超过保质期 1 个月，因此，检验结果不能说明该批可口可乐的保质期内存在质量问题。我公司不同意退款给海运商店。"

人民法院认为，海运商店与康鑫商社达成的购销协议为有效合同。海运商店在销售中发现可口可乐出现渗漏后，应在产品保质期内将产品送到食品监督检验部门检验。超过保质期所作的检验结论对确定产品质量已无效力。因此，海运商店以超过保质期所作检验结论为根据，认为康鑫商社所供可口可乐在保质期内存在质量问题，证据不足，不予认定。海运商店要求经科公司退还货款的诉讼请求，不予支持。故此，1991 年 10 月，人民法院根据《中华人民共和国合同法》第 3 条、《工矿产品购销合同条例》第 15 条第 1 款第 2 项之规定，判决驳回了海运商店的诉讼请求。

法理分析

鉴定结论是我国《民事诉讼法》第 63 条规定的七种证据之一。所谓鉴定结论是指鉴定人运用专门知识或技能或需要解决的专门事项进行鉴定后作出的结论。本案中，海运商店与康鑫商社签订的购销可口可乐 800 箱的合同为有效合同。海运商店在销售中发现可口可乐出现渗漏后，如果能够在产品保质期内将产品送到食品监督检验部门检验，并得出"该批铝质易拉罐存在内涂层完整性不好、针孔腐蚀等严重缺陷，造成液体渗漏"的检验结论，那么，海运商店是应该能够打赢这场官司的。然而，十分遗憾，海运商店在发现可口可乐存在

渗漏问题后，却一拖再拖，直到超过产品保质期才将部分未售出的可口可乐送至检验所进行检验，以致不能向法院提供对自己有利的证据，蒙受了较大经济损失，这个教训应当引起人们的注意。

第四编

行政诉讼证据的理论与实务

第一章 行政诉讼证据概述

第一节 行政诉讼证据的概念和范围

一、概念

证据的定义涉及当事人举证、法院调查收集和审查判断证据的范围、方向和标准，在外国证据法学和我国证据学上都是一个有争议的问题。

英国证据法学者摩菲（Mruphy）认为，证据“可以定义为能够（tend）说服法官认定某种案件事实真实或者可能的任何材料（any materials)”。在这里，“能够”一词强调的是该材料可能具有的、令人不愉快的虚假性，是案件当事人对法律和审判的不充分或者不正确的认识，正因为如此，材料必须与本案相关，必须真实，才能够说服法官认定当事人主张的事实具有真实性或者可能性。“如果某一个材料被认为是真实的、可信的和具有充分的相关性，能够说服法院，认定其为证据就是适当的。”泰勒（Thayer）认为证据是辩论之外的、辨明案件事实的方法，松冈义正认为证据是举证和调查的结果。

摩菲的定义实际上是“定案证据说”，其科学之处在于将证据与举证责任、审判活动紧密联系在一起，强调了证据的证据能力和证明力。但是，这种观点范围狭窄，不甚符合我国行政审判的实际情况。某一个事实材料如果没有证据能力，例如非法证据、不符合法定表现形式或者与本案无关的事实材料，只能是一般的事实材料，不是证据，自然应当排除在证据的范围之外。但是，具有证据能力的事实材料不一定都是定案证据。在当事人提交或者人民法院调查收集的具有证据能力的事实材料中，有的符合行政诉讼法规定的表现形式，与本案相关，真实可靠，具有证明力，能够证明案件的事实真相，属于定案证据；有的虽然符合法定表现形式，与本案相关，但是由于不真实可靠，没有证明

力，不能证明案件事实，属于一般证据。定案证据与一般证据在审查判断时应当严格区别开来，但是在调查收集时则应当全面，当事人提交或者人民法院调查收集的事实材料是否是定案证据，审判人员只能在作出判决时作出最终的认定，将证据仅仅限于定案证据，会导致审判人员先入为主，在诉讼的某一个阶段就排除了本来可以作为定案证据的事实材料。也就是说，一般证据与定案证据都是证据，其区别属于审查判断问题，而不是调查收集问题。泰勒观点的科学之处在于揭示了证据与证明的关系，强调了证据作为证明手段的作用，但是证据不是证明的唯一的手段，辨明案件事实的方法（或者手段）不限于举证和辩论，推定和司法认知同样是辨明案件事实（法律真实）的方法。松冈义正的观点则失之简单化，证据是证明的手段之一，而不是证明的结果；当事人举证和法院调查的结果应当是案件事实是否得到了证明，而不是证据本身。

在我国刑事证据理论上，有学者将证据的定义总结为十个："原因说"认为诉讼证据是确信某种事实存在或不存在的原因。"方法说"认为诉讼证据是认定某一争议事实的方法或手段，又称为"手段说"。"结果说"认为诉讼证据是对待证事实举证与调查的结果。"证明说"认为诉讼证据是依据已知之资料对待证事实的推测。"事实说"认为诉讼证据是推断争议案情存在或不存在的事实。"反映说"认为诉讼证据本身并不是客观事实，而是客观事实在人们意识中的反映。"信息说"认为对诉讼证据既不能称之为存在，也不能称之为意识，而是一种"信息"——是关于案情的信息。"综合说"认为对诉讼证据不能单纯强调一点，而应对其概念下一个综合的定义——是指那些可以被用作证明的事实和证明方法。"两义说"认为诉讼证据有双重含义，一是指借以得知有关案情事实的来源和材料，二是指借以确定有关案件情况的事实。"多义说"认为诉讼证据是一个内涵丰富的概念，在不同的诉讼阶段，或在不同的场合，使用诉讼证据的概念时，其实际含义往往不尽相同。上述各种观点都具有一定的科学性，分别揭示了证据的某些方面。

在我国行政诉讼法学上，行政诉讼证据的定义也有多种说法，但是归结起来，争议的焦点不外乎三个：第一，从落脚点来看，或者认为行政诉讼证据是一种"事实材料"，或者认为行政诉讼证据是"材料和手段"，或者认为行政诉讼证据就是"事实"本身；第二，从证据的证明作用来看，或者认为行政诉讼证据是"用来"证明案件真实情况的，或者认为行政诉讼证据是"能够"证明案件真实情况的；第三，从主体来看，或者认为行政诉讼证据是由法院或当事人提供或运用，或者认为行政诉讼证据是由人民法院收集或运用。

笔者认为，对行政诉讼证据的定义应当符合行政诉讼法的规定，符合我国

行政审判的实际需要，对当事人明确举证的范围、审判人员明确调查取证和审查判断证据的范围、方向和标准起到积极的作用。据此定义如下：行政诉讼证据是指“行政诉讼主体可以用来证明行政案件事实的材料”。理由是：

第一，行政诉讼法第 31 条的规定。该条第 1 款规定，行政诉讼证据有书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录和现场笔录八种。可以看出，行政诉讼法这一规定的着眼点是行政诉讼证据的各种表现形式，而这些表现形式的共同性是“记载某种事实的材料”，简称为“事实材料”或者“材料”。对行政诉讼证据定义的落脚点应当是“事实材料”或者“材料”，而不是行政诉讼证据的实质内容即“事实”本身。另一方面，正是因为该款规定了行政诉讼证据的表现形式，并不是所有的“材料”都可以作为证据，只有符合行政诉讼法规定的表现形式的“材料”才有作为行政诉讼证据的资格即行政诉讼证据能力。据此，当事人在举证、人民法院在调查收集证据时应当首先注意证据的形式要求，否则前功尽弃，这是笔者增加“可以”这一限定词的目的所在。

该条第 2 款规定，“以上证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据。”该款规定将一般的证据与定案的证据区别开来，属实的证据是证据，不属实的证据不是定案的根据，但仍然是证据。这种规定的科学性是，一方面在调查收集证据上要求行政审判人员全面收集一切可能证明行政案件真实情况的事实材料，不先入为主，忽视、遗漏可能有证明价值的事实材料；另一方面在审查判断证据上要求行政审判人员进行认真的甄别筛选，找出能够用来定案的证据，避免良莠不分。用“能够”一词来概括行政诉讼证据显然不符合行政诉讼法规定的精神，“用来”一词则比较准确。

关于该款规定，我国三大诉讼法的规定存在着颇有意思的区别，在这里有必要提及。刑事诉讼法第 42 条第 2 款规定，“以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。”民事诉讼法第 63 条第 2 款规定，“以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”行政诉讼法规定的特色不仅在于强调了一般证据与定案证据的区别，而且强调了“法庭”和“审查”。“法庭”一词要求审判人员在认定证据之前必须经过当事人在法庭上进行直接的辩论和质证，不得未经当事人质证就直接采纳某一个事实材料为定案证据。换言之，当事人对定案证据享有知情权和质辩权，审判人员如果直接采纳法庭之外的事实材料为定案证据，剥夺了当事人的这些权利，将构成违反法定程序。由于法庭质证主要以口头的方式进行，“法庭”一词与直接原则、言词原则和辩论原则具有一定的联系。令人奇怪的是，刑事诉讼法和民事诉讼法都没有提出“法庭”查证

属实的要求，远远比行政诉讼法宽松。笔者认为，“法庭”一词不符合行政审判的特色和实际情况，应当去除。行政诉讼证据具有很强的专业性和技术性，许多纯技术性证据不适合通过法庭辩论的方式审查，在特定的情况下，审判人员只需要经当事人在法庭之外以书面的方式质证就可直接采纳某一个事实材料为定案证据，例如鉴定结论，不加区别一律提出“法庭”查证属实的要求是不符合时宜的。在查明证据的证明力方面，行政诉讼法规定的是“审查”，而刑事诉讼 法和民事诉讼法规定的是“查证”，“审查”与“查证”的区别在于法院的作用不同。“审查”强调当事人举证的作用，而“查证”强调人民法院的调查职能。笔者认为，“审查”一词符合行政诉讼的特色，应当肯定。

第二，行政诉讼证据存在的时空范围是行政诉讼，这是笔者增加“行政诉讼”这一限定词的目的所在。行政诉讼证据是行政诉讼中的证据，时空范围决定了行政诉讼证据区别于刑事诉讼证据的特色，包括定义方面的特色。刑事诉讼法第 42 条第 1 款规定“证明案件真实情况的一切事实都是证据”，其着眼点显然在于“事实”，行政诉讼法第 31 条规定的着眼点是“材料”，对行政诉讼证据的定义当然要着眼于行政诉讼法的规定。只有进入行政诉讼过程中的事实材料才有可能是行政诉讼证据，当事人没有提交或者人民法院没有调查收集的事实材料，即使“可以用来”证明甚至“能够”证明行政案件的真实情况，也不是行政诉讼证据。

第三，行政诉讼证据的主体是当事人、人民法院和人民检察院。在刑事诉讼理论上，诉讼主体 是与诉讼职能联系在一起的概念。刑事诉讼职能分为控诉职能、辩护职能和审判职能，而承担这三种职能的职权机关和当事人是刑事诉讼主体，只有刑事诉讼主体才具有诉讼证明的资格。受这一理论的启发，笔者认为在行政诉讼中也存在诉讼主体的概念，关键的问题是如何界定。凡是与案件的裁判具有法律上的权利义务关系的都是行政诉讼主体。人民法院作出裁判，当事人和提出控诉的人民检察院受裁判的约束，与裁判都有法律上的权利义务关系，因此都是行政诉讼主体。诉讼代理人、证人和鉴定人虽然在行政诉讼证明中起着一定的作用，但与裁判没有法律上的权利义务关系，不是行政诉讼主体。在证据学上，界定行政诉讼主体的理论意义是明确行政诉讼证明的主体。正是因为与行政诉讼裁判具有法律上的权利义务关系，为了保证这个关系的合法状态，人民法院和人民检察院才应当承担证明责任，当事人才应当承担举证责任。诉讼代理人和诉讼参与人在行政诉讼证明活动中起一定的作用，但是与裁判没有法律上的权利义务关系，不承担证明责任和举证责任，不是行政诉讼证明活动的主体，当然也就不是行政诉讼证据的主体。

二、范围

根据上述定义，不符合行政诉讼法规定的表现形式的事实材料、与本案不相关的事实材料、当事人没有提供人民法院也没有调查收集到的事实材料不是行政诉讼证据。这里着重探讨非法证据和被告取证问题。

（一）非法证据——非法证据排除规则

在理论和实践中，涉及非法证据的问题有两个：一个是非法证据中“非法”的范围，另一个是非法证据可否采纳。

1. 非法证据中的“非法”

对此，学术界有三种观点。第一种观点认为非法证据中的“非法”是指程序违法，即被告行政机关通过非法程序，如刑讯逼供、无证搜查、无证扣押、无证检查、无证或者超期关押、扣留等手段调查收集的证据。第二种观点认为，非法证据中的“非法”既包括程序违法，也包括实体违法，被告行政机关未经办理有关手续调查收集的证据是非法证据，超越法定职权调查收集的证据也是非法证据。例如，工商行政管理机关无权采取人身扣留措施，在查处投机倒把案件时，如果工商行政管理机关将违法嫌疑人扣留，并在扣留过程中对违法嫌疑人进行讯问，讯问笔录就是非法证据。讯问行为是在扣留行为的过程中采取的，以扣留为条件，两者密切相关，工商行政管理机关采取的扣留措施显然无效，以该无效措施为条件所采取的其他任何措施都是非法的。第三种观点认为，非法证据中的“非法”除了包括程序违法、实体违法之外，还包括以已经取得的非法证据为线索调查收集的其他证据，例如工商行政管理机关根据非法的讯问笔录调查收集的其他证据，这种证据即便是以合法的手段调查收集的，因其与非法证据有密切的联系，本身也有“病毒”。如果将非法证据比喻为“毒树”，以非法证据为线索调查收集的其他证据就是“毒树的果实”。

笔者认为，第二种观点较为合理。证据是被告行政机关调查取证的直接结果，与调查取证行为密不可分，因此调查取证行为的违法性就是证据的违法性。从行政执法的实际情况来看，行政机关违法调查取证的表现形式不外乎程序违法和实体违法两种。行政机关超越法定职权或者违反法定程序采取调查取证措施，其违法性都最终体现在这些措施的结果即证据上，由于违法的调查取证措施转眼即逝，只有首先认定证据的违法性才能认定调查取证的违法性。在这一方面，实体违法与程序违法的效果没有什么区别，应当认为实体违法和程序违法的调查取证措施都构成证据的“非法”，认为非法证据中的“非法”仅仅是程序违法，具有片面性。

非法证据中的"非法"是以调查取证措施本身违法为前提的，如果调查取证措施本身并不违法，相应的证据也就不构成"非法"。在行政执法过程中，行政机关的违法行为不一定都涉及调查取证，不一定都是调查取证违法。例如，工商行政管理机关在释放扣留的违法嫌疑人之后进行讯问，此时的讯问便与扣留没有直接联系，可以与扣留分离开来。如果办案人员及时办理了相关的手续，相应的讯问笔录就是合法的。又如，公安机关无权处理走私案件，但是可以依法询问当事人、扣押物证、书证。公安机关的处理决定违法，但调查取证措施是合法的。海关在处理本案时，可以接受公安机关调查收集的询问笔录、书证和物证，并将其作为合法的证据使用。非法证据中的"非法"只限于与证据具有直接联系的调查取证措施本身的违法性，与调查取证措施能够分离的其他行为的违法性不构成证据"非法"。行政执法人员以非法证据为线索，采取合法措施调查收集的证据，是合法的证据，毒树的果实不一定有毒。

基于上述分析，笔者认为，非法证据是指行政机关违反法定程序或者超越法定职权采取调查取证措施所获得的事实材料。

2. 非法证据可否采纳

行政机关可否采纳非法证据？人民法院可否采纳被告提交的非法证据并将其作为审查被诉具体行政行为的根据？这在理论上和实践中都是有争议的问题。

美国联邦最高法院的探索发人深思。1984 年以前联邦最高法院对非法证据持否定态度，但是在 1984 年的一个驱逐出境案件中认为行政机关不受非法证据排除规则的限制，可以采纳非法证据。理由有四个：首先，驱逐出境案件属于民事案件，不适用刑事诉讼中的非法证据排除规则。"驱逐出境诉讼的目的是确定居留于本国的权利，而不是惩罚非法入境行为，因为非法入境或者滞留行为本身就是犯罪；因此，驱逐出境诉讼是纯粹的民事诉讼。驱逐出境听证程序的重要性是审查原告是否在以后还享有留在美国的权利，过去的行为只有在与其将来的权利有关的情况下才予以考虑。……移民法官的惟一权力是作出是否驱逐出境的裁决令，移民法官无权认定犯罪或者以非法入境和滞留为由处罚原告。与驱逐出境案件的民事性质相适应，适用于刑事审判的各种保护不能适用于驱逐出境行为，而是结束违反移民法的状态。"其次，非法手段与证据的证明力没有必然联系。"如果非法的、无证逮捕行为与证据之间的联系不太薄弱，那么作为该非法行为的结果而获得的陈述和其他证据就具有强迫性。"但是在民事诉讼中，这种联系是非常薄弱的。再次，排除非法证据的成本大于其收益。"关键的问题不是选择，而是权衡排除非法获得的证据所产生的社会

收益和成本。”在刑事诉讼中，非法证据排除规则有利的一面是“抑制警察将来的非法行为”，不利的一面是“经常丧失有证明力的证据以及由此而导致的裁决不准确或者更为繁琐”。“排除规则可能对‘跨职权’（intrasovoreign）的违法行为最有效。”在本案中这种非法手段没有传染性，因为“在本案中影响非法逮捕的行政官员与后来提起驱逐出境诉讼的官员是一个人”。最后，在特定的情况下，行政机关无法通过合法手段调查收集证据。“移民局实施逮捕的环境非常拥挤和混乱。尽管移民局的官员被指示遵守充分保护宪法第四条修正案权利的程序，这些官员通常也只能证明他们遵守了移民局的程序规则。要求详细而又准确地记录每一个逮捕的具体情况实际上会使移民局不能实施集体逮捕，特别是在面临经常出现的大量的非法入境者时。”

联邦最高法院认为，下述因素严重降低了非法证据排除规则在驱逐出境案件中的威慑价值。“第一，无论逮捕的影响是什么，如果从逮捕之外的其他途径获得的证据足以支持驱逐出境裁决，驱逐出境仍然是可能的。第二，这是一个实用的因素。移民局平均每年逮捕500名非法入境的外国人，……其中有97.5%的人看起来都同意未经听证而自愿出境。……在剩下的要求举行听证的人中，……攻击逮捕合法性的人又寥寥无几。……因此移民局的每一个官员都认为，被逮捕者下决心在正式程序中攻击逮捕合法性的可能性是很小的。即使例外情况出现，实施逮捕的官员的行为方式极有可能违反正式驱逐出境听证程序中的排除规则。第三，也许是最重要的，移民局自己具备防止所属官员违反宪法第四条修正案的制度。……为了保护在检查现场的当事人的权益，移民局形成了一系列限制停留、讯问和逮捕方式的规则。……新的移民局官员都接受了有关宪法第四条修正案的培训和考核，其他人也都定期接受新的法律课程的培训。……根据司法部的政策，通过有意的非法行为而获得的证据应当在该非法行为所在的程序中排除。……移民局还具有调查的程序规则，以及惩罚违反宪法第四条修正案的官员的程序规则。……移民局对宪法第四条修正案利益的重视虽然不能保证消除宪法上的违法行为的发生，但是却极大地降低了排除规则的可能的威慑价值。……第四，排除规则在驱逐出境案件中的威慑价值被有关移民局违反宪法第四条修正案的其他救济途径所冲抵。移民局是一个单独的行政机关，处于联邦政府的控制之下，其活动范围虽然广泛，但是具有高度的重复性。撤销移民局的裁决将会提供攻击移民局整个实际做法的事实，如果原告具备提起这种诉讼的原告资格的话。……基于这些理由，我们认为在移民局的驱逐出境案件中适用非法证据排除规则，……不可能提供重要的、具有实际意义的或者其他的威慑。……尽管保护每一个人的宪法第四条修正案的权利是

重要的，但是据此不能令人信服地认为在驱逐出境案件中适用排除规则会对最后的结果具有什么实际作用。”

联邦最高法院接着指出，“在驱逐出境案件中适用非法证据排除规则所造成的社会成本却是不寻常的和重大的。第一个成本是对法律的继续违反。在其目的不是惩罚非法入境行为而是制止该行为的继续和发生的案件中适用非法证据排除规则实际上就是要求法院对持续的违法行为睁一只眼闭一只眼。以前法院是从来不接受排除规则的这种成本的。……原告未经登记就进入我国，已经构成犯罪。在我国境内将其释放会直接使其受到刑事处罚；而且，将其释放明显违反我国的反对外国人未经登记就入境的紧迫的公共政策，而这不是威慑违反宪法第四条修正案行为应当产生的后果。……如果有关的犯罪行为涉及到非法入境，犯罪人可以获得自由，但是他不能在我国的境内获得自由。”另外，“其他的因素也反对在驱逐出境案件中适用非法证据排除规则。近年来移民局建立了一个认真而又简易的驱逐出境听证制度，其目的在于迅速处理驱逐出境案件。接受排除规则所造成的成本与这个目的相冲突。关于适用排除规则所造成的成本，如同收益那样，也必须从这个角度予以考虑。每个移民法官平均每天主持六个听证案件，……无论是法官还是政府律师都不可能精通繁琐的宪法第四条修正案。……移民局的官员平均每年要处理一百多万件非法入境案件。每一个移民局官员在每一天都有可能逮捕许多非法入境的外国人。虽然沉重的调查任务并不足以成为忽视违反宪法行为的理由，但是，也不可能要求移民局官员绝对地认真细致，耐心沉着，详细记录每一个逮捕的具体情况。实际上移民局官员仅仅简单的制作‘可能驱逐出境的外国人记录’，以此在听证程序中作为移民局作出裁决的根据；移民局官员在绝大多数情况下都不必参加听证。有关违反宪法第四条修正案的听证显然会要求更为细致的考虑，但是这给执行移民法所造成的负担却是严重的。”移民局认为，如果在驱逐出境案件中适用非法证据排除规则就会使大量的已经获得的材料完全无效。

联邦最高法院最后认为，“从所有的情况来看，移民局已经采取了威慑其所属官员违反宪法第四条修正案的谨慎的和合理的措施，这使非法证据排除规则的威慑价值微乎其微。将排除规则适用于 民事驱逐出境听证程序所造成的成本却是巨大的。特别是在本案中，适用非法证据排除规则就是强迫法院释放原告，而原告因此得以通过持续的、非法的入境行为继续犯罪。”

关于非法证据是否可以采纳，我国行政诉讼理论界存在着采纳说、排除说、衡量采证说、例外说。

采纳说认为，应当将调查收集的方法与证据本身区别开来，非法证据如果

具有真实性和相关性，对案件事实具有证明作用，应当采纳。理由是：第一，采纳非法证据是客观真实的要求。与实事求是的哲学观念一致，在诉讼证明方面我国奉行客观真实原则，而非法证据能够证明行政案件的真实情况。人民法院应当将调查收集证据的方法与证据本身区别开来。证据本身对行政案件事实的证明作用取决于其表现形式、相关性和真实性，非法手段与这三个要求形成或者违反没有必然因果关系，被告行政机关通过合法或者非法手段调查收集的证据都可能符合行政诉讼法规定的表现形式，具有相关性和真实性，从而对行政案件事实起到应有的证明作用。如果非法的调查手段影响了证据的表现形式、相关性和真实性，人民法院可以通过审查判断活动予以甄别和排除，但这是审查判断问题，而不是采纳与否的问题。第二，排除非法证据的成本大于收益。刑事诉讼主要涉及公民的生命权和人身自由权，而行政程序和行政诉讼主要涉及公民的财产权和除生命权、人身自由权之外的其他人身权，其严厉程度比刑事诉讼低得多，因此在行政诉讼中排除非法证据的价值远比刑事诉讼低，非法证据排除规则对行政诉讼没有严格适用的动因。就行政诉讼本身而言，排除非法证据可以促进行政机关依法行政，严格遵守法定程序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益，但是人民法院完全可以通过其他途径促进实现这个目的。如果查明行政机关采取非法手段调查收集证据，人民法院可以提出司法建议，要求行政机关处分有关的公务员。非法手段是由公务员具体实施的，通过处分公务员，不仅仅可以促进行政机关依法行政，逐步杜绝非法证据的现象，而且可以从根本上保护公民、法人或者其他组织的合法权益，效果好得多。如果人民法院不分青红皂白，一律排除能够证明行政案件真实情况的非法证据，作出撤销判决，就会严重损害行政管理活动的效率性和连续性。行政机关为了实现法定的管理秩序，只能重新启动行政程序，再一次投入时间、人力、物力和财力，而调查收集的结果不过是同样内容的证据，这无疑增加了行政管理活动的成本。我国的行政经费非常紧张，捉襟见肘，增加成本只能使这种现实情况进一步恶化，使行政机关无法进行正常的管理活动。如果非法证据是事后难以取得或者不能取得的唯一的证据，行政机关只能放弃管理活动，从而使公共利益和当事人的合法权益遭受重大的损失。采纳非法证据的成本可以通过司法建议的方式得以避免，而排除非法证据的成本却不能恢复。正是从这一点来看，排除非法证据的成本大于收益。第三，行政诉讼法没有明确规定排除非法证据。该法第 31 条仅规定了行政诉讼证据的八种表现形式，以及用来定案的根据必须经过法庭查证属实，并没有明确规定排除非法证据。据此，只要非法证据符合行政诉讼法规定的表现形式，人民法院就应当采纳；如果还

具有相关性和真实性，即经查证属实，人民法院就应当作为定案的根据使用。

排除说认为，人民法院不能采纳非法证据，如果被告行政机关采纳非法证据作为定案的根据，人民法院应当以主要证据不足为由判决撤销被诉具体行政行为。理由是：第一，排除非法证据是贯彻依法行政原则、实现行政诉讼监督任务的需要。人民法院只有坚持非法证据排除规则，才能形成对行政机关的威慑力量，督促行政机关切实遵守法律。如果人民法院采纳非法证据，就会使行政机关无后顾之忧，纵容行政机关违法，不利于或者不能实现监督行政机关依法行使行政职权的任务。第二，是实现保护公民、法人或者其他组织合法权益任务的需要。行政机关采取非法手段调查收集证据，不但侵犯了公民的人身权、财产权等实体权利，而且侵犯了公民的程序权利。采纳非法证据不能彻底纠正行政机关的错误，客观上不利于保护公民的合法权益。第三，采纳非法证据有损于人民法院的形象和威信，不利于我国行政诉讼的发展。作为审判监督机关，人民法院应当严格执行法律，如果采纳非法证据，实际上是接着违法，会在老百姓心目中造成“官官相护”、“命在天、理在官，民告官、告不翻”的不良印象。在我国，公民提起行政诉讼具有很大的难度，如果人民法院采纳非法证据，就会挫伤公民寻求司法救济的积极性。

衡量采证说认为，采纳说和排除说是两个极端，在实践中难以贯彻，符合时宜的方案是由法官根据案件实际情况进行裁量。法官裁量的主要标准是调查取证行为违法的程度、案件的社会影响以及采纳非法证据的成本等等。只有根据案件的实际情况确定是否采纳非法证据，才能保证行政审判的社会效果。

例外说认为，首先应当肯定非法证据排除规则的普遍适用性，在此基础之上方可确立一些例外。笔者认为例外说可取，理由是：第一，排除说和采纳说是两个极端，在实践中难以实行。非法证据排除规则在美国经过上百年的发展，至今仍然适用，说明该规则具有一定的科学性和合理性，不能完全否定。行政机关必须按照法定的程序调查收集证据，通过引诱、胁迫等非法方法调查收集证据，实际上是对依法行政原则的违反，因此人民法院一旦查明行政机关收集到的证据是通过非法方法取得的，应当予以排除。但是，对于行政机关非法取得的证据，如果全部予以排除，可能会放纵违法分子，既不利于保护公共利益，也不利于保护其他公民的合法权益，可能引起社会的强烈不满，最终会给人民政府的形象造成不可弥补的损失，因此应当在肯定非法证据排除规则的基础上确定一些例外。第二，衡量采证说在实践中难以执行。衡量采证说虽然兼顾了排除说和采纳说的优点，但是在如何“衡量”这一问题上却难以做到细致入微。同一个非法证据，在某一个案件中是可以采纳的，而在另一个案件中

却不能采纳；行政机关经过权衡认为是可以采纳的，而人民法院却认为不能采纳，这在实践中必然引起分歧和混乱，从而影响行政审判和行政管理的顺利进行。另外，非法证据的排除和采纳属于证据规则，具有立法性质，我国不实行判例法制度，判决没有一般性，人民法院通过个案判决确立非法证据的排除规则是不适当的 。第三，借鉴美国的经验。美国 1791 年宪法修正案（权利法案）第 4 条规定，“人民保护其人身、住所、文件和财产不受无理搜查的权利，不可侵犯。……但有可能的理由，有宣誓或者郑重的声明确保，并且具体指定了搜查地点、拘捕之人或者扣押之物的除外。”联邦最高法院据此在 1885 年 Boyad v. U. S. 案中首次确立非法证据排除规则，在 1914 年的 Weeks v. U. S. 案中最终确立了该规则，在 1954 年的 Mapp v. Ohio 案中以平等保护为由要求各州适用非法证据排除规则。严格执行非法证据排除规则有利于督促警察机关遵守法律，保护人权，但是也会挫伤警察机关打击犯罪的积极性和力度，在一定程度上也损害了美国司法的形象。在这种情况下美国联邦最高法院与 1984 年确立了两个例外，即“最终或者必然发现的例外”和“善意的例外”。非法证据排除规则在美国的松动，一方面说明了该规则的科学性，另一方面也说明僵硬地执行该规则在实践中是不可行的。联邦最高法院之所以在移民局案件中放弃非法证据排除规则也是出于同样的原因。基于上述理由，笔者认为，可以确立为例外的情形有：(1) 书证、物证。书证和物证具有不可替代性，如果排除，将使行政机关无法定案，从而给公共利益造成巨大的损失。另外，书证和物证具有客观性，调查收集手段是否合法对其真实性和相关性没有什么影响，这是书证和物证与证人证言、当事人陈述、视听资料等主观性证据的主要区别所在。据此，人民法院在审查判断证据时如果发现被告行政机关在调查取得书证或者物证时缺乏必要的形式或手续，只要经审查其内容真实无疑，不予采纳会给公共利益造成严重损失或者造成不良社会影响的，即可以责令被告行政机关补办手续。(2) 行政机关通过合法手段同样或者最终可以获得的 证据。这种证据，即使人民法院排除，被告通过合法手段同样可以再一次调查收集，实际上造成了重复“劳动”，不但对提高行政效率、简化行政手续不利，而且对保护公民的合法权益、严肃行政执法也没有切实的意义，排除这种证据弊大于利。人民法院在审查判断这种证据时，可以责令行政机关补办有关的手续，然后将其作为定案证据使用。

（二）被告的取证——行政案卷排除规则

被告在行政诉讼中补充调查的事实材料是否可以作为支持被诉具体行政行为的证据？人民法院是否可以采纳其为行政诉讼证据？这是我国行政执法和行

政审判中一个亟待解决的问题。

行政诉讼法第33条规定，"在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。"据此，被告未经人民法院许可，擅自向原告和证人调查收集的事实材料，人民法院不能采纳，这在理论上和实践中都没有什么争议。但是，由于该条规定的"自行"二字，加上第34条第1款规定，"人民法院有权要求当事人提供或者补充证据"，实践中一些法院认为，被告按照人民法院的补充证据的要求调查收集的事实材料可以作为行政诉讼证据采纳，用来支持被诉具体行政行为。被告也以经人民法院许可为由，认为在诉讼过程中补充调查收集证据以支持被诉具体行政行为是名正言顺的。

笔者认为，这种做法是对行政诉讼法规定的一种误解。按照"先取证后裁决"原则，被诉具体行政行为的合法性只能由该行政行为作出当时的证据证明，被告在作出被诉具体行政行为之前应当调查收集到足够的证据，在此之后，不需要也不能调查收集证据。如果被告在具体行政行为作出后还需要补充调查收集证据，恰恰说明其在行政程序中的调查取证工作做得不扎实。又根据行政诉讼法第32条的规定，被告为履行举证责任所提供的证据必须是作出被诉具体行政行为的证据和规范性文件。因此，无论是证明被诉具体行政行为的合法性，还是履行举证责任，被告都只能提供作出被诉具体行政行为之前获得的证据。反过来说，被告在被诉具体行政行为作出之后调查收集的事实材料，无论是否得到了人民法院的准许，对被诉具体行政行为的合法性来说都不是（行政诉讼）证据。

要准确理解这个问题，还必须正确处理行政诉讼法第32条、第33条、第34条第1款和第51条规定的关系。第51条规定，"人民法院对行政案件作出判决或者裁定之前，原告申请撤诉的，或者被告改变其所作的具体行政行为，原告同意并申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。"在证明被诉具体行政行为合法性方面，前三个条文的意思是一致的，即：被告补充调查的事实材料不是行政诉讼证据；被告只能提供、人民法院也只能要求被告补充提供被诉具体行政行为作出之前的证据；被告不得自行调查收集、人民法院也不得要求行政机关补充调查收集事实材料，并将其作为行政诉讼证据采纳。在被告改变被诉具体行政行为方面，后三个条文的意思是一致的，即：只有被告根据第51条的规定改变被诉具体行政行为的，人民法院才能允许行政机关补充调查收集在作出被诉具体行政行为时没有获得的事实材料，并将其作为行政诉讼证据采纳。

据此可以认为，被告取证只能是修正性的，而不能 是补充性的。被告只

有出于变更被诉具体行政行为的需要，才能在行政诉讼过程中取证，人民法院也才能允许被告取证。除非为了修正被诉具体行政行为，被告在具体行政行为作出之后补充调查收集的事实材料应当排除，既不能作为行政证据，也不能作为行政诉讼证据。

接下来的问题是：如何确定具体行政行为的作出时间？在这里，有办案人员拟定处理意见之后交付主管领导批准、送达、行政复议程序结束、相对人起诉以及人民法院受理起诉等等多种方案可供选择。朱维究教授认为，具体行政行为的作出时间应当以行政复议程序结束为限，因为在行政复议结束之前，具体行政行为仍然处于“行政执法”阶段，行政机关至少享有在交付主管领导批准、送达相对人前和行政复议阶段三次修正自己错误的机会。如果行政机关错过这三次机会，说明行政机关没有严肃对待行政执法，人民法院在行政诉讼中判决撤销具体行政行为是理所当然的。笔者认为，具体行政行为的作出时间应当以行政程序最终结束的时间为标准。这个时间应当是人民法院受理起诉即立案之日，人民法院受理起诉具有诉讼系属的法律后果，行政程序到此最终结束，行政机关从此具有被告的身份，只能通过诉讼的手段而不是行政的手段纠正错误，被告进行诉讼活动应当听从人民法院的指挥，不得擅自调查收集证据。在此之前，行政机关都享有自行修正其具体行政行为的权利和条件，因此可以调查收集证据，以改变具体行政行为。这种行政机关改变自己的具体行政行为需要证据，这种调查取证的性质是“修正”，而不是“补充”。因此，具体行政行为的作出时间应当理解为行政程序最终结束、具体行政行为在行政程序最终确定的时间，即人民法院受理起诉的时间。恰恰在这一时间之后，行政机关才具有了行政诉讼被告的身份，方才谈得上“被告取证”问题。

然而，关于被告取证问题的探索不能就此结束，排除被告的补充取证仅仅是行政案卷排除规则的一个方面，另一个方面是保护当事人的知情权和质辩权。美国 1984 年的一个案件耐人寻味。该案的案情是：原告是某个面包公司的销售工人，于 1978 年因一次车祸背部严重受伤。车祸发生之后，原告至少动了三次手术。1980 年 1 月 4 日原告申请残疾人补助，被驳回。原告要求进行听证，行政法官于 1981 年 2 月 27 日进行了听证会，裁决驳回原告的补助请求。原告申请复议，上诉委员会作出维持决定。原告不服提起诉讼。上诉法院查明，行政法官所收集的大量的证据都证明原告因其背部的问题没有能力从事营利性的工作，部长的医学顾问也证明原告背部的疾病相当严重。在医学顾问作证之后，行政法官说，认定原告提出的理由比较困难，需要进一步作细致的考虑。在原告及其律师离开听证庭时，行政法官决定跟着他们观察。行政法官

惊奇地发现原告快速穿过街道，没有使用拐杖，在进入汽车时也没有明显的困难和犹豫。行政法官根据这些情况认定原告的疾病没有原告所说的那样严重，应当驳回原告的补助请求。原告通过其律师向法庭提供了一份宣誓证书，证明原告走出法庭和穿过街道的步伐没有那么轻快，如果不使用拐杖原告不可能走出法庭，律师开车把原告送回家的过程中，原告一直叫喊背疼。上诉法院认为，“行政法官在听证过程中观察原告并且根据观察的结果作出有关原告疾病严重情况的认定结论是不适当的。……行政法官越过了法官和陪审团的角色，成了一名证人，……行政法官作出原告不是残疾人的结论的根据在记录之外，在法庭之外又没有提及。在这种情况下，行政法官就变成了一个有关事实的证人，其人格可靠性也产生了问题。……不但如此，根据自己的‘证言’，行政法官的认定结论与医学证据相冲突，必须告知公共福利部部长这是重新进行听证的原因。”上诉法院据此作出了撤销判决。

该案是美国“行政案卷排除规则”（exclusiveness of administrative record rule）典型体现。根据案卷排除规则，行政机关作出处理决定既不得以行政案卷没有记载的任何材料为根据，也不能以虽然记入案卷但未经当事人质辨的材料为根据。本案属于后一种情况。听证主持人在听证结束之后对当事人所观察的情况，未经当事人质证，在案卷排除规则的适用范围之内。行政机关以这样的事实材料为根据作出处理决定显然违反了行政案卷排除规则。该案给笔者的启示是，美国法院比较注重保护公民的行政程序权利，我国人民法院更应当注重保护公民的行政程序权利。出于保护公民行政程序参与权的需要，行政诉讼被告在作出具体行政行为之前调查收集的事实材料，如果未经相对人口头或者书面质辩，不得作为具体行政行为的定案证据。美国法院确定行政案卷排除范围的标准有两个：一个是行政机关作出处理决定的时间，另一个是是否经过了当事人的质证。违反这两个标准的事实材料均属于排除之列。这一点对我国行政执法尤为重要。

第二节　行政诉讼证据的特点

一、行政诉讼证据不受传闻证据规则的限制

英美法系素以其源远流长的证据法为特色，而有关传闻证据的普通法规则更是独占鳌头，堪称证据法的代表。在绝大多数英美法系国家证据法学著作

中，有关传闻证据规则的论述几乎要占证据三分之一的篇幅。威格摩尔称传闻证据规则是“盎格鲁——美利坚证据法最有特色的规则，与陪审团审判制度一样，倍受珍重，是对世界的有关诉讼技术和现实法律制度的杰出贡献”。然而，这一为证据法学家如数家珍般着重和殚精竭虑探讨的传闻证据规则却对法官审判的案件不适用，对行政机关的行政程序和行政诉讼更是不适用。在行政程序中，行政机关可以采纳传闻证据；在司法审查中，法院同样可以采纳传闻证据。

英美法系国家的行政法学者在论述行政证据的特点时，往往从传闻证据规则对行政证据的不适用性入手，揭示行政证据的特点。看来，深入分析传闻证据规则，不仅仅有利于认识行政证据和行政诉讼证据的特点，而且也有利于了解英美法系国家行政法学者的研究成果。

（一）传闻证据规则的产生

传闻证据规则是在英美法系国家陪审团制度和对抗式审判制度的基础上逐步建立起来的。

英国的陪审团制度发端于十三世纪和十四世纪。在有案件发生时，主管地方事务的公共官员就在当地挑选了解案件事实，有威望并且熟知地方传统的居民作为陪审员。审判程序由该公共官员主持，陪审团成员根据自己在进入审判程序之前就已经了解的案件事实和一般知识对案件的事实问题进行裁判。就案件事实而言，陪审团成员本身就是证人，在被挑选出来以前，证人和陪审团成员之间并没有明确的界限。“我们可以——如果愿意——称古时的陪审团成员为证人。但是，在更早以前的十三世纪，他们不是或者很难被认为是目击证人(eye-witness)。”所谓证人，从其证明案件事实的职能来看，不过是陪审团这一审判组织的延伸，以自己知道的情况帮助陪审团成员查明和认定案件事实而已。由于陪审团成员一经挑选就不再变动，有人因此认为，陪审团成员是稳定的证人，而一般的证人是“临时”证人。

尽管如此，陪审团成员与一般的证人之间仍然存在着严格的区别。一般的证人作证仅仅是向陪审团成员如实地陈述自己所亲身感受到的情况，不能对这些情况表明任何意见或者看法，而陪审团成员则必须根据自己的知识和能力辨明案件的事实真相。“这就是说，陪审团成员可以以所知道的任何情况为根据形成自己的意见，由于自己对事实判决承担责任，陪审团成员可以以任何方式行事，并以此为基础作出可以被称为认识（knowledge）的判决；而证人则不能这样做，否则就会被阻止。证人不能说他们‘认为’（thought）什么，或者‘相信’（believed）什么，或者从其他人那里听说了什么，更不能从我们现在

所称的情况证据中作出推断。”因此，一般的证人仅仅履行作证的职能，而陪审团成员除了对案件事实“作证”之外，还担负着调查和认定案件事实的职能。由于陪审团成员自己所了解的事实并不完全，他们还需要其他知情人的帮助，为此必须进行法庭之外的调查活动，履行调查职能。陪审团成员调查的方式并不正规，陪审团成员与证人的接触方式多种多样，既可以是公开的，也可以是秘密的；既可以在法庭之外，也可以在法庭之内。根据自己已经知道和事后了解到的情况，陪审团成员独立地作出事实判决，履行认定案件事实的审判职能。陪审团成员对其认定结论承担责任，在审查判断证据的规则方面没有什么限制。“实际上，陪审团成员在被传唤之后，其职责就是去调查他们如果被审判就会对法院说的那些事实。他们必须调查收集证据，必须对证据进行权衡，并在事实判决中表明其认定结论。……我们不知道有什么法律规则阻止陪审团成员在审查判断事实期间听取当事人的陈述。实际上，他们的职责是发现事实，或者个别进行，或者集体进行；或在法院之内，或在法院之外。”由于对抗式审判制度当时并没有建立起来，陪审团作出判决的根据并不是在法院公开展示的证据，而是自己所了解的事实和掌握的知识，而且没有严格的证据规则的约束，因此，陪审团事实判决所根据的证据包括传闻证据甚至当地的传统，所谓的传闻证据规则在当时是不存在的。但是，正是陪审团成员与一般的证人之间的上述区别构成了传闻证据规则的基础之一。

到十五世纪后半叶，对抗式审判制度初见端倪；到十六世纪和十七世纪，对抗式审判制度完全确立起来。其结果是：第一，调查职能（控诉职能）和判决职能（审判职能）被严格地区分开来，陪审团成员不能进行各种调查活动，仅仅是事实判断者（trier）。法院随之也开始指示陪审团成员只能根据在公开的法庭上了解到的情况作出判决。第二，证人和陪审团成员被严格区分，陪审团成员不能是证人，不能再根据自己在法庭之外所了解的情况作出判决。第三，证人在公开的法庭上作证成为强烈的要求。口头证言必须在法庭上公开地作出，接受当事人的质证（cross - examination），在法庭之外作出的一切陈述都是传闻，不能采纳。但是宣誓的书面证言（sworn disposition）可以采纳。第四，传闻证据的可靠性受到了当事人的严峻挑战，法院也开始怀疑传闻证据的证明价值。排除传闻证据成为当事人和司法界的一致要求。到十七世纪，传闻证据排除规则终于确立起来。不仅仅口头传闻证据必须排除，就是原来可以采纳的宣誓的书面证言也在排除之列。

在传闻证据规则确立的过程中，有两个案件起了至关重要的作用。一个是1603年的Raleigh案。在该案中，Raleigh被指控与其他人合谋叛国，Raleigh强

烈要求与控告人库伯哈姆勋爵当庭对证（confront）。Raleigh 辩称，“普通法所规定的证明是由证人和陪审团进行的。叫库伯哈姆到法庭，让他来说说看。叫我的控告人当着我的面，我有话要说。……除了库伯哈姆的控告之外，我没有听到任何事情。对其控告，库伯哈姆从来没有签字和公开保证。我请求诸位阁下，将库伯哈姆送到这里，以其灵魂和对国王的真诚提出控告；如果他真的这样做，我就是有罪的。……根据法律的严肃性和残酷性，只有这样的控告才是有效的证据。”在本案中，虽然库伯哈姆没有被传唤到庭，但是 Raleigh 辩护理由却非常充分，引起了法官的同感，他们对 Raleigh 辩护理由的反驳显得苍白无力。本案引起了法律的有限的改革。直接言词原则的重要性引起了司法界的重视，对抗式审判制度因此开始被逐步修正。十七世纪末期，对抗式审判制度以及相应的直接言词原则完全确立起来。这在另一个案件 1696 年的 R v. Paine 案中得到了充分的表现。在本案中，被告人 Paine 被指控犯有诽谤罪，证据之一是被害人提供的书面证言。布雷斯顿市的市长对被害人进行了口头的询问，之后不久，被害人死亡。被告人辩称在市长询问被害人时他不在现场，因此没有机会与被害人对质。对本案，王室认为，“如果口头（证言）不诚实，当事人就有可能因偏见而被判决有罪。”因此，只有在可靠性有保证的情况下，书面证言才能够作为证据接受。“两个法院都认为书面证言不能作为证据提供，因为在市长询问证人时，被告人不在现场，丧失了对质的权益。”

从传闻证据排除规则的产生过程可以得出如下三个结论：第一，证人与陪审团成员被严格地区分开来，陪审团的职能从作证、调查取证和审查判断三个方面限制到单纯的审查判断（事实认定）职能，是传闻证据规则产生的最为原始的基础，构成了对抗式审判制度产生的前奏。第二，对抗式审判制度是传闻证据规则最终得以确立、并得到丰富和发展的最为稳定的基础。对抗式审判制度是当事人主宰程序进行的一种诉讼模式，必然具有强烈的对抗性，直接言词原则正是保证这种竞赛顺利进行的必不可少的规则之一，当庭对质（Confrontation）和质辩（Cross - Examination）由此成为当事人的基本的诉讼权利。一切证据都必须在公开的法庭上，以口头的方式作出，一切证人都必须接受当事人的询问和反询问，陪审团和法官只能根据在法庭上了解到的事实作出裁判。传闻证据不能满足上述要求，与直接言词原则相冲突。第三，传闻证据本身所具有的先天性弱点限制了它的证明价值。首先，传闻证据是证人对他人的陈述的转述，由于人的可靠性、表达能力、记忆能力各不相同，转述的次数越多，陈述的内容越复杂，出现错误的可能性就越大，误判的风险也就越大。其次，作出传闻陈述的人实际上不可能受到询问和反询问。因此，有关他的可靠

性、表达能力和记忆能力等等辅助情况，陪审团、法官和当事人都无从得知，对有关的陈述可信性也无法进行有效的甄别。采纳传闻证据实际上具有否定当事人的质辩权的后果。在美国，传闻证据的采纳和排除涉及宪法第六条修正案所规定的当事人的对质权，问题显得更为严重。传闻证据的上述弱点使人确信采纳传闻证据所失去的司法利益大于所得到的司法利益。这一信念正是传闻证据排除规则产生的原因之一。

（二）传闻证据规则的内容

1. 传闻证据的界定

某一个事实材料是传闻证据，是传闻证据规则对其适用的前提。如何界定传闻证据的范围是该规则的首要问题。

麦克米克（Mccomiek）认为“传闻证据是指在法院之外作出、在法院之内作为证据使用的陈述，或者是口头的，或者是书面的，用于证明该陈述本身所声明的事件的真实性。因此，其证明价值取决于在法庭之外（out - of - court）作出陈述的人的可靠性（credibility）”。摩菲认为，传闻证据是“证人提供的、以他人先前所作陈述（口头的、书面的或者诸如手势之类的其他表达方式）为内容的证据。如果该证据用于证明陈述本身所表明的事实，是不可采纳的传闻证据。但是对于其他有关的目的，该证据可能是可以采纳的。”摩菲的理解似乎与 1977 年的 R v. O’ Brein 案有密切的关系，在该案中 Dickson 法官指出，“这是已经确定的法律：不被称为证人的人对证人所作的陈述是传闻。如果其目的是证明陈述所记载的事件的真实性，则是不可采纳的传闻证据。如果用于证明所记载事件的之外的其他情况，则是可以采纳的非传闻证据。”美国继承了英国的传闻证据规则，罗特斯坦因（Rothstein）认为，“传闻证据是在法庭之外作出却在法庭之内作为证据使用的口头的或者书面的陈述，用于证明该证据本身所涉及事件的真实性。”这种说法明显地借鉴了麦克米克的理论。绝大多数美国证据法学者都采用联邦证据规则第 801 条第 3 款的规定：“‘传闻’是指不是由陈述者在审判或者听证中作出的陈述，在证据上将它提供，以用来证明主张事项的真实性。”

上述观点和规定已经从不同的方面分别揭示了界定传闻证据的标准，包括：第一，陈述作出的时间（when）。传闻陈述都是在本案审判程序开始以前作出的。摩菲认为“法庭之外”这一措辞不准确，容易引起误解，因为在其他诉讼程序之内作出的陈述对本案也可能是传闻，即使在本案诉讼当中，证人在审判程序开始以前所作出的陈述也可能是传闻。因此用本案“审判”（trial）程序“之前”（prior）一词更为准确。第二，陈述作出的方式（how）。陈述的方

式多种多样，可以是口头的，也可以书面的，还可以是手势或其他表达方式，例如表情、体态、摄像机、照相机、录音机、计算机等等。在这一方面，效果比方式更为重要。只要能够表达意思，任何方式都是可以的。第三，运用陈述的目的（purpose)。如果陈述用于证明陈述内容本身反映的事件的真实性，那么该陈述就是传闻证据。如果用于证明与案件有关的情况，该陈述可能不是传闻证据，因而不受传闻证据排除规则的约束。例如，用于证明这种陈述已经作出的事实，陈述者本人意识状态或者他人的意识状态，以及陈述客观上所产生的效果等等。摩菲的上述分析细致入微，位于证据法学者的前列。

但是，摩菲的理论并没有完全解决界定传闻证据范围的难题。在英美两国的司法实践中，比较突出的问题是：

第一，证人在审判程序开始以前（对警察、检察官或者其他公共官员）所作的陈述。目击证人在事件发生之后将自己所知道的情况告知警察或者检察官或者其他公共官员，该陈述是否是传闻陈述？对此，英国法院和证据法学者有不同的看法。有的法院认为，如果这种陈述对于证明该陈述本身所涉及的事实具有真实性，可以采纳；而有的法院则认为是传闻证据，应当予以排除，其理由是该陈述是在审判程序之外作出的。在英国1967年的Johnes v. Metcalfe案中，一个证人（司机）看见了一起交通事故中的肇事卡车的车牌号码，就将该号码告诉了警察，警察询问了被告人，被告人承认当时是驾驶着该牌号的卡车，但是否认自己的驾驶技术如此低劣以致造成本起交通事故。当治安法官以没有作到应有的注意和小心为由对被告人进行审判时，该司机陈述的记录是传闻证据，对确定卡车的号码是不可采纳的，因为记录的内容不是该司机在审判过程中提出的，而且明显地与卡车的车牌号码相关。但是，治安法官却裁决被警察记录的车牌号码具有真实性，予以采纳，该裁决被地区法院推翻，理由是没有直接的证据证明被记录车牌号码的汽车应当对本起交通事故承担责任。对此，大法官Diplock指出，“我完全同意治安法官的意见，因为作为一般观念有关被告人就是事故发生时的卡车司机这一事实的推断是不可推翻的。……有关被告人是卡车司机这一事实的推断实际上是对证人在告诉警察车牌号码时的陈述的推断。但是，由于目击证人对警察的陈述是传闻而不能采纳，所作的相应的推断也是不能采纳的。而正如Park首席法官指出的那样，本案的荒谬之处在于，目击证人将卡车号码告诉警察，警察将其记录下来，该记录可以向目击证人出示，目击证人可以使用它，来唤起自己的记忆，却不能告诉法官他对警察说了什么。本案说明……改革证据法确有其必要。”摩菲认为，警察的记录可以用来帮助司机唤起回忆，如果该司机同时承认警察的记录就是他的陈述，

而这实际上意味着此时司机对警察的陈述不再是传闻证据。”在英国 1958 年的 R v. Attard 案中，被告人是马尔他人，不会说英语，警察就通过一名翻译与被告人进行交谈。由于警察和被告人都不知道对方真的说了些什么，双方的谈话被视为传闻，法院只好传唤翻译人出庭作证。上述两个案件表明，传闻证据的界定与对抗式审判制度奉行的审判中心观念有关。但是，僵化地推行这种观念，将其推向极端，会给审判造成巨大的困难，并不可取。

第二，证明陈述者本人信念的陈述。陈述者在法庭之外所作的陈述如果用于证明陈述内容的真实性，是传闻证据。但是，如果仅仅用于证明陈述者本人的（错误的）信念，该陈述是否是传闻？对此，英美两国的证据法学者存在着较大的分歧。在英国 1977 年的 R v. Marshall 案中，被告人被指控窝藏赃物。陪审团认定赃物是偷窃物品的唯一的根据是被告人对警察所作的供述，即一位卖主告诉他物品是偷来的。有关物品到底是否是偷来的的事实，被告人的供述显然是传闻，不能采纳，因为他自己并不没有亲身感受偷窃的事实。但是法院却异乎寻常地采纳了被告人的供述，因为该供述可以证明被告人相信物品是偷窃来的这一信念——一种意识状态。在这种情况下，被告人的供认就不再是传闻证据了。

第三，无意陈述。陈述人的陈述表达的是一种意思，却被别人（证人）理解为另一种意思，或者陈述人根本没有作出陈述，但其行为却被别人理解为表达了一种陈述，此时，陈述人的言辞或者行为称为无意陈述（unintended communications）或者隐含的陈述（implied declaration）。例如，被害人 Y 是 D 的亲兄弟，D 直接看到 X 枪杀 Y。W 证明在被害人倒下之后，紧接着看到 D 追呼 X。W 没有看到枪杀过程，而只看到了枪杀发生之后 D 追呼 X 的情形。W 的证词就是有关被告人 X 罪行的隐含的声明。因为 D 的所作所为并不是与他人交谈，以有关方式表达什么，而仅仅是对情况的反映。D 在这种情况下的表现就是无意陈述。无意陈述在用来证明无意的或者隐含的情况时是否是传闻证据？对此，英美两国的证据法学者看法一致，都认为无意陈述是传闻证据，不能采纳。在英国 1837 年的 Write v. Doe D That 案中，法院认为陈述人给死者的信件，如果用于证明信件原本没有表达的死者的行为能力，则是传闻证据，不能采纳。对此，法官 Bosanquet 的解释是：“很明显，根据写信人的情况和环境，对信件的内容可以多种目的进行判断，爱戴、尊敬的语气，或严肃、逗乐的词语，对于智力有缺陷的人可以以良好的动机或最奇特的欺骗方式表达出来。将有缺陷的人当作正常人来对待是为了促进他的康复。”Bosanquet 的解释指明了排除无意陈述的原因之一，即无意陈述可以作多种理解，其含义难以确定，不

能用来作出肯定的推断。除此之外，罗特斯坦因认为，排除无意陈述的另一个原因是无意陈述与其他传闻证据一样，都是法庭以外的陈述，具有转述的性质，陈述人的人格可靠性以及表达和记忆的准确性不能在法庭中予以公开的质辩。

第四，不存在记录的情况。如果对某些事件或者行为作记录是惯例，例如海关记录、商业记录等，当事人能否以记录不存在的情况（absence of record or information）为由来否认相应的事实或者行为的真实性？在美国，这个问题已经被联邦证据规则解决，该法第803条第6款第6项、第7项和第10项明确规定这种记录，如果存在，可以用来证明事件或者行为的真实性；如果不存在，则可以用来证明事件或者行为的不真实性。这似乎是英国证据法的特殊问题。在1981年英国的R v. Patella案中，被告人被指控非法进入联合王国。为证明这一点，公诉人传唤了一名主管移民事务的官员，该官员证明他查看了内务办公室的记录，没有发现被告人的名字。被告人在上诉中辩称记录是传闻证据，不可采纳。上诉法院接受了被告人的辩护理由。根据普通法上的证据规则，内务办公室的记录的确是传闻证据。而且，1965年刑事证据法规则中“贸易和商业”记录可以采纳，而没有提及内务办公室的记录。对此，摩菲认为，应当将移民局的记录不存在的情况认定为情况证据。因为，即使一位官员说明了制作记录的方法，也只有先假定没有被告人的名字的情况能够正确地反映被告人的地位的时候，才能推断出被告人是非法入境者的事实。如果法院倾向于认为移民局的记录是传闻证据，而不是情况证据，就必须承认法院自己所建议的方法也无法纠正这一缺陷，因为目前还没有确立这种假定（推定）。“直到目前，这类证据地位仍然不明确。但是在通常有记录或材料的地方，该记录或材料不存在的事实应当认为是证明相应的事实（交易或事务）也不存在的非传闻的情况证据。这样做是有理由的。……但是，理论上的争议是，如果记录本身是不可采纳的传闻证据，没有记录的事实也是传闻证据。……将其作为非传闻的（情况）证据对待符合近年来的趋势，尽管理论上还存在着明显的问题，而这也是解决将来案件的现实可行的办法。”

上述四种情况是界定传闻证据的疑难问题。根据摩菲所确立的三个标准，在英美两国证据法上，有三种情况的陈述不认为是传闻证据：一是如果某一个陈述不用于证明该陈述本身所表明的事件的真实性，而是用来证明陈述者或者听闻者的意识状态，就不是传闻证据。二是如果一个陈述用于证明本身具有法律意义的事实或者行为，例如证明某人诽谤他人的行为、合同成立的情况，该陈述就不再是传闻证据。三是如果陈述作为情况证据（间接证据）用于证明主

要案件情况以外的其他与本案有关的情况，例如不道德的情况或者被告人的身份状况，陈述也不是传闻证据。例如，写有被告人名字的飞机票如果用于证明被告人到某地实施犯罪，是传闻证据；但如果用于证明是被告人于某日飞往某地的事实，则是情况证据，可以采纳。

在行政证据方面，有两个问题涉及传闻证据的界定：一是证人在行政程序开始以前所作的陈述。目击证人在事件发生之后将自己所知道的情况告知警察、检察官或者其他公共官员，该陈述是否是传闻陈述？对此，美国的学者认为，如果证人对警察、检察官或者其他公共官员所作的陈述具有法庭的保障(courtroom - - safeguard)，就不视为传闻，可以采纳。所谓法庭的保障，从其实质来看，应当是指有正规的程序保障，这种程序既可以是审判程序，也可以是听证式的调查程序。保障措施包括：①陈述以宣誓方式作出；②接受了利害关系人和当事人的质辩；③在审判程序、听证程序或者其他程序作出。二是证明陈述者本人信念的陈述。陈述者在法庭之外所作的陈述如果用于证明陈述内容的真实性，是传闻证据。但是，如果仅仅用于证明陈述者本人的（错误的）信念，该陈述是否是传闻？在美国，有关信念的证据的性质认定也存在着困难，在一起欺诈案件中，行政机关以作虚假广告欺骗消费者为由，对一家桔汁生产商提起诉讼。为此，行政机关进行了民意调查，被调查消费者一致的回答是 O—Orange 是桔汁。但是对“我相信 O—Orange 是由什么做成的”和“O—Orange 是由什么做成的”两种回答方式是否能够用于证明公民的信念（实际上是错误的），产生了分歧。有人认为第一种回答方式对证明消费者的信念来说，是传闻证据，因为第一种陈述本身表明的就是消费者的信念这一事实，不能用来证明消费者的信念；第二种回答则不是传闻证据，因为第二种陈述本身不是消费者的信念这一事实，而是 O—Orange 是由什么构成的事实。罗特斯坦因认为，这种区分毫无疑义可言，两种回答在证明消费者的信念方面都不是传闻证据，都可以采纳。“如果仅仅用来证明信念（存在）本身，而且该信念是相关的问题，有关该陈述者本人信念的陈述经常是（当然并非总是）可以采纳的证据。”

2. 传闻证据规则的例外

英美两国一方面在界定传闻证据与非传闻证据时形成了复杂的标准，另一方面又对已经界定出来的传闻证据规则设定了大量的例外情况。这是传闻证据排除规则的另一个关键问题。英国传闻证据规则的例外情况分为普通法规定的例外和制定法规定的例外。根据联邦证据规则的规定，美国传闻证据排除规则的例外分为陈述者可以不出庭作证和陈述者不能出庭作证两种情况。实际上，

联邦证据规则的分类是以普通法上的例外规定为基础的，只不过是将普通法上的例外规定根据本国的国情予以重新整理和分类，并加以法律化罢了。普通法规定的例外是传闻证据规则例外情况的中心所在。

摩菲认为，普通法规定的例外包括三种情况：

第一，情况证据规则（roes gets principle）。roes gets 是拉丁语，直译的意思是已经成就的事实（things done）或者与主要案件事实伴随发生的其他各种情况（attended circumstance），用于 证明与陈述本身的真实性无关的其他目的。情况证据规则的适用范围包括伴随和解释相关行为的自发性的陈述、作为事件参加者和目击者的自发性的陈述和陈述者有关本人身体状况或者精神状况的即时的说明。情况证据具有三个明显的特点：一是自发性，即陈述是陈述者不由自主作出的，是其当时的内心感觉的自然而然的流露。二是即时性，即陈述是在陈述者进行某一个行为或者接受某一种情况刺激的当时随即作出的，在陈述和激发陈述的情况之间不存在遗忘的可能性。三是直观性，即陈述是对感觉的直接的反映，不存在任何的加工和思考，更没有明确的目的。情况证据不一定能够准确地或者直接地证明案件事实，但可以用来说明或者解释与案件事实有关的一些情况，有助于理解案件事实。在 1987 年英国的 R v. Andrews 案件中，Ackner 勋爵指出，法官在审查表面证据时应当注意五个方面的问题，“诸位阁下，请允许我总结一下法官在刑事案件中根据表面证据规则查明被定性为‘传闻证据’的事实方面所面临的问题。(1) 法官必须问：自己可以不考虑编造或歪曲的可能性吗？(2) 为回答这一问题，法官必须考虑特定陈述作出的环境，以确信事件的发生对被害人的意识来说是不寻常的、惊人的或离奇的，以致被害人的言行是对该事件的直接的反应，没有作出理智的反应的机会。在这种情形下，法官就可以认定卷入事件或事件造成的压力排除了编造或歪曲的可能性，即使陈述是在近似的而不是完全相同的情况下作出的。(3) 为确保陈述具有充分的‘自发性’，陈述必须与激发陈述的事件紧密连接，以至于可以合理地认为陈述者的意识仍然为事件所控制。为此，法官必须查明造成刺激机制的事件是有力的。在审查过程中，作为对该事件回应的陈述仅仅是考虑的因素之一。(4) 除时间因素之外，在案件中还有其他因素与编造或歪曲有关。……在考虑蓄意（歪曲或者编造行为）的特点之后，法官必须确信不存在有利于陈述者或者不利于被害人的编造或歪曲的可能性。(5) 至于陈述事实的可能性，如果仅仅是正常错误，所涉及的问题仅仅是证明力的权衡问题而不是可能性问题”。

在美国，根据联邦证据规则的规定，陈述者有关疼痛和其他感觉的即时陈

述、为了治病而对医生所作的与治疗有关的陈述、表明意识状态和情绪的即时陈述、激情陈述等四种情况属于传闻证据规则的例外。这四种都属于陈述者可以不出庭作证的情形。从内容来看，这四种情况与情况证据规则的范围没有什么区别。虽然联邦证据规则没有明确肯定情况证据规则，而是区分不同的情况分别加以规定，但由于深受英国证据法的影响，有的美国法院仍然认为情况证据规则存在，而且是一个独立的例外规则，包括了所有重要的、与系争事实同时发生的陈述，不限于联邦证据规则规定的四种情形。罗特斯坦因对此持否定态度，认为某一个陈述如果不符合联邦证据规则规定的上述四种情形，也不符合其他例外情况，即便是情况证据，也不能够采纳。

第二，死者生前所作的陈述。死者生前在法庭之外所作的陈述是传闻证据，但是在下述四种情况下可以采纳：一是对公众关心的事务（matters of public concern）所作的陈述。为了证明传统的或习惯上的权利、公共权利、出身（家谱、血统等）和其他类似的事实，死者生前的陈述可以采纳。二是死者生前所作的不利于自己的声明（declaration against interest）可以采纳，但必须在作出的当时对声明者本人不利，而且陈述者当时对所声明的对自己不利的事实是了解的。三是死者在履行义务或者职责过程中的声明。如果死者负有记录其行为的义务，而且记录的行为事实上正是由死者本人作出的，死者对该行为的声明可以采纳为证据，但必须符合的条件是：（1）死者负有法定的、职业的或者道德上的义务；（2）记录必须在行为的当时作出，或者在事件结束之后不影响记忆的合理时间内作出；（3）记录的制作时间与履行义务或职责的时间一致；（4）记录的内容必须直接与事件相关；（5）记录的内容仅仅是事件的情况而不是死者有关行为或者其他问题意见。四是被害人死亡时的声明。在谋杀等案件中，被害人死亡时的陈述可以用来证明死亡的原因和环境。

与英国证据法的规定相对应，美国联邦证据规则将上述四种情况统一概括为陈述者不能出庭作证的情形，分别作了更为细致和明确的规定。不同之处在于，联邦证据规则所称的“陈述者不能出庭作证”的条件比英国普通法规定的“死者生前所作的陈述”更为宽松，其适用范围更为广泛，除了陈述者死亡这种情况之外，还包括了陈述者没有死亡但是由于种种客观原因不能出庭作证的情形。因此，除了上述四种情形之外，还包括了陈述者用作帮助回忆材料的记录、家庭记录、在陈旧文件中的陈述、关于个人和家庭历史的声明、关于性格方面的声明等五种情形。但是，也许是受联邦证据规则的影响，英国 1988 年颁布的刑事司法法第 23 条的规定弥补了普通法规定的这一缺陷。根据该条的规定，无论陈述者是否死亡，只要存在着不能出庭作证的情况，其先前所作的

陈述就可以采纳。这一规定使英国法与美国法几乎没有什么区别了。

第三，公共文件记载的事实。在英国，公共文件中记载的陈述可以作为初步证据（prima facie）来接受，但必须符合下述四个条件：（1）制作和保存公共文件的目的是为了公共使用，其内容必须是有关公共利益的事务；（2）必须对公众开放，以受监督；（3）必须是在事件发生之后立即制作的；（4）记录必须是由专司其责的人制作，而且制作人对记录内容的真实性充满确信。以上四个条件是摩菲对英国普通法进行总结时所作出的结论，但是稍加分析不难看出，除了第二个条件之外，其他三个条件都不明确。对此，英国1965年刑事证据法第1条和1984年警察和刑事证据法第6条规定，公共文件如果是档案或者档案的一部分，可以用来证明所记载的事实。但是，“档案”一词所造成的限制被认为是文件只有在精心和合理系统的制作、并因此表明其具有准确性和可信性的条件下才能够采纳。针对这种理解，英国1988年刑事司法法第24条规定将“档案”一词取消，从而大大地扩大了公共文件的范围，一切在履行职责或者义务过程中所作出的陈述都可以作为证据采纳。

美国联邦证据规则第803条对于公共文件分别作了相应的规定，包括公共记录或者报告、统计资料、宗教组织的记录、婚姻、洗礼或者类似的证明、反映财产利益的记录、市场报告和商业出版物、关于边界和一般历史的声明、先前定罪的判决和关于个人、家庭或者一般历史及边界的判决等等。其中，最后两种规定具有美国的特色，英国的普通法和制定法都没有明确的规定。

在制定法上，英国最为突出的例外规定是视听资料。早在1968年英国民事证据法第5条就规定“如果关于某项事实的口头陈述可以作为证据采纳，计算机对该事实所作的陈述（记录）就可以作为证据采纳”。1984年英国刑事司法法第69条和第71条进一步作了详细的规定，将视听资料扩大到刑事诉讼。美国最为突出的则是将学术论文规定为传闻证据的例外，当然学术论文传闻证据采纳的条件是经过专家的同意或者认可，或者法院以司法认知的形式裁定予以采纳。

（三）评价

1. 一般评价

从历史发展、传闻证据的范围和传闻证据规则的例外三个方面可以看出，经过数百年的发展，传闻证据规则已经成为一个庞大复杂的、相对独立的证据法体系，其核心问题是传闻证据的范围（exception）和传闻证据规则的例外（exemption）。为这两个问题英美法系国家的司法机关和学者花费了巨大的心血，至今他们还在判例和著作当中如数家珍般地玩味。但是，现实情况却是传

闻证据规则的适用范围却越来越小，法院一方面通过缩小传闻证据本身的范围限制传闻证据规则的作用，另一方面又通过设定例外情况排除传闻证据规则的适用，尽管有的证据法学者认为，“宪法有关对质权的规定起着限制采纳法庭之外陈述证据的作用。因此，有关传统例外情形的新的和没有根据的扩大，或者对传闻证据规则的新的和没有根据的限制都可能引起宪法问题”。但是，法院仍然冒着违反宪法的风险，不断地限制传闻证据规则的适用范围。在谈及例外规定产生的原因时，摩菲一针见血地指出，“例外情形的产生原因有两个：一是如果不对某些传闻证据设立例外规定，有些事实就难以证明，或者不可能证明，审判因此无法进行下去。二是虽然给予了例外，还可以设置各种限制予以保障。例外情形针对的是传闻证据，因此限制是必要的，但是，在十九世纪，由于限制过多，例外实际是不存在；而在本世纪，限制越来越少，到目前这些限制只不过保留了其精神。”这种情况产生的原因是：

第一，传闻证据本身就是一个不确定的法律概念，客观上限制了传闻证据规则的适用范围。很多证据同时具有传闻证据和非传闻证据两种成分，对于如何界定这种证据，证据法学者自身就存在着很大的分歧。例如表明意识状态的同步的陈述，有的学者认为是传闻证据规则的例外，而有的学者则认为这不是传闻证据。另一方面，法院在认定时享有很大的自由裁量权，只能是仁者见仁智者见智了。法院和证据法学者的分歧不能不影响传闻证据规则的生命力。

第二，传闻证据规则与案件越来越多地由法官审判的现实情况不符合，不仅仅束缚了法官的主观能动性，而且严重妨害了诉讼效率。传闻证据规则的产生和发展都是以陪审团审判为基础和目标的。由于陪审团成员大多数没有受过法律方面的专业训练，其分辨是非和控制自己情感的能力很难令人信服，为了避免传闻证据对他们产生不适当的影响，保证公正审判这一司法利益，法官和立法者只好事先精心测算每一种传闻证据对平常的人可能造成的负面影响，以此为基础设立排除规则和例外规定。但是现实的情况是，案件的审判却越来越多由法官自己主持，在民事诉讼中，陪审团审判的做法实际上已经被废除，在刑事诉讼中，法官“独任审判”的实践也越来越频繁。总体来看，陪审团审判的案件只是法院审判案件的很小的一部分。与陪审团成员不同的是，法官是法律方面的专家，具有准确认定事实和控制自己情感的足够的能力，不应当受到与陪审团一样的限制，否则，就会严重妨害法官自由心证，将精力花费在自己本来就熟知的证据规则的具体应用之上，虽然耗费了大量的时间和资源，却不能得出准确的结论。针对法官认定案件事实的能力和传闻证据规则的低效率性，美国第八巡回法院在 1942 年的一个案件中指出，“能够对证据的可采性作

出准确裁定的人同样有能力在接受不合格的证据之后对之进行筛选。由于他会根据认为合格的、相关的和具有说服力的证据作出认定结论，他不会因为认为案卷中的证据不合格或不相关而出现错误。……如果案卷中不仅有明显可以采纳的证据，而且也有可采性令人怀疑的证据，复审法院通常会维持。除非法院认为可以采纳的所有证据都被排除，新的审判或听证才是不可避免的。”“经验表明：在没有陪审团的审判或者听证中，因听审有关证据可采性的争论和提供证据而花费的时间通常要比因审査证据本身而花费的时间多。即使事实认定者通过有关证据可采性的限制裁定而节省了时间，也会因复审法院为审查限制裁定和查明争议而拖延了时间而抵销。”在1950年的一个案件中，第八巡回法院进一步明确指出，“在没有陪审团的案件中，法官实际上不可能因为接收不合格的证据而犯可撤销的错误，法官拒绝采纳该证据同样如此。在没有陪审团的案件中，上诉法院也不会因为采纳不合格的证据而撤销一个判决，除非所有合格的证据不足以支持该判决，或者不合格的证据明显地导致法院作出不会在其他情况下作出的实质性认定结论。另一方面，在没有陪审团的案件中，如果法官试图严格适用有关证据可采性的规则，反而使其判决容易被撤销。……本案堪称是说明技术性证据规则经常挫败没有陪审团的案件从而使诉讼当事人陷入困境和新的讼累的典型案例。”第八巡回法院的解释正是泰勒认为传闻证据规则既没有必要、又令人茫然的原因所在。

第三，传闻证据规则与传闻证据本身的证明力很不协调，排除了客观上具有证明力的传闻证据。传闻证据规则是以陪审团成员如果了解到传闻证据就会错误地使用该证据这一信念为前提的，因此，在权衡利弊之下，法律规定将一些本来具有证明力的证据排除出去。很明显，这种信念对法官不适用。传闻证据规则是为陪审团设计的，不是为法官设计的；是为了指导证据的采纳和排除而设计的，而不是为了评价证据的证明力而设计的。与此相应，证据的可信性应当通过案件的具体情况来判断，而不应当通过形式的、呆板的证据规则来判断。由于传闻证据规则排除了大量的有证明力的证据，使案件事实本来明确的案件难以及时审结，法官只好通过各种途径限制其适用。“很明显，…严格适用传闻证据规则人为地排除了有证明价值的证据。……由于没有理想的解决办法，法院可以自行在这类证据的传闻成分和非传闻成分之间进行权衡。”早在1940年，威格摩尔在谈及剩余规则时指出，“法定证据中的剩余原则既然是必要的，自然与真实的发现之间就存在一些必然的关系。但是，‘法定’的规则却没有这种必然的关系。……‘剩余’规则实际上就一般的理解而言也是不明智的和令人不满意的。试想：社会工业、商业和金融中的绝大多数行为都以无

需任何正式的证明规则证明的事实为基础。既然如此，就让我们把信任投向人和思想，而不是规则。”威格摩尔的上述观点，对传闻证据规则完全适用，传闻证据规则与真实性的发现当然有一定的联系，但是却没有必然的联系，至少这种联系对法官来说是不充分的，法官需要得到比对陪审团成员更多的信任。麦克米克对传闻证据规则的看法更为激烈，他认为排除规则对衡量证据的可信性来说是一个可怜的指导，如果严格适用排除规则，有多少无用的证据被排除，就会有多少实际上有用的证据被排除。

2. 行政证据和行政诉讼证据不适用传闻证据规则

行政证据不受传闻证据排除规则限制的原因是：

第一，行政程序是“审问式”程序，而不是“对抗式审判”程序，行政程序中也没有陪审团，传闻证据规则在行政程序中没有“生存”的环境。

在对抗式审判程序中，法官是消极的事实裁判者，仅仅履行裁判职能和指挥职能，而不履行调查职能。如果法官主动介入当事人之间的证据展示活动，就会给当事人造成不公平的感觉，所作出的判决也容易被上级法院以存在偏见为由撤销。在法庭上表现积极的法官被称为没有调试好（no well - turned cymbal），老是发出令人讨厌的声音。“法官的作用有时是非常必要的，这取决于案件的性质和当事人的行为。如同一般的人一样，法官偶尔也可能失去耐心，从自己的法官椅上走下来，设想成为（当事人）顾问。在这种情况下，尽管是判决释放被告人，重新审判也是必要的，即使是在有罪判决中，法官合理地考虑了证据，在适用法律和认定事实方面没有什么错误，也应当如此。这样作的理由是显而易见的，它是我国案例法制度的基础之一，正如 Denning 勋爵……所说的那样：公正不仅仅应当被实现，而且应当以看得见的和毫无疑义的方式被实现。”与法官的消极作用相对应，对抗式审判制度着重发挥当事人的主动性和积极性，当事人是诉讼程序的主人，是否提交证据以及提交什么证据，完全由当事人自己决定，案件事实的证明和查明取决于一方当事人的举证情况。“许多律师都认为法院发现案件真实情况的最好的办法是促使各方当事人尽可能地努力，就如同真诚的教徒那样参与，以引起法官对有利于本方的证据的注意。……如果有两个人以对立的方式进行争论，而且尽可能地公平，就可以获得最为公正的判决。”为了保证当事人享有充分的机会尽展其词，并将其对抗行为限制在一定的范围之内，不至于误导或破坏诉讼，就需要设计一系列的对抗（竞赛）规则，传闻证据规则是其中之一。

与对抗式审判程序相反，行政程序是审问式程序，作为主持人的行政机关在行政程序中起着积极的和主导性的作用。行政机关不仅仅履行审判职能、

指挥职能，而且还要履行调查职能；不仅仅是裁判者，而且是当事人一方。在德国，行政机关被认为是行政程序的主人（Herrn des Verwaltungsverfahrens），是否调查，何时开始调查，以及调查什么，完全由行政机关裁量决定，当事人的举证只起参考作用，行政机关可以作出反应，也可以不作出任何反应。另外，行政程序还具有探索（explore）未知的科学调查程序的某些特征，与再现（re-call）已经发生的事实辩论式审判程序不同。“审判不是在进行科学探索，在其中由主审法官扮演研究人员的角色，而是为当事人提供正义的竞技场。……法院不得提出‘科学的’和‘技术性的’（technological）真相的要求，因为这样做违反法院的主要职能，即根据法律实现正义。”在英国 1980 年的一个案件中，法院认为行政机关在调查和裁定有关种族歧视的案件中，实际上履行的是审问职能，不受传统的证据规则的限制，因此有权根据被适当地赋予了调查职能的雇员所制作的报告（传闻证据）行事。摩菲对此的解释是，“排除传闻证据规则不适用于非对抗式程序。因为非对抗式程序的目的不是解决当事人之间的纠纷，而是采取纠问（inquisitorial）的方式调查（诸如儿童福利方面的）问题。”

总之，程序模式决定着相应的证据规则，有什么样的程序模式，就有什么样的证据规则。由于程序结构不同，法官必须受当事人举证的限制，而行政机关却不受对方当事人举证的限制，因为行政机关自己就是法律关系的一方当事人；法官不能预先设定调查的范围，设定调查的结果，但行政机关可以这样做，因为行政机关处理着大量的纯技术性的事务，只有事先预设，才能够进行有效的调查。以对抗式审判制度为基础的传闻证据规则与纠问式的、科学调查式的行政程序格格不入，既不能用来限制行政机关，也不能用来限制作为被管理者的公民、法人或者其他组织。

第二，行政证据的主体是行政专家，具备选择和判断传闻证据的足够的能力，不是陪审团成员那样的“外行”，不应受繁琐复杂的传闻证据排除规则的约束。

英美证据规则体系是以陪审团为目标而设计的。陪审团成员是对案件事实没有任何了解的人，他们可能受过某一个方面的专业训练，也可能没有受过任何专业训练，控制自己情感和辨别是非的能力也很不平衡，有的高有的低。在设计证据规则时，只能以（素质）最低的陪审团成员为起点。一切对陪审团成员造成的不利影响大于其证明价值的任何证据，无论是传闻证据还是其他证据，都应当在向陪审团成员展示之前予以排除。戴维斯（Davis）认为，“联邦证据规则的制定是以下述明确的假定为前提的：事实审判者（1）与作出采纳

决定的法官分离；（2）在法律、心理学或者所解决纠纷专业方面没有受过训练；（3）在确定很多证据的证明价值时很容易犯错误；（4）很容易根据情绪作出决定；（5）除非预先禁止向其展示各式各样的证据，就不能限制他们对这些证据产生潜在的偏信”。

与陪审团成员不同，行政执法人员是行政事务方面的专家，受过专业训练，在处理日常事务的过程中积累了丰富的经验，其审查判断证据的能力应当得到比陪审团成员更多的信任。行政执法人员有足够的能力筛选传闻证据，并对其证明力的大小作出恰如其分的判断。繁琐复杂的传闻证据规则只能使行政执法人员陷于琐碎的细节，浪费行政资源。威格摩尔认为，“如果事实裁断者……受过有关的专业训练，技术性的（证据）规则制度就是失败的。”“将陪审团的证据规则严格地适用于根本没有一个陪审员的行政裁判所的任何企图都是反常的、徒劳的，是注定要失败的。”戴维斯认为，为了反映绝大多数民事案件都由法官裁判的客观现实，应当修正传统的证据规则。“与此同理，联邦证据规则不应适用于行政机关。因为行政机关是由专家组成的组织，受过有关争议主题方面的专业训练。行政机关有权得到比陪审团更多的信任。”1950年联邦最高法院在一个有关行政机关采纳传闻证据的反托拉斯案件中指出，“在反托拉斯案件中，没有法院会要求法官排除在其他类型案件中应当排除的传闻证据。虽然最高法院从没有这样声明上述原则，但如果查明事实的责任不完全脱离法官，而且对行政机关的信任是完全的，那么上述原则就是必要的。在联邦贸易委员会裁决的案件中可以采纳的证据，在其提起的没有陪审团的反托拉斯（民事）案件中却不能采用，很难为此找出令人满意的根据，因为委员会的听证官在从不可信的传闻证据中筛选出可信的传闻证据方面也许并不比地区法院的法官逊色。而且，委员会采纳传闻证据在降低传闻证据规则的基本真实性方面的作用——口头听取证人证言的机会并对其进行反询问的机会，与法官采纳传闻证据的作用没有什么区别。”因此，“对陪审团适用的排除证据的技术规则对行政程序没有约束力，除非法律规定遵守这些规则。这个问题早已经解决。”

总之，由于行政执法人员具有法律和技术两个方面的专长，具有处理日常事务的丰富经验，所以对行政机关应当放松传统证据规则要求。

第三，行政事务（行政证据的证明对象）数量大，种类多，远非法院所能及，繁琐复杂的传闻证据排除规则严重妨害行政效率。

首先，行政机关处理的行政事务远远比法院审判的案件数量大得多。虽然法院审判的案件一直处于上升的趋势，案件的积压也是正常的现象，但是，与行政机关相比，法院审判案件的数量仍然是小巫见大巫。行政职能在二十世纪

急剧扩张，行政事务已经涉及到社会生活的各个方面。行政机关既要被动地处理绝大多数的纠纷，维持社会秩序，又要积极地进行干预，为社会生活创造有利的条件。德国行政法学者认为，“行政机关进行的是社会塑造活动，而法院进行的是社会维持活动；行政机关是登台表演（agieren），而法院是台下观看（reagieren）。”效率对于行政机关来说，远远比法院重要得多，呆板的传统证据规则除了妨害行政管理的有效进行之外，没有任何积极作用，必须放弃。

其次，行政事务多种多样，无法适用死板的传闻证据规则。与法院审判的案件相比，行政事务的多样性突出表现在两个方面：一是技术性的事务，例如产品质量、医疗卫生和环境保护等等。在这类事务中，技术是作出决定的首要因素。某一种药品是否符合国家药用标准，某一工厂废品排放量是否符合国家规定的环境质量标准，是主管行政机关作出许可、处罚等决定的关键所在。对这一类事务进行证明的有效方法不是传统的当事人之间的辩论，而是具有严格的操作规程的鉴定程序或者试验程序。行政机关按照科学的规程作出的鉴定报告，有关专家的专业论文（典型的传闻证据），其效率、可靠性和证明价值要比当事人提出的辩论意见大得多。正是因为这一点，在1971年的一个案件中美国联邦最高法院肯定了行政机关未经当事人质辩就采纳医生的检查报告为可定案证据的做法。法院强调指出残疾请求人不申请传票使其不能再主张他被剥夺了的质辩权和对陈权（confrontaition），“我们认为：即使具有传闻的特性而没有质辩，即使存在反对的、直接的（口头的）医学专家证言和请求人本人的证言，经许可（开业）的外科医生根据对请求人进行的检查，根据自己的专业能力所作出的书面医学认定报告，在残疾听审中可以采纳。如果残疾请求人没有行使传唤鉴定医师的权利并据此争取与报告医师质辩的机会，那么外科医生的书面报告可以构成审查官作出不利于残疾请求人事实认定的可定案证据。”

行政机关处理事务多样性的另一个典型的表现是预测性事务，例如城市规划、经济计划等等。这类事务不是针对已经发生的事实，而是针对未来的事实。因此，具有不确定性、多重选择性和政策性。所谓不确定性是指即使作出了肯定的预测，并据此作出了肯定的决定，其实现的结果到底如何仍须另当别论，在执行的过程中可能不断出现修正的情况。所谓多重选择性是指针对同样的事实材料（证据），行政机关可以作出多种认定结论，不一定非此即彼。所谓政策性是指这一类问题具有明显的政治性，适合由议会或者权力机关监督。公开的当事人的辩论程序对已经发生的事实可以游刃有余，但是对于预测性事务却可能起相反的作用，不仅会妨害行政效率，而且会限制行政机关的视野，使其难以作出明智的决定。“在这里，一个月的经验要比一年的听证还要

管用。”行政机关“是在其特殊专长的领域内，在科学的前沿作出预断”。因此，“复审法院必须给予最大的尊重”。“从同一个证据中得出两个不一致的推断的可能性并不妨碍国家劳工关系局选择其中的一个。……如果国家劳工关系局的认定具有证据支持，即使该局可以作出另一个不同的推断，法院也不能随意撤销。”

行政程序是纠问式程序，行政机关具有专长，行政事务具有多样性，这就是传闻证据规则不适用于行政证据的原因，也是行政证据的特色。这些特色决定了行政诉讼证据不受传闻证据规则的限制。

二、行政诉讼证据的技术性和行业性

法定的行政事务是行政证据的证明对象。不同证明对象需要相应的证据证明，行政证据和行政诉讼证据与其证明对象具有相同的属性。由于行政事务具有明显的技术性和行业性，行政证据和行政诉讼证据因此也具有技术性和行业性。

(一) 行政诉讼证据具有技术性

行政机关处理的行政事务大多具有技术性，行政执法在很大程度上是技术执法。技术性的行政事务只能用技术性的事实材料予以证明，行政证据和行政诉讼证据因此具有 明显的技术性。

例如《工业产品生产许可证试行条例》第4条规定，“企业取得生产许可证必须具备以下条件：（一）企业必须持有工商行政部门核发的营业执照；(二) 产品必须达到现行国家标准或现行标准（部颁标准，下同）；（三）产品必须具有按规定程序批准的正确、完整的图纸或技术条件；（四）企业必须具备保证该产品质量的生产设备、工艺装备和计量检验与测试手段；（五）企业必须有一支足以保证产品质量和进行正常生产的专业技术人员、熟练技术工人及计量、检验人员队伍，并能严格按照图纸、生产工艺和技术标准进行生产、试验和检测；（六）产品生产过程必须建立有效的质量控制。”根据本条规定，国家和地方各级主管行政机关在颁发工业产品许可证时必须查明上述案件事实，调查收集相应的七个方面的证据。除了第一个方面的证据没有明显的技术性之外，证明其他六个方面事实的证据都有很强的技术性，只有长期从事相应的技术研究或者受过专门培训的技术人员才能够顺利地调查收集和审查判断相应的证据。

(二) 行政诉讼证据具有行业性

行政事务不但具有技术性，而且具有行业性，行政执法都是行业执法。行

政事务涉及社会生活的各个方面，不可能只由一家行政机关管理，在整个行政机关系统内部必须进行行业分工（职能划分），不同的行政机关管理不同行业的行政事务，这就是所谓的行政管理的行业性。根据第八届全国人民代表大会第一次会议批准的国务院机构改革方案，国务院的机构设置由 86 个调整为 59 个。也就是说，我国的行政管理至少可以划分为 59 个行业。不同的行业的行政事务只能由不同专业的自然科学技术材料证明，行政证据因此具有行业性。

例如《中华人民共和国药品管理法》第 57 条规定，“本法下列用语的含义是：药品：指由于预防、治疗、诊断人的疾病，有目的的调解人的生理机能并规定有适应症、用法和用量的物质，包括中药材、中药饮片中成药、化学原料及其制剂、抗生素、生化药品、放射性药品、血清疫苗、血液制品和诊断药品等。新药：指我国未生产过的药品。辅料：指生产药品和调配处方时所用的赋形剂和附加剂。”据此，卫生行政主管部门在发放药品生产许可证、药品销售许可证时 必须查明相对人申请生产、销售的物品是否是“药品”，以及如果是药品，又是哪一种药品。卫生行政主管部门查明这一事实的前提条件是有相应的证据。在这一方面，卫生行政主管部门既不能用没有专业性的一般的经验性的事实材料证明，也不能用其他行业的专业技术材料证明，如地质矿产方面的技术材料或者文物鉴定方面的技术性材料，而必须用可靠的、经过医药卫生试验的技术材料（证据）予以证明。

三、行政诉讼证据是审查性证据

这是行政诉讼证据与行政证据、刑事诉讼和民事诉讼证据的主要区别。行政证据主要是形成性证据。所谓形成性，是指用于初次确定权利义务、产生新的行政法律关系的属性。在行政机关作出具体行政行为之前，公民、法人或者其他组织的权利义务处于抽象的静止的状态，仅仅是法定的权利，而不是具体的权利，在行政机关和公民、法人或者其他组织 之间不存在现实的行政法律关系。行政证据的作用正是为了证明公民、法人或者其他法定的权利义务的真实性，证明行政法律关系各个构成要素的客观性。只要行政证据起到了相应的证明作用，行政机关就可以作出确定公民、法人或者其他组织权利义务和形成行政法律关系的具体行政行为。

与行政证据的这一属性相对应，行政诉讼证据主要是审查性证据。所谓审查性，是指对已经使用过的证据进行复查，以查明是否存在不合理或者不合法的情况。对行政机关已经确定的权利义务和建立起来的行政法律关系进行审查是人民法院作出维持、撤销、变更和履行判决的基础，而行政诉讼证据的作用

是对行政证据的客观性、合法性和相关性进行事后的证明，是对行政机关使用行政证据情况的复查。“人民法院审查具体行政行为合法性的标准，就是该行为所认定的事实和所依据的法律。从这点来说行政诉讼实际上就是人民法院对行政机关的具体行政行为所认定的事实的再认定，所适用的法律、法规的再适用，即第二次认定和适用。……如果没有人民法院的这种第二次认定和适用，……那么，行政机关的第一次认定和适用就将产生法律效力。……因此，行政机关的具体行政行为依法具有公定力、确定力和执行力。在具体行政行为被撤销后，（行政机关）还应该重新或补充收集，正确适用法律法规，作出一个具体行政行为。在这种情况下，人民法院不能越俎代庖，在审理时代替行政机关去收集证据，适用法律法规，而是……判决撤销或部分撤销具体行政行为后，判令行政机关作出一个新的具体行政行为。”

行政诉讼证据这个特性起源于审判权与行政权以及行政诉讼程序与行政程序的特殊的关系。一方面，行政权本质上是首次判断权，行政法律法规应当由行政机关第一次适用，相应地，行政法律事实也应当由行政机关第一次来认定，法院的主要任务是对行政机关适用法律的行为进行审查。对此，英国司法审查的发展历史具有启发意义。在英国，法院对行政行为的司法审查权起源于上级法院对下级法院裁判的司法审查权。行政机关行使行政权力作出行政行为，必须有事实根据和法律依据，因此在英国法院看来，行政机关作出具体行政行为与下级法院作出裁判没有什么区别，都是依法定程序、行使国家权力的行为，都是产生法律效果、对当事人的权利义务产生影响的行为。既然下级法院应当接受司法审查，行政机关当然也要接受司法审查，这是不言而喻的道理。从英国司法审查由审判权制约审判权发展到审判权制约行政权的历史可以看出，行政诉讼的本质是行政权与审判权的相互制约的一种途径，“行政诉讼的本质特征……是两种国家权力，即司法权和行政权，在行政诉讼中的一种特殊关系。人民法院在行政诉讼中的任务是审查行政机关作出具体行政行为的事实根据和法律依据，而不是代替行政机关去找出、证明或收集作出具体行政行为的事实根据和法律依据。”另一方面，行政程序与行政诉讼程序之间也存在着特殊的关系。行政诉讼是一种审查程序。行政诉讼第一审程序与其他诉讼第二审程序相似，具有上诉审程序的作用和性质。行政诉讼法第五十四条规定了第一审程序的四种判决即维持判决、撤销判决、履行判决和变更判决。其中，维护、撤销和变更三种判决在刑事诉讼和民事诉讼第二审程序中才出现。出现这种现象的原因何在？这要从行政实体法的实施过程来考察。对于被诉的行政实体法事务来说，在起诉之前行政机关已经通过行政程序处理了一次，而且具

有法律效力，这就相当于法院在第一审程序所作出的裁判。行政行为被起诉以后，法院依审判程序解决行政争议，其实质是对行政行为的审查，是对同一个行政事务的二次处理和对同一个行政实体法的第二次适用。与民事诉讼和刑事诉讼相比较，行政诉讼的第一审程序就是“第二审程序”。

行政审判的意义在于，行政机关作出处理决定不仅应当遵守先取证后裁决原则，而且应当遵守保护相对人程序权利的原则。相对人对被告作出具体行政行为的定案证据享有知情权和质辩权，只有经过相对人公开质证的事实材料才能够作为定案证据。被告以在作出具体行政行为之前调查收集、但是未告知相对人、并且未经相对人质辩的事实材料为根据，虽然没有违反先取证后裁决原则，但是侵犯了相对人的知情权和质辩权。

根据上述分析笔者主张，我国应当确立行政案卷排除规则，该规则包括两项内容，即先取证后裁决原则和保护相对人知情权和质辩权原则。行政机关违反第一个原则所调查收集的事实材料，既不能作为行政证据，也不能作为行政诉讼证据；违反第二个原则所调查收集的事实材料，不得作为具体行政行为的定案证据。

（三）行政诉讼证据不同于民事诉讼证据

行政诉讼的证据制度，是指行政诉讼法和有关法律、法规规定的关于行政诉讼的证据的条件、种类、收集、调取、鉴定、保全、举证责任及审查运用等有关规范的总和。

大陆法系的所有诉讼制度都共同渊源于罗马法、教会法和中世纪意大利法，各种诉讼制度的形成和发展所依据的又都是民事诉讼法的基本原则。在我国，行政诉讼脱胎于民事诉讼，两者不但在发展上有着密切的联系，而且在内容上民事诉讼法至今仍是行政诉讼制度的重要法律渊源之一。但是，行政诉讼作为独立的诉讼制度，其性质的特殊性决定了其自身的特点。充分认识行政诉讼与民事诉讼的联系和区别，对于完善我国行政诉讼制度有着十分重要的意义。

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（简称《〈行政诉讼法〉意见》第 14 条规定：“人民法院审理行政案件，除依照行政诉讼法规定外，对本规定没有规定的，可以参照民事诉讼法的有关规定。”可见，我国现行的行政诉讼制度是由行政诉讼法、民事诉讼法和其他法律法规共同构筑的。在诸法共同形成的诉讼制度下审判活动中法官缺乏对诸法之间的联系和区别的正确认识，是当前我国行政审判工作中存在的各种弊病的重要原因之一。这一点，在行政诉讼证据制度的运用中，尤为突

出。如证明对象的混淆，举证责任的错位等。所以，研究行政诉讼证据制度与民事诉讼证据制度的联系与区别，对当前完善行政审判方式有着特别重要的现实意义。本文试就证据制度的几个主要方面作初步的探讨。

1. 证明对象

诉讼中的证明对象，是指诉讼主体在诉讼活动中必须运用证据加以证明的各种案件事实。证明对象是诉讼活动的基础。我国《行政诉讼法》第 5 条规定："人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。"这一规定明确行政诉讼的证明对象仅限于具体行政行为的合法性，所有证据都围绕着具体行政行为合法与否这一中心。与民事诉讼的证明对象比较，两者的区别主要表现为：

(1) 民事诉讼的证明对象是双方当事人争议的客观事实，这些事实随当事人诉讼请求的修正、反诉的提出、抗辩权的行使而改变，在诉讼过程中呈多变性；而行政诉讼的证明对象是一方当事人（行政机关）单方面认定的事实，且这些事实一般已在行政程序中被证明过。在行政诉讼中双方当事人提出的与以上事实无关的事实，无论其与双方当事人之间的行政法律关系有否利害关系，都不能成为本案的证明对象。行政诉讼的证明对象在诉讼过程中相对稳定。

(2) 民事诉讼的证明对象一般只包括实体法上的事实。一些特殊意义的程序法上的事实，可能会成为证明对象，如需要采取保全措施的事实、作为采取司法强制措施的事实等。但这些事实有许多属于不证自明或者人民法院即可认知的事实，同时这些事实并非每个案件都能遇到。所以民事诉讼的证明对象，严格意义上只是实体法上的事实；而在行政诉讼中，证明对象既包括实体法上的事实又包括程序法上的事实，且程序法上的事实的重要性不亚于实体法上的事实。被告若不能证明其所作出的具体行政行为程序上的事实的合法性，那么，实体法上的事实无需证明，整个具体行政行为将被推定为违法。

(3) 人民法院审理民事案件所依据的实体法规范，不属于民事诉讼的证明对象；而行政诉讼的证明对象包括作出具体行政行为所依据的规范性文件。被告提供的规范性文件有三类：一类是法律规范；另一类是规章；再一类是规章以下的规范性文件。法律法规是人民法院审理案件的依据，无需证明；规章需接受人民法院的审查，如果规章符合法律规范，人民法院予以参照，否则不予参照；规章以下的规范性文件人民法院则将其作为证据看待。

(4) 免证事实不尽一致。免证实即无需证明的事实，包括众所周知的事实、预决的事实、推定的事实等。在民事诉讼中，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（简称《〈民事诉讼法〉意

见》）第75条规定了五种无需举证的事实。民事诉讼法贯穿的是“民事自治”原则，而行政诉讼法实行的是“行政法治”、“依法行政”原则，由于两种诉讼制度性质的不同，民事诉讼中的免证事实在行政诉讼中也可能是待证事实。如双方当事人明示确认的事实，在民事诉讼中，是法定的免证事实；而与具体行政行为合法与否有关的事实，只能依照法律法规和参照规章去衡量，不以双方当事人的“明示确认”为转移。所以，双方当事人明示确认的事实在行政诉讼中仍然是证明对象。又如预决的事实，刑事、行政诉讼的生效裁判认定的事实可以作为民事诉讼中的预决事实，但民事诉讼的生效裁判认定的事实则不一定能成为行政诉讼的预决事实。

(5) 我国《民事诉讼法》第151条规定：“第二审人民法院应对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。”《〈行政诉讼法〉意见》第75条规定：“第二审人民法院对上诉案件的审理，必须全面审查……不受上诉范围的限制。”从上述规定可以看出，在第二审程序中，民事诉讼的证明对象，原则上受当事人上诉请求的限制；行政诉讼的证明对象则不受当事人上诉范围的限制。

2. 举证责任

举证责任是指法律预先规定由谁承担提供证据，以及提不出证据谁就可能承担败诉后果的责任。举证责任是诉讼当事人承担的法律责任，与人民法院收集证据的职责，其他机关、组织、公民提供证据的义务有着本质的区别。举证责任理论被理论界称为“民事诉讼的脊梁”，举证责任制度是整个诉讼制度的核心之一。行政诉讼与民事诉讼的举证责任既有联系又有区别，其主要特征体现在原、被告的举证责任分配上。

(1) 被告的举证责任

我国《民事诉讼法》第64条第1款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”根据这一规定，被告只在下列情况下承担举证责任：①提出反请求；②提出抗辩主张；③《〈民事诉讼法〉意见》第74条规定的举证责任倒置的特殊情况。我国《行政诉讼法》第32条规定：“被告对所作出的具体行政行为负举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”第33条规定：“在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。”第43条规定：“被告应当在收到起诉书副本之日起十日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料，……”《〈行政诉讼法〉意见》第29条规定：“对原告起诉是否超过起诉期限有争议的，由被告承担举证责任。”第30条规定：“被告在第一审庭审结束前，不提供或不能提供作出具体行政行为的主要证据和所依据的规范性文件，人民法院可以依据《行政诉讼法》第三十二条和第五

十四条第（二）项的规定，判决撤销被诉具体行政行为。”以上规定不但明确了被告的举证责任、举证责任范围及举证不能承担的败诉后果，而且规定了举证的内容和期限，还对被告收集证据的方式作了限制。与民事诉讼相比，区别比较明显：

①举证责任不同。民事诉讼中的被告除提起反诉和法定的特殊情况外，只需提供抗辩证据；而行政诉讼中的被告则应承担整个诉讼的主要举证责任，而且举证的范围也比较广泛，不但要提供事实证据（包括实体法上的事实和程序法上的事实），还应提出作出具体行政行为所依据的规范性文件。

②法律后果不同。民事诉讼的被告举证不能所承担的法律后果，只是败诉风险（可能性）。而且，如果举证不能是由于客观原因所致，民事诉讼当事人还可得到司法救济——请求人民法院依职权调查收集证据；而行政诉讼的被告举证不能将直接承担败诉的法律后果（《〈行政诉讼法〉意见》第30条）。

③举证期限不同。民事诉讼的被告可以在一审程序中提供证据，也可在审判监督程序中提供新的证据，甚至还可在审判程序中以新的证据推翻原生效裁判。而行政诉讼的被告在法定期间内（接到起诉书副本之日起至第一审庭审结束前）不提供或不能提供证据，则会被人民法院推定为举证不能，且承担败诉后果。

④证据形成的时间不同。民事诉讼法没有对证据形成的时间作限定；而行政诉讼的被告提供的证据，法律原则上限定在行政程序中所依据的证据这个范围之内，不允许被告在诉讼中收集新的事实证据。

行政诉讼的以上特征反映了行政诉讼制度的性质，体现了行政诉讼法的立法本意——保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行政。行政机关是代表国家意志的公共管理机构，行政权力的行使决定了行政机关在行政执法中始终处于优益的地位，并缺乏强有力的监督机制，而行政相对人处于弱者地位，为实现权力与义务、权力与权利的平衡，在行政诉讼中，就必须将行政机关与相对一方原告不对等的法律地位相互易位，使行政机关在执法阶段的优益地位消失，由一个单方面的决定者变为恒定的被告，且对所作的具体行政行为负举证责任。

被告要证明其所作具体行政行为合法，应该列举以下几个方面的证据：行政主体合格和职权范围的证据；作出具体行政行为所依据的事实证据；行为内容和目的合法的证据；行为符合法定形式要件和意思真实完整的证据；程序合法的证据以及相关的规范性文件。

(2) 原告的举证责任

在行政诉讼中，除具体行政行为的合法与否由被告承担举证责任外，其他问题仍采取“谁主张，谁举证”原则，“被告在行政诉讼中负举证责任”的提法是错误的。在下列情况下原告也要对其主张负举证责任：①我国《行政诉讼法》第41条规定了起诉的法定条件，原告提起诉讼，首先必须提出证据证明其起诉主张符合法定要件，证明其诉权，否则就要承担起诉被人民法院驳回或人民法院不予受理的后果。那么，原告主张的实现无从谈起。②最高人民法院《关于审理行政赔偿诉讼案件若干问题的规定》第32条规定：“原告在行政赔偿诉讼中对自己的主张承担举证责任；被告有权提供不予赔偿或减少赔偿方面的证据。”③不作为案件中，原告负有一定的举证责任。

(3) 不作为行政案件的举证责任

对不作为行政案件的举证责任分配，理论界和司法界都有争议，一种观点认为应由原告承担举证责任；另一种观点认为应由被告承担举证责任。我们认为，这两种观点都不全面。

首先，应该明确不作为行政案件的证明对象。不作为行政行为是指“行政主体依行政相对人的合法申请，应当履行也有可能履行相应的法定职责，但却不履行或拖延履行的行为形式。”观察这一定义，其含义：一是行政相对人依法申请。行政相对人提出申请的事实与行政主体的不作为事实密不可分，没有相对人的积极行为就不存在行政主体不作为（消极行为）；二是行政主体应当履行也有可能履行；三是所谓“不作为”，其实是行政主体“作为”了消极行为（不履行，拖延履行），这种消极行为也是具体行政行为。所以，审查不作为行政行为合法与否，当然离不开对相对人是否提出申请以及申请合法性的审查。由此可见，不作为行政案件的证明对象既包括原告申请合法与否，又包括不作为行政行为合法与否。其次，行政诉讼要求被告承担特殊的举证责任，旨在平衡行政机关与相对人由于行政程序中法律地位不对等所导致的在举证上的优劣势。在不作为行政案件中，原告在收集证据证明自己已提出过申请，且在申请行为合法性这一方面，不存在什么劣势，客观上也不存在困难，原告若连自己行为的存在且合法都不能证明，显然要求被告履行法定职责的请求权基础就不存在。在这种情况下将证明原告申请合法性的举证责任恒定给被告，有悖于行政诉讼立法本意。所以，关于原告申请合法性问题的举证责任应由原告承担，被告有权提出证明原告申请不符合法律条件的证据；其三，被告对不作为行政行为的合法性承担举证责任。不作为行政行为也属于行政行为的一种，依照行政诉讼法第32条的规定，被告应该承担举证责任。所以，在不作为行政案件中，原告应对自己申请行为的合法性承担举证责任，被告应对不作为行政

行为的合法性承担举证责任。

3. 人民法院调查收集、调取证据制度

我国《民事诉讼法》第64条第2款规定："当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。"我国行政诉讼法第34条规定："人民法院有权要求当事人提供补充证据。人民法院有权向有关行政机关以及公民调取证据。"这两条规定分别规定了民事诉讼中人民法院依职权收集证据制度，和行政诉讼中人民法院调取证据的制度。必须明确，人民法院依职权收集证据或调取证据，和当事人承担举证责任有着本质的区别。人民法院不是举证责任的主体。人民法院依职权调查收集证据或调取证据，都是对当事人举证不能的司法救济制度，是举证责任制度的必要补充。这是根据我国现阶段经济发展水平不高，公民法律意识普遍不强的实际情况而决定的。举证不能必然败诉，可能会导致法院作出实体法上不公正的裁判，使因客观原因不能自行收集证据的当事人的合法权益受到侵害，这显然不符合我国"社会主义法制原则"。对举证不能的司法救济制度弥补了举证责任制度的不足之处。

民事诉讼中人民法院依职权调查收集证据制度，和行政诉讼中人民法院依职权要求当事人提供或补充证据、调取证据制度，虽然两者目的是一致的，但内容有区别。首先，民事诉讼法规定的是"应当收集"，而行政诉讼法规定的是"有权调取"。显而易见，人民法院在审理民事案件中收集证据的职责较为重大，态度上也应较为主动。其次，救济对象不同，民事诉讼当事人有权获得救济，而行政诉讼中的建立调取证据制度的目的主要是更加充分保护原告的合法权益，而不是协助被告证明具体行政行为的合法性。由于行政机关和相对人的不对等地位存在延续性，在行政诉讼中，被告在行政程序中的优益地位不可能消灭殆尽，原告的地位实际上仍处于劣势，需要予以救济。对于具体行政行为的合法性的举证责任，行政诉讼法明确由被告承担。行政机关拥有充分的权力、人力和财力，不存在举证不能的客观困难，人民法院不能代替被告对具体行政行为合法性进行举证，也没有必要代理被告调取证据。所以，在行政诉讼中，人民法院调取证据的范围是证明具体行政行为违法性的证据。另外，人民法院要求当事人提供补充证据或调取证据具有强制性，当事人、证人不履行义务的，将承担败诉后果或妨碍诉讼的法律责任。

人民法院调取证据，一般基于以下情况：（1）被告在行政诉讼中收集的对原告有利的但没有采用的证据；（2）其他行政机关现有的规范性文件或能证明被告作出的具体行政行为违法的证据；（3）被告的具体行政行为具有"不制作

文书”、“不送达”等违法情形，原告提供线索，但不能自行收集证据的；(4) 被告作出具体行政行为所依据的事实证据是违法取得的，原告提出线索但由于客观原因，难以收集的证据；(5) 原告在客观上难以自行收集的证据，如涉及国家机密的文件、档案，涉及个人隐私的材料等；(6) 人民法院认为需要调取的证据。

4. 人民法院审查核实证据

审查核实证据是指人民法院审判人员对案件的全部证据（包括人民法院调取的证据），在经审查辨明其真伪的基础上，确认其证明力大小及有无的诉讼活动。我国民事诉讼法第64条第3款规定：“人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。”人民法院在民事诉讼和行政诉讼中都必须遵守这一规定。

(1) 公开性

我国民事诉讼法、行政诉讼法都规定，证据应当在法庭上出示，证据经过法庭审查核实，才能作为定案的依据。公开审查核实证据是诉讼活动的法定程序。证据应在法庭上出示，并由当事人互相质证，非经法庭出示和当事人质证的证据，就不能作为法院定案的依据。这种审核证据的方式，充分体现了当事人在诉讼中的地位平等，给审判人员提供了听取多方面意见的机会，有利于公正裁判。同时也增加了司法审查的透明度，有利于社会的监督。

(2) 合法性

审查核实证据，必须围绕证据的客观性、关联性、合法性来进行。关于证据的客观性、关联性，是一切诉讼证据的基本属性，大家认识比较一致。但证据的合法性问题，一直是证据学界争论的焦点，学者们对此众说纷纭，莫衷一是。笔者认为，证据的合法性问题，在行政诉讼中和民事诉讼中，不能一概而论。在行政执法中，行政程序法对证据的形式、证据内容都有具体的规定，要求行政机关在行政执法中收集证据、采用证据都必须严格依法定程序的要求。所以，行政诉讼法中的证据必须具备合法性的特征。获得证据的途径、方式不合法，内容不合法的证据都不能作为人民法院定案的证据。民事诉讼中的证据，一般形成于民事活动中，情况比较复杂，法律也没有很多的具体规定，加上现阶段公民、法人的法律意识不是很强，即使法律有规定的也常被忽视。对证据合法性的审核，采取刑事、行政、民事诉讼一元的标准，显然值得研究。如《经济合同法》规定，经济合同必须采取书面形式。但在民事诉讼中，当事人所举的证据缺乏这一法定要件，但能证明事实的真实性和关联性，人民法院若以不符合“合法性”的要求予以排除，将不利于案件的审理。所以，民事

诉讼中的证据，其取得的途径、方式和内容，只要不违反法律规定的禁止性规范，即可被视为其具有“合法性”。

(3) 违法证据的排除

违法证据是指行政诉讼主体没有遵守法律法规关于收集证据应当遵守的原则和程序的规定所收集的，或内容违反法律法规规定的证据。违法证据不能作为人民法院定案的证据，应在审查核实证据时予以排除。在行政诉讼中，应予以排除的违法证据包括：①审判人员违反行政诉讼中有关规定而调取的证据；②行政机关违反行政程序规则而收集的证据；③行政机关在作出具体行政行为后所收集的证据，但在作出具体行政行为后，行政诉讼开始前依法复取的证据除外（依法复取的证据是指行政机关对所收集的证据进行审查后发现，该证据具有客观性、关联性，但合法性有瑕疵，依法重新收集的证据）；④原被告提供的证据相互矛盾，且无法认定的证据；⑤内容上与法律法规相抵触的规范性文件；⑥原告违反法律禁止性规范所收集的证据。

四、证据在行政诉讼中的意义

证据在行政诉讼中具有重要的意义，它具体表现为以下几个方面。

（一）对于查明并正确裁判行政案件的重要意义

以事实为根据，以法律为准绳是行政诉讼法的重要基本原则，人民法院审理行政案件的首要工作就是查明案件事实，只有在查明事实的情况下，才能准确地定性，并准确地适用法律、法规作出判决，以切实保护公民、法人或者其他组织的合法权益不受行政机关非法行政行为的侵犯。而人民法院查明案件事实必须借助于证据，没有充分、确凿的证据是难以查明和认定案件事实的。由此，证据是行政诉讼的关键，是审判行政案件的基础。

（二）对于有效监督行政机关具体行政行为的重要意义

行政诉讼制度既是一种解决行政纠纷的裁判制度，又是人民法院对行政机关行政职权活动实施法律监督的制度。人民法院能否有效地对行政机关实施法律监督，则在很大程度上取决于对证据的掌握，有了充分、确凿的证据，人民法院才能明确指出和确认行政主体具体行政行为的违法性和不适当性，并对其予以改变或撤销，同时也能使行政机关及其工作人员真正认识到自己具体行政行为的错误，心悦诚服地接受人民法院的裁判，并接受教训以注意在今后的工作中不再出现类似的问题。这就有效地发挥了人民法院对行政机关具体行政行为的监督作用。此外，人民法院掌握了充分、确凿的证据，也能发现行政机关抽象行政行为错误的问题，行政诉讼虽不能受理公民、法人或者其他组织对

抽象行政行为的起诉，也不能对行政机关抽象行政行为作出判决，但通过这些证据，可以使行政机关自己认识到抽象行政行为的错误，自己予以改进，人民法院也可以通过司法建议的方式向行政机关提出改进的意见。这对于帮助行政机关改进工作也是十分有益的。

（三）对于增强人民群众法制观念的重要意义

行政诉讼除了具有保护公民、法人或者其他组织合法权益的作用之外，也具有对广大人民群众进行法制教育的重要作用。人民法院在行政诉讼中重证据，以充分、确凿的证据所查明的案件事实作为根据来判案，可以使广大群众从下列几个方面受到法制教育，进而增强其法制观念。

五、行政诉讼与民事诉讼证据制度的区别

我国的行政诉讼是从民事诉讼中分离出来的。行政诉讼法规定的证据制度，一方面，不少内容沿用了民事诉讼证据制度的规定，如证据的概念、证据的特征、主要证据的种类、证据的保全、证据的鉴定等等，与民事诉讼是相同或基本相同的。另一方面，又规定了不少具有行政诉讼特点的证据制度，以保证行政审判任务的完成。

（一）行政诉讼与民事诉讼的证据制度不同。

1. 就二者的诉讼目的而论，民事诉讼的目的是确认民事权利义务，制裁民事违法行为，保护当事人的合法权益。行政诉讼的目的是为了保护作为行政管理相对人的公民、法人或其他组织的合法权益，不受行政机关及其工作人员所作行政行为的侵犯，维护和 监督行政机关依法行使行政职权。二者的诉讼目的不同，决定了诉讼中证据的证明任务、证明对象、证明责任的不同。

2. 就审查对象而论，民事案件的审查对象是当事人诉讼请求的理由和事实根据是否成立。行政案件的审查对象是被告的具体行政行为是否合法，而不是把原告诉讼请求的理由和事实根据作为审查的对象。由于审查对象的不同，决定了证据的证明任务、证明对象的不同。

3. 就判决的内容而论，民事案件是根据双方当事人提供的证据，人民法院最终查明的事实，依据法律作出判决，确定当事人在民事法律关系中的权利义务。行政案件是人民法院根据具体行政行为是否合法，作出维持或撤销具体行政行为的判决，或判决被告履行法定职责，除行政处罚显失公正的，可以判决变更外，人民法院不得对当事人的行政法律关系中的权利义务直接作出判决。由于判决内容的不同，决定了证据证明的任务不同，决定了被告收集和提供证据的时间效力的不同，决定了人民法院在证据制度中的地位以及对“事实

为根据，法律为准绳”原则的贯彻和运用的不同。

（二）行政诉讼和民事诉讼证据的证明任务、对象和责任不同。

1. 证明的任务不同。

证明任务，也称证明要求，是指诉讼中对案件事实的证明所要达到的程度或标准。民事诉讼证据的证明任务是证明当事人权利义务的客观事实是否存在，查明事实，分清是非，确认民事诉讼的当事人的权利、义务关系。行政诉讼证据的证明任务，不仅要证明被告的具体行政行为所认定的原告的行政法律事实是否客观真实，证据是否充足确凿，而且还要证明具体行政行为是否符合法定程序，适用法律法规是否正确，确认被诉的具体行政行为是否合法。

2. 证明的对象不同。

证明对象，又称待证事实，是指依法运用证明材料予以确认或论证的案件事实。民事诉讼中的证明对象，是证明原告诉讼请求所根据的事实和被告反驳所依据的事实是否存在。它主要包括以下内容：(1) 当事人之间民事权利、义务关系赖以发生、变更或消灭的事实；(2) 民事权利义务遭到侵犯或者发生争执的事实；(3) 妨碍民事权利义务履行的事实；(4) 当事人的主体情况，等等。行政诉讼中的证明对象，是证明具体行政行为是否合法，这就决定了行政诉讼必须以下列事实作为自己的证明对象：(1) 被告的具体行政行为是否有法律根据；(2) 被告的具体行政行为是否具备法律所规定的事实要件；(3) 被告的具体行政行为所依据的事实；(4) 被告的具体行政行为是否符合法定程序；(5) 被告的具体行政行为是否存在滥用职权或超越职权的事实等等。

由此可见，民事诉讼中是依据当事人所主张的事实根据作为自己的证明对象的，行政诉讼中，是紧紧围绕被告的具体行政行为是否合法作为自己的证明对象的。

3. 证明的责任不同。

证明的责任，又称举证责任，是指提供证据加以证明案件事实的责任。

(1) 证明责任的分担不同。

民事诉讼中对争议事实的证明责任由提出主张的当事人负责，即谁主张权利，谁就负举证责任。民事诉讼法第 64 条规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。这充分说明了民事诉讼中谁主张谁举证的规定。

行政诉讼中对争议具体行政行为的证明责任由被告单方负责。行政诉讼法第 32 条规定：被告对作出的具体行政行为负举证责任。原告对具体行政行为有争议，有权主张判决撤销之，但法律并未规定他要负举证责任。

这里需要说明的是，被告只对具体行政行为负单方举证的责任，对具体行

政行为以外的争议，证明责任不适用被告单方负责的规定。譬如，在原告诉讼请求人民法院判令被告履行法定职责的案件中，原告是否向被告提出过履行法定职责的申请，这个证据就应由原告举证，因为原告的申请行为，不是被告的具体行政行为的内容，当然不能要被告对此负举证责任。如果原告提供了向被告申请过的事实证据，且是属实的，那么，被告就要对为什么不履行法定职责这个不作为的具体行政行为负举证责任。又如，原告单独提起行政侵权赔偿之诉，在这个诉讼 中，人民法院首先仍对具体行政行为是否合法进行审查，以确认被告是否承担侵权赔偿责任，对具体行政行为的举证责任应由被告单方负担，但对造成损害的事实，则应由原告举证。

（2）证明责任的内容不同。

民事诉讼中当事人只需提供事实方面的证据，一般不必提供法律根据的证明，因为适用法律是人民法院的事。行政诉讼中被告不仅要负责提供事实方面的证据，还要负责提供法律根据的证明。行政诉讼法第 32 条规定，被告应当提供作出具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。把具体行政行为适用的法律法规等规范性文件，在诉讼中作为证据提供，而且必须提供。因为具体行政行为适用法律是行政机关的事，是人民法院审查其是否合法的重要内容之一。

（3）诉讼请求理由与证明责任之间的关系不同。

民事诉讼中，原告提出诉讼请求的理由与提供证据的责任是连在一起的。原告提起诉讼请求的同时，必须提供证据证明自己的理由成立，否则他就不能胜诉。行政诉讼中，原告提出诉讼请求的理由与提供证据的责任不是必须连在一起的。因为证明责任由被告负担，原告不负举证责任，人民法院不是根据原告的诉讼理由是否成立判决的。所以他在请求法院确认具体行政行为不合法，判决撤销具体行政行为时，可以不须提供具体行政行为不合法的证据，他也能胜诉。

这里需要研究的是：上述观点与行政诉讼法第 41 条第（三）项关于提起诉讼的条件应当“有具体的诉讼请求和事实根据”的规定是否相矛盾。笔者认为是不矛盾的。行政诉讼法关于起诉条件中规定的“事实根据”并不是要原告提供具体行政行为是否违法的根据，而是指诉讼请求指向的具体行政行为发生的事实根据以及复议事实根据等。如果原告起诉时不能证明具体行政行为确已发生，就不符合起诉条件，就要被人民法院裁定不予受理。原告承担的是案件不被受理的法律后果，而不是举证责任意义上的败诉后果。

（4）证明责任是否发生转移不同。

民事诉讼中，如果被告不同意原告的主张时，证明责任就要转移，被告方就要承担证明责任，提供证据证明自己的主张有理，否则，就要承担败诉责任。行政诉讼中，因为由被告单方负证明责任，即使原告不同意被告认定的事实，也不发生证明责任转移的问题。在原告不同意被告认定的事实时，法院虽然也要求原告提供反证，但这不是证明责任的转移。因为具体行政行为是否合法的证明责任在被告，即使原告不能提供反证，只要被告不能证明具体行政行为合法，原告也能胜诉。

(5) 完成证明责任的标准不同。

民事诉讼中当事人向人民法院提供证据，可以是要式的，如提供的书证、物证等，也可以是不要式的，如口头向法院陈述自己知道的证据，或提供证据线索，请求法院帮助调查取证，也算尽了举证责任。行政诉讼中对被告举证的表现形式有专门要求。被告举证，不管是书证、物证，还是证人证言、视听资料等，都应当向人民法院提交具体行政行为的有关材料，都必须是要式的。不能只是口头陈述或提供线索请法院调查取证而已。被告举证不仅强调要式，而且还强调当庭举证，才算完成了举证责任。因此，行政诉讼中，被告向人民法院提交具体行政行为的有关材料，是法定义务；在开庭审理时提供证据，供法庭审查，是审查证据的法定形式。被告只有完成了提交材料和当庭举证，才算完成了举证责任。

(三) 对原被告收集和提供证据的时间有无限制规定不同

1. 民事诉讼中，当事人收集证据的时间，不受限制，诉讼中、诉讼后，都可以收集。行政诉讼中，被告及其诉讼代理人在诉讼过程中不得自行向原告和证人收集证据，而对原告没有这个限制。这是因为，行政诉讼与民事诉讼发生的前提不同。提起行政诉讼前，已经有了一个行政执法过程，而行政执法对调查取证的基本要求是“先取证、后裁决”，作出具体行政行为时，必须有充足的事实根据和法律依据，具体行政行为才是合法的。行政诉讼的目的是为了保护行政管理相对人的合法权益不被具体行政行为侵犯，监督行政机关依法行政；人民法院审查的是具体行政行为作出时的证据是否充足，而不是审查原告事实上是否违法的证据。因此诉讼中被告只有接受审查具体行政行为是否合法，不得再自行收集证据了。即使原告事实上有违法行为，作出具体行政行为时的证据不足，该具体行政行为也是不合法的，不能在诉讼过程中通过补充收集证据使之合法。这样规定，有利于促进行政机关依法行政。

2. 民事诉讼中当事人提供证据的时间不受限制，在庭审前、庭审后，在一审中或在二审中提供的证据，只要取证的程序合法，内容客观真实，都有

效。甚至在终审判决后，申请再审过程中提供的证据也有效。行政诉讼中，对原告提供证据的时间没有限制，但对被告提供证据的时间有限制。被告在第一审庭审结束前提供的证据有效，庭审结束后再提供，或在二审中再提供的证据，则无效。这是因为受“对具体行政行为是否合法进行审查”这个基本原则决定的。第一审庭审结束前，被告没有提供证据，或提供的证据不能证明具体行政行为合法的，一审法院就应以主要证据不足为由，判决撤销具体行政行为。被告在二审中才提供证据，虽然证明具体行政行为合法，二审法院也不能以此改判被告胜诉，因为二审是对一审判决认定的事实是否清楚，适用的法律是否正确，审判程序是否合法进行审查，同时，也对具体行政行为是否合法进行审查。由于被告在一审中未能证明具体行政行为合法而被判决败诉，该判决是正确的，二审就应该维持一审判决，不能以二审中提供的证据，改判一审判决。相反，如果原告在二审中提供了证据，证明具体行政行为不合法时，二审法院应当根据此证据作出撤销具体行政行为的判决。因为人民法院审查的是具体行政行为是否合法并由被告举证，而不是审查原告的诉讼理由，且原告又不负举证责任，所以原告提供证据的时间不应受到限制，否则不符合保护公民、法人或其他组织合法权益的立法目的。

（四）人民法院在证据制度中的地位不同

民事诉讼中，人民法院承担着一定的证明义务，案件事实由人民法院查清。民事诉讼法在规定人民法院对当事人提供的证据，按照法定程序，全面地、客观地审查核实，有权向有关 单位和个人调查取证的同时，还规定人民法院对当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院审查案件需要的证据，应当调查收集。人民法院在查清了案件的全部事实后，根据事实作出判决。从这个意义上讲，人民法院也承担了一定的证明义务。

行政诉讼中，没有规定人民法院应当调查收集证据的义务，而是授予人民法院有权要求当事人提供或补充证据，有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。遇到具体行政行为的证据不足时，不应由人民法院去帮助被告调查收集，应当要求被告举证。行政诉讼中，人民法院为了核实当事人提供证据的真实性，有时也要进行调查取证，但这种调查取证，是人民法院对证据行使审查权的一种形式，处于审查的地位，完全不同于民事诉讼中的调查收集证据是一种义务。正因为如此，行政诉讼中被告在第一审庭审结束前，未能提供证据的，就应判决败诉，二审中尽管提供了证据，也不能依据证据作出改判判决。而民事诉讼中负有举证责任的当事人，在第一审中未能提供证据被判决败诉后，二审中提供了，还能胜诉。

（五）“以事实为根据，以法律为准绳”的内涵不同

以事实为根据，以法律为准绳，是我国三大诉讼中共同的基本原则。但是行政诉讼在运用和贯彻这个基本原则时，对该基本原则内涵的理解和运用，同刑事诉讼、民事诉讼是不同的。

1. 以事实为根据的内涵和运用不同。

以事实为根据的原则，在民事诉讼中的要求，一是要求人民法院查清案件事实，分清是非，确认当事人的民事法律关系。二是要求人民法院根据查清的案件事实，作出判决，确定当事人的权利义务。

该原则在行政诉讼中的运用，不是要求人民法院去查清原、被告之间本来的行政法律事实，法院也不是根据原、被告本来的行政法律事实作出判决，而是以被告作出具体行政行为时所依据的事实、证据是否确凿充分来判断具体行政行为是否合法。只要具体行政行为所依据的事实缺乏证据，即使原告本来确有违法事实，人民法院也不得以自己查清的事实为根据，为被告补充证据确认具体行政行为合法，而只能以证据不足为由，判决撤销具体行政行为。

2. 以法律为准绳的内涵和运用不同。

民事诉讼中，对民事争议的定性、适用法律等，是人民法院的事，由人民法院根据民事法律规范的规定，直接确定当事人的民事权利义务。

行政诉讼中，对原告行为的定性，适用什么法律作出具体行政行为，是行政机关的事。法院只审查被告对原告行为的定性和适用的法律是否正确，并作出判决，即使原告的行为依法应该受到行政处罚，但被告在定性和适用法律方面有错误，人民法院也无权变更定性或变更适用法律，对原告作出处罚的判决。民事诉讼中，人民法院没有审查当事人是否违反法定程序的内容。行政诉讼中审查原告的诉前程序，特别是被告的执法程序是否符合法定程序，是“以事实为根据，以法律为准绳”的必不可少的重要内容。

第三节　行政诉讼证据的性质

行政诉讼证据是行政诉讼证据制度中的重要组成部分，辐射行政诉讼证据制度的全部。本文试图从行、刑、民诉讼证据相比较的角度，结合行政诉讼立法、司法实践，对行政诉讼证据本质及其属性进行探讨，以就教于法学界的同仁。

从制定法的角度看，在行、民、刑三大诉讼法体系中，惟有刑事诉讼法对

刑事诉讼证据的内涵作了界定，即刑事诉讼法第41条规定的“证明案件真实情况的一切事实都是证据”。此规定基本正确，即证据的本质是事实，但这种事实不是一般的自然或社会生活中的事实，而是一种符合法律规定的事实，能够证明案件真实情况的事实，但此规定丢掉了“符合法律规定”的限制。我认为，行政诉讼和刑、民诉讼证据的本质应是一致的。从内容方面看，证据是一定的事实，是能够证明案件真实情况的一切事实；从形式方面看，证据被限定为行、民、刑诉讼法所规定的表现形式；从程序上看，证据的收集、审查和运用必须符合法定的程序。因此，我国行政诉讼证据的本质可表述为：以法律规定的形式表现出来的，符合法定程序的，能够证明案件真实情况的一切事实。其基本属性为：客观真实性、相关性、合法性。

属性之一：客观真实性——有时涉及将来“可能的事实”，具有一定程度的或然性

行、民、刑诉讼证据都必须具备客观真实性，假或不真实的就不能作为裁决的依据，否则无效，这是共用的规则。行政诉讼证据的客观真实性有自己的独到之处，因为在具体行政行为中，不仅需要用证据证明业已发生的事实，而且要解决现在或将来事实的证明问题，而刑、民诉讼证据中的证据，绝大多数用来证明过去已经发生的事实（犯罪行为和民事行为），而较少用来证明现在的事实（如诉之法院之后，仍在进行的民事侵权行为对法院来讲就是现在事实），更不可能有证明将来事实的证据，这是由刑、民、行诉讼各自的特点所决定的。在刑事诉讼过程中，公、检、法三机关的基本职能是制止、发现和证明犯罪，所以已经发生或正在发生的犯罪才是刑事诉讼追究的对象，即使是必将发生的而尚未发生的犯罪，法律也只能是预防而不能惩罚，由此所决定，刑事诉讼中的证据只能用来证明业已发生的犯罪事实（对法院来讲），或正在发生的犯罪事实（对侦查人员来讲）。已经发生或正在发生的民事纠纷才是民事诉讼要解决的问题，所以民事诉讼中的证据主要用来解决过去业已发生的民事纠纷的证明问题。行政诉讼中的争议对各种具体行政行为则不同，涉及具体行政和行政执法。行政机关执法具有主动性、连续性、公共性和服务性，行政机关的职权不仅仅限于解决业已发生的纠纷，而着重在于立足现在，预示将来，从而发挥公共行政的作用，这是行政职能（主动、服务、预测）和司法职能（基本意义上的被动）的重要区别。为此，具体行政行为不仅以大量的现在事实为基础，而且有时涉及将来才发生的事实，例如国家税务局《关于严格减税、免税管理的规定》（试行）规定“纳税人申请减税、免税必须向主管税务机关提出书面报告，说明申请减、免税的原因，减免税金的用途，提供可靠的

数据资料，并提出减、免税后可能达到的经济效益目标和可行的措施”。其中“可能达到的经济效益目标”就是“将来才发生的事实”。又如《中华人民共和国环境保护法》第13条规定“建设项目的环境影响报告书，必须对建设项目产生的污染和对环境的影响作出评价，规定防治措施，经项目主管部门预审并依照规定的程序报环境保护行政主管部门批准，环境影响报告书经批准后，计划部门方可批准建设项目设计任务书”。其中的“对建设项目产生的污染和对环境的影响”也是将来才发生的事实。行政诉讼中涉及的将来才发生的事实，从哲学角度看，基本上是“可能的事实”，即包含在现实事物中的预示事物发展前途的种种趋势，是潜在的尚未实现的事实。之所以将这种“可能的事实”界定为“基本上”而不是“完全”或“纯粹”的“可能的事实”，是因为行政诉讼中所涉及的这种“可能”的事实只在 法律的范围内才有意义。毕竟和自然界事物中的可能的事实相区别，自然界中的事物完全由自然规律支配，不受人们主观因素的影响，而行政诉讼中的“可能的事实”不可能离开人们的认识和实践活动，即行政机关和相对人的认识和实践活动，所以对“可能的事实”的断定就受行政机关（或法院）和相对人认识和实践活动局限性的影响。上述“可能达到的经济效益目标”及“对建设项目产生的污染和对环境的影响”的预测或评估，就既受社会经济市场规律或自然规律所支配，又受人们对社会经济市场规律、自然规律的认识水平及科技现状或其他社会实践条件影响，也受人们其他主观因素影响。但行政管理的实践要求人们必须遵循客观规律，努力使人们的认识和客观规律相符合，所以用来证明“可能的事实”的证据必须具备最大限定的必然性，即对“可能的事实”的估价或预测必须最大限度的精确，否则就达不到行政管理的目标，使具体行政行为无效或有害。这个问题，实际上就是我们日常所说的行政决策的正确性。然而由于“可能的事实”毕竟不是现实，而且事实是发展的，情况不断变化，还可能会产生一些不确定的因素，加上人们对客观规律的认识及实践条件的局限性，对“可能的事实”的估计或预测，即用来证明“可能的事实”的证据就有可能达不到百分之百的反映将来的实际。所以行诉证据的客观真实性受其要证明事实的制约，证明现在事实要比证明过去发生的事实容易一些，发生错误要少一些，证明将来才发生的事实有时就具有一定程度的或然性，证明过去或现在事实的证据其客观性要求是无可置疑，证明“可能事实”的证据是最大限度的必然、真实。

属性之二：相关性——有时由法律限定

客观事实必须和案件事实相关，不相关的证据尽管是真实的，也不具有证据的属性，不能作为具体行政行为的依据。一般地讲，证据的相关性就是作为

证据的事实，必须和案件事实存在着某种联系，因而能起到证明案件事实的作用，这同样是行、民、刑诉讼证据共用的规则。刑、民诉讼证据的相关性由案情事实决定，而不由法律所规定，所以有人将证据的相关性归结为逻辑问题，而不是法律问题。行政证据的相关性和刑、民诉讼证据的相关性有些不同，行诉证据的相关性包括两种情况：

其一是证据的相关性有时由法律规定，而不是由“案件事实”决定，即指对某些行政行为的证据事实，法律规定了具体明确的条件，这些条件就是相关证据，也是案情事实。在此种情况下，法律不允许使用其他证据，只能使用法律规定的直接证据。《中华人民共和国私营企业暂行条例施行办法》第 9 条规定：“凡符合《条例》第 11 条规定的人员申请开办私营企业，申请人应当向工商行政管理机关提交有关证件：（一）申请人身分证明；（二）场地使用证明；（三）验资证明；（四）申请从事资源开采、建筑设计、旗、交通运输、食品卫生、药品生产、印刷、外贸、计量器具等行业生产经营的私营企业，应当按照国家有关规定提交有关部门的审批证件……”就是一例。相关证据事实范围由法律设定的具体行政行为基本上限于以现在事实为基础的、（有些也可以过去事实）依申请的行政执法行为，即相对人向行政机关申请某种权利、资格等，而法律对权利、资格的赋予又往往作出明确的规定，即具有哪些现实条件才能获得某种权利或权能。当然这种具体行政行为进入诉讼之后，其有关诉讼程序方面的证据事实仍由案情事实决定。

其二是证据的相关性由“案情事实”决定，法律只能设定案情事实的范围，即有关实体法和有关程序法案情事实的范围，但对于与案情事实相关联的证据事实，法律不可能划定一个明确的范围，更不可能作出具体设定。例如，对违反治安管理的偷窃行为的处罚及诉讼就是这样，法律只能设定涉及相对人行为、行政机关的职权行为及人民法院的诉讼行为等方面的案情事实范围，但对其中相关证据就不可能也没必要作出具体的明确规定，此种情况下的上价格地为也基本上限于以过去发生的事实为基础的行政执法和行政司法行为。这一点和刑、民诉讼证据的相关性相同，成为后者证据的相关性只能由是否实施了犯罪行为的刑事案情事实和是否发生变更、消灭民事法律关系的民事行为的案情事实（还包括刑、民诉讼中有关诉讼程序法案情事实）决定。所以，行诉证据的相关性有时由法律规定，从而和刑、民诉讼证据的相关性完全由案情事实所决定相区别。

属性之三：合法性——“排除规则”的确立

行、民、刑诉讼证据必须具备合法性，这又是三者的共同规则。一般地

讲，刑、民诉讼证据的合法性（依目前法律规定）包括形式合法和程序合法两个方面，而行诉证据的合法性则具有自己的特点，即不仅包括形式（种类）合法和程序合法两方面，还“适用排除规则”。

1. 形式合法

证据必须具备法定形式，法律之所以要对证据的形式作出明确规定，是为了要从形式上保障证据事实内容的客观性。行政诉讼是行政程序（狭义）的续接和演进，由合法性审查原则和被告负举证责任原则所决定，行诉中的证据主要来自行政程序中，况且，行政诉讼的审理对象是具体行政行为，那么其 证据形式必须反映行政实际，总括行政程序中可以及应当作为证据的各种物质表现，同时兼顾行 诉方面的客观需求，所以关于行诉证据种类应由法律作出统一规定，以保证证据的客观真实性，进而也能和刑、民诉讼证据种类相区别。民、刑诉证据形式，各自由民事诉讼法和刑事诉讼法所规定，其他没有任何法律、法规或规章对之作出规定，这是民、刑诉讼证据种类上的特点。行诉证据形式由行政诉讼法规定，就行诉证据形式来讲，也没有其他法律、法规或规章作出规定，但是必须注意到，行政机关在具体行政程序中同样离不开证据，正因为此，目前，有些法规，规章对行政程序证据形式作了规定。有些和行政诉讼法规定的证据种类相同，有些就不同，例如水利部 1990 年 8 月 15 日发布的《违反水法规行政处罚程序暂行规定》，卫生部 1990 年 11 月 8 日发布的《中华人民共和国国境卫生检疫行政处罚程序规则》和国家物价局 1989 年 3 月 14 日发布的《关于价格违法案件审查工作的规定》（试行）等规章就是这样的。笔者认为，法规或规章及其他规范性文件不能创设新的证据种类，只能以行政诉讼法规定的证据种类作为依据。其理由是：行政诉讼法是广义行政程序法的组成部分，是审查具体行政行为合法性的国家基本法，行政机关在作出具体行政行为时，必须遵守其规定，所以对其中的证据种类规定也必须执行；尽管具体行政程序和行政诉讼程序不同，也不是所有的具体行政行为都能进入到诉讼中来，但行政诉讼法所规定的证据种类正是在综合考虑所有具体行政内容后所制定的，是从具体行政实践中抽象出来的（例如现场笔录的规定），适用于所有具体行政程序，为保证证据的客观真实，证据种类在行政程序和诉讼中必须是统一的，而且须以法律的形式作出规定，而不能根据实际作变通规定。所以凡是法规规章规定的证据种类和行政诉讼法规定不同的（无论在行政诉讼法之前，还是之后）一律无效，而且其他法律（不包括刑、民诉讼法）除非用来修改行政诉讼法，也不得规定和行政诉讼法不同的证据种类。

2. 程序合法

行诉证据还要求程序合法，即收集、审查、运用证据的程序合法。行诉证据的程序合法包括两部分，其一是被告在作出具体行政行为时必须遵循法定程序。目前，我国还没有制定《行政程序法通则》，纵观法律、法规及其他规范性文件，适用于所有具体行政程序，符合现代行政及要求的收集、审查、运用证据的普遍性规则还不多，收集证据的手段、方式规定得很分散，且不系统，包括收容审查，海关扣留，公安机关强行拘留，行政检查等。例如《中华人民共和国治安管理处罚条例》第 34 条规定的公安机关对违反治安管理的人处罚一般适用下列程序：①传唤；②讯问；③取证；④裁决。但对于如何传唤、讯问、取证或裁决没有更多的可操作的细节运行规定。而对审查证据的步骤和方式，还没有哪怕是分散不系统的规定，由此造成行政机关基本上实行书面审查，基本上不实行听证式裁决方式。倒是运用证据的规则，自行政诉讼法生效以来，应该说是有了一条可普遍适用的规则，即行政诉讼法所要求的具体行政行为必须达到，也是最基本的要求——主要证据确凿。所以为保证具体行政行为的有效性、合法性，制定《行政程序法通则》，从而对有关收集、审查、运用证据的程序作出系统的、适用于所有具体行政程序的规定已势在必行，就证据所涉及的程序来说，要从两方面着手：行政机关和相对人各自在证据程序中的权利和义务，法律已有规定的，行政机关在具体行政中要遵守；没有规定的，行政机关所采取的步骤、方式必须合情合理，符合现代民主、公平的基本法律精神，从保护相对人合法权益、兼顾行政效率两方面着手，贯彻和遵循现代行政对人权的保障，发展和完善其基本规则，否则其相关证据程序就是违法的。

其二，人民法院于司法审查中收集、审查、运用证据的程序合法。在行政诉讼中，人民法院依法行使审判权，人民法院当然有权收集证据，但人民法院收集证据必须遵循法定程序，由于审判权和行政权的分工，人民法院收集证据的范围要有所限制，人民法院不能代替行政机关行使行政权，不能收集证据用来填补具体行政行为在主要证据方面的不足，人民法院收集证据一般只用来审查行政机关在具体行政程序中所收集的证据是否确凿和合法。人民法院审查具体行政行为也必须遵循法定步骤和方式，按着行政诉讼法的规定，其基本方式是庭审方式，人民法院运用证据也必须符合法定程序和规则，人民法院审查具体行政行为就是审查支持具体行政行为的证据是否具备和确凿，具备和确凿的就维持，否则就撤销或判决重新做出具体行政行为。

行诉中关于证据的程序合法包括行政诉讼程序两个方面，这和刑诉程序的合法有相似之处，刑事诉讼证据程序合法包括侦查、控诉、审判程序三个方

面，即在审判程序之前都有一个或两个法定机关对证据的收集、审查或运用程序。但行诉证据程序和刑诉证据程序仍有区别，首先，如前述行诉中所涉及的行政程序收集证据手段不系统且分散，而刑诉中的收集证据手段规定的比较系统且集中；行政程序中审证方式基本上是书面的，而刑诉中的审证方式基本上是直接、言词方式；在行诉中，法院审理对象是具体行政行为，而不是相对人的行为，所以我们可以说在行诉中人民法院的审证方式的对象就是行政机关的收集审查、运用证据的方式和步骤是否合法，而刑诉正好相反，人民法院审理案件不是审查、侦查控诉行为是否合法，即不是审查侦查机关或控诉机关的收集、审查、运用证据的方式和步骤是否合法，而是被告人的案件事实，这就决定了行诉中法院审证程序和刑诉中法院审证程序上的不同。再者，在行诉中，法院运用证据的规则是证据确凿，而不必充分，而刑诉中，其规则是证据确凿、充分，等等。行、刑证据程序合法和民诉不同，民诉中证据程序合法基本上指审判程序中的合法，因为在民事诉讼之前，没有一个法定机关运用法定权力收集、审查、运用证据的程序问题。民事诉讼中，当事人法律地位平等，尽管当事人有权收集证据，但没有法定手段，尽管可以参与证据的审查、运用，但仍没有审判机关那样审查、运用证据的权力，当事人向人民法院提供证据，只能是其能够提供的证据，所以一般地说，不存在当事人“举证”的程序合法问题，民诉中证据的程序合法问题，主要指人民法院收集、审查、运用证据的程序合法，又由于民诉中实行“谁主张，谁举证”的原则，只在人民法院审理案件需要时，或当事人因客观原因不能举证时，人民法院才收集证据，所以民诉中证据的程序合法并不像行、刑诉讼那样突出。

3. 违反法定程序——“排除规则”的适用

实体违法要承担法律责任，程序违法也必须承担法律责任，违反程序法要承担纠正违法程序、返还合法程序，同时承担由此引起的实体后果，但是与违反程序相关的证据如何界定，对此，行、刑、民三大诉讼法的要求有所不同，就法律规定看，笔者认为行政诉讼证据的合法性要求远高于刑、民诉讼证据合法性要求，因为行政诉讼法适用了排除性规则。在行政诉讼中，凡是违法（违反宪法、刑法、刑诉法及其他、法规规定）取得的证据，包括相对人陈述和证人证言及其他证据，一律不具有证据资格，更没有证明力。“排除规则”首先产生于刑事诉讼中，在美国所谓“排除规则”是指法律实施官员违反宪法和法律的有关规定取得的证据，在审判时不得作为定罪的根据加以采用。这一规则不仅适用于非法搜查和扣押取得的物证和书证，而且适用于非法逮捕、违反法律正当程序取得的认罪供述。在这里，证据可否被采用，采证程序的合法性就

起了决定性的作用，这就是“排除规则”的实质所在，“排除规则”的目的在于防止政府官员为采证而违反法律正当程序，侵犯刑事被告人的宪法权利。其他国家如英国和日本也基本上采用和美国类似的“排除规则”。“排除规则”也适用于行政程序和行政诉讼。

之所以认定我国行政诉讼中确立了“排除规则”，其法律根据有二。第一，行政诉讼法第5条规定：“人民法院审理行政案件对具体行政行为是否合法进行审查。”而合法性审查标准之一是“是否违反法定程序”，行政诉讼法第54条就明确规定，具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的判决维持，具体行政行为违反法定程序的判决撤销或部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为。违反法定程序包括违反法定收集、审查、运用证据的程序，这就是说违反法定程序收集、审查、运用的证据不可采，不具有证明力，最终被人民法院以“程序不合法”为理由而否定具体行政行为的法律效力。第二，该法第32条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件”，这就是说被告对具体行政行为的合法性负有证明责任，如果在诉讼中，被告不履行此证明责任，其诉讼法律后果必然是否定的，而且行政机关履行证明责任还必须遵循“先取证，后裁决”的这个基本原则，行政诉讼法第33条规定：“在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据”，即证据主要来自行政程序中，在诉讼中自行收集的证据不可采，不具有法律效力，这是“排除规则”的必然要求。

行政诉讼中的“排除规则”，应当贯彻到底，在“排除规则”面前一视同仁，即被告在收集、审查、运用证据中，违反法定程序要承担“排除规则”的后果。同样，对人民法院也适用，即人民法院如果在审查具体行政行为的合法性诉讼中，违反法定程序收集、审查、运用证据也应当承担“排除规则”的后果。但行政诉讼法第61条第3项却规定：“原判决认定事实不清，证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审，也可以查清事实后改判。当事人对重审案件的判决、裁定可以上诉”，根据该条规定只在原审人民法院违法收集、审查、运用证据且“可能影响案件正确判决”时，才使原审法院承担“排除规则”的法律后果，这就和行政机关承担的“排除规则”后果（具体行政行为只要违反法定程序就撤销）产生了矛盾。

行政诉讼中实行“排除规则”，那么民诉中有没有“排除规则”呢？根据民诉法第153条第4项规定：“原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决

的，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审”。所以，即使认为民诉中确立了“排除规则”，但也是有附加条件的。和民诉法基本相似，刑诉中也没有建立“排除规则”，其原因是：(1) 我国刑诉法大多数程序条文，往往是以义务性或禁止性规范形式规定的，即“应当”、“应该”、“禁止”等等，并没有规定违反程序的后果问题，例如，虽然刑诉法第32条规定“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证明被告人有罪或者无罪，犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据……”，但是刑诉法没有规定违反法定程序收集的证据不可采，不具有证明力。(2) 监督、制约不力。如刑诉法第2条规定“人民检察院在审查批准‘逮捕’工作中，如发现公安机关侦查活动有违法情况，应当通知公安机关予以纠正，公安机关应当将纠正情况通知人民检察院”，该条并没有规定如果公安机关侦查违法而拒绝纠正，那么检察院还可以怎样监督，采取哪些措施，也没有规定通过违法的侦查手段获得的证据是否可用。实践中司法机关往往照用不误。又如刑诉法第96条规定人民检察院审查案件内容之一是“侦查活动是否合法”，但是并没有规定侦查活动违法的后果、侦查违法的果实——证据可否采用。刑诉法第108条规定也是这样，虽然人民法院可以以“主要事实不清，证据不足”为由，退回人民检察院补充侦查，但是并没有规定以“侦查行为，控诉行为违法”为由退回人民检察院补充侦查，更不用说可以以“取 证的侦查、控诉行为违法，而导致证据不可采或不参采，撤销案件，宣布无罪”。所以尽管我国刑诉法明确要求公、检、法三机关办案必须遵循法制原则，但是仍不能认为我国刑诉法中就确立了证据的“排除规则”。在我国，尽管法律规定不明确，法学界对刑诉中违反法定程序收集、审查、运用的证据是否可采，还争论很多，但是随着民主和法制的发展，刑事诉讼功能已由单一的追求客观真实到保障被告人的合法权益不受侵犯和在遵循法律的情况下求得案件真实二者并重，至于在我国刑诉中建立排除规则也只是时间问题。

第四节　行政诉讼证据的种类及分类

一、行政诉讼证据的种类

我国行政诉讼法将能够成为行政诉讼证据，证明行政案件客观真实情况和各种事实材料，按其客观形式、特点而划分的类别，就是行政诉讼证据的种

类。根据该法第 31 条的列示，行政诉讼证据可分为以下七类：

（一）书证

书证，是指以文字、符号、图案所记录或表示的内容，来证明案件事实的各种书面材料。比如各种许可证照、批准书、申请书、文件、裁决书、罚款通知单、收据、函电等等。

在行政诉讼中，书证是最常见、最普遍的证明材料。这是因为，行政争议系由具体行政行为而引起，大量的具体行政行为在导致诸多的行政法律关系发生、变更、消灭的过程中都是以书画形式表示，或确定权利义务关系，或记载权利义务关系的争执。因此，大量收集提供书证，运用书证，在行政诉讼中实不可轻视。

书证可以根据不同标准再分类：

1. 根据制作主体的不同，分为公文书证和非公文书证。前者指国家机关、企事业单位、社会团体所制作的书面材料，如文件、公函、证明、许可证、执照等等；后者指公民个人制作的书面材料，如书信、私电函、申请报告等。

2. 根据制作过程的不同，分为原本、正本、副本、节录本、复印本、译本。最初确定意思表示而作成的文书为原本；依原本抄缮的文书为缮本；对外与原本具有同一法律效力的缮本为正本；将正本抄送给有关单位或个人的文书为副本，副本在内容、效力上与正本相同；复印而成的文书为复印本；将文书节录一部分的为节录本；提交外文书证须附送中文译本。

3. 根据制作形式不同，分为普通书证和特别书证。前者法律不要求具备特定的形式和一定手续，只要意思表示的内容确定即可。如公民申请公安机关解救其被拐骗亲属的申请书。后者是法律规定须具备一定法定形式的书证。如经过一定登记机关注册登记的牌号、商标、罚款裁决书和收据等。

在一般情况下，书证的内容往往体现当事人的真实意思，是案件客观情况的记载和反映。不论存在时间长短，只要其文书内容能辨别出来，都具有相应的证明力。各种书证，不论是由行政机关、法人或其他组织，还是由公民提供，法庭都要进行审查，当事人都要进行质证，根据不同情况，确认其证明力。在提供书证原本确有困难的情况下，可以提交副本、抄本、复印本、节录本等来代替，但须证明与原本无异。涉及国家秘密和个人隐私的，法庭应保守秘密，需要向当事人出示的不应在公开场合进行。

（二）物证

所谓物证，是指以其外部形状、质量、特征、规格等来证明案件事实的各

种物品。比如假药、劣质彩电、违章建筑物、被污染水域、被走私文物，等等。

物证的主要特点是：物证不带有任何思想内容，是不依赖任何人的主观意志而客观独立存在的物品。这里，有必要注意物证与书证的区别和联系。物证与书证就其实体形态而言都是物质材料，但两者又有明显的区别：

1. 书证是以记载（通过人的主观意思表示而形成）在物质材料上的文字、符号、图像表达的内容来证明案情，而物证则不具有思想内容，仅是以其具有的形态、规格、质量、特征等外在的物质表现来证明案情。

2. 法律对某些书证规定特殊要求，对物证则无特殊要求。如果需具有特定形式的书证不具有特定形式（如营业执照不合法定形式）就不发生效力，而对物证就没有这些要求。

3. 书证是当事人意思表示的反映，是人的主观意志的体现，脱离其思想内容便无以为证。而物证则不具任何主观意志，只要其客观存在便得以为证。由于有以上区别，故法律将物证与书证列为两类独立的证据，但在某些情况下，物证与书证是联系在一起，由同一物质材料为其实体的。这就是某一物品的客观存在以及记载其内的思想内容，均与案件发生联系，能够证明案情的情况。在此情况下，该物品一身兼二任，既可作物证，又可作书证。比如，走私黄色书报被查处，该书报以其客观存在的形态（即物质实体）为走私物证，同时又以记载其内的思想内容（即淫秽文字、画图）为“黄货”书证。又比如，对于伪造的文件、营业额报表等等，就其以物质实体上的特征如伪造的字迹、章印，涂改的数字等为证而言它是物证，就其以所记载即伪造的内容为证而言它是书证。

在行政诉讼中，物证应当提交原物，提交原物确有困难，可以提交标本、复制品或照片。

（三）视听资料

视听资料，指的是利用录音或录像磁带等反映出来的声音、形象，或者电脑所储存的数据资料，以及其他信息获取、保存手段记载反映出来的资料来证明案情的证据。比如，相对人提供的有关其申请保护财产权的请求遭到负有法定职责的政府主管部门负责人员拒绝的现场交涉录音资料，行政机关对违法相对人的财物实施查封全过程的录像带，电脑储存的有关确认专利发明的资料，设置在重要地点（如机场等）的电视安全监测器观察监测所贮存的数据和资料等。

1. 视听资料的形态

视听资料是随着现代化科技发展和普及而产生的新一类诉讼证据，在我国由《民事诉讼法（试行）》首次予以规定。行政管理向科学化的发展和完善，决定了视听资料也将在行政诉讼中发挥其应有作用，故《行政诉讼法》亦将视听资料列为一类独立证据。

视听资料，以获取其的科技手段不同为根据，可以分为三种形态：

(1) 录音、录像资料。这是借助录（放）音机、录（放）相机如实录制保留、生动演示出来的能够证明案件真实情况的各种音响、形象资料。这种形态的视听资料，能使听（观）众身临其境，给听（观）众以形象、生动、直接、真实的感觉，使人们借助于丰富的感性认识来作出理性上的判断。

(2) 电子计算机储存的数据。如"电脑档案中心"用电子计算机上的大型数据库和自动检索程序对有关行政管理活动的信息材料进行搜集、整理、汇编、分类、编目、贮存后，在需要使用于证明案件事实时，通过电子传输系统提取出来的中心数据库的贮存资料。这种形态的视听资料，能够节省办案调查取证工作时间，提高翻查资料的工作效率。

(3) 运用现代高精尖技术得到的信息资料。这是通过体现高科技技术的精密仪器和检测装置的搜寻、鉴别所获得的信息资料。在一般的化学分析、物理试验或生物化验的方法所不能完全解决问题的一些技术性很强的特殊疑难案件中，往往需要运用现代技术得到的信息资料，认定案情事实。比如不服对放射性元素引起的环境污染给予行政处罚的环保行政案件，没有电子精密仪器和辐射检测装置提供的信息资料，就不能正确认定案情事实。

2. 视听资料的优点

视听资料，本质上是一种高科技证据，科学信息证据。与其他证据相比，具有以下优点：

(1) 时代先进性。视听资料是先进生产力在诉讼领域中的代表者。视听资料拥有新颖的内容，特殊的表现形式，高度的技术要求，需要有精密的技术设备和熟练的操作技能知识。它反映了时代的发展，科学技术这个"第一生产力"的进步。在非信息革命时代，不可能产生视听资料这种新型证据。

(2) 信息容量大。视听资料由于借助各种现代科技手段而产生，故具有"眼观六路，耳听八方"，即全面宏观，又细微透视记载、保全、演示、反映有关案件产生系统信息的功能。比如，用于解决确认发明专利争议的电脑储存资料，在一个软盘上就能够容纳全世界对这一发明专利的申请、受理、审批等情况的全部信息。视听资料更具有的信息容量大的优点，是其他证据所不可比拟的。

(3) 使用方便。随着现代科技商品化速度加快，视听资料作为技术精、性能好、体积小、重量轻、便操作的日常及工业精品，被日益广泛运用在社会生活各个领域。“办公用品现代化”、“家庭生活电器化”的发展，使用视听资料进行行政管理、记载行政纠纷、角逐行政诉讼，无论对行政机关或者相对人而言，都已不是极难之事。由于视听资料在收集、调取、保管和出证上极为方便，也使得作为行政诉讼主持指挥者的人民法院可以避免诸如人证藏匿、知情不述、所证不全、虚实难断的困扰，顺畅行使行政审判权。

(4) 直观生动、准确可靠。在行政法律关系发生、变更、消灭以及争议过程中，视听资料可作为以形象、音响反映或者通过电脑设备等储存的资料、数据证明一定的法律行为和法律事实、争议状况的一种重要手段。视听资料将反映案件客观情况的材料、信息固定和保存下来，使在行政管理过程中发生过的，而在行政诉讼中需要查明的事实，真实而又准确地显现出来。与其他证据比较，视听资料能够更直观、更逼真地再现案件事实的原始状态，具有较大的准确性和可靠性。它不仅能够反映案件的事实经过，而且能够将当时的地理环境、人物表情、声音、语调、动作姿态等，绘声绘色地再现出来。比如说，录音播发出来，既能以连续音响所表现的内容证明事实，同时又能以音调、语音等证实说话人。录像的播映，既能以连续图像反映人的行为过程，又能再现行为人与周围的人和物的联系，以及行为当时的情景，尤其是图音并茂者，更为生动真切。

3. 与其他证据的区别

视听资料作为新一类证据，其独立地位还表现在视听资料与其他证据的区别之处。

(1) 视听资料不同于书证。仅就从其思想内容来证明案情事实而言，视听资料与书证极为类同。故在国外如英美国家证据法中将视听资料规定在书证之中，国内法学界也有人认为书证应包括视听资料。但是，视听资料在记录方式和记录内容方面不同于书证：其思想内容并非其所载内容的全部，与思想内容相关联的行为人的音调、声音，行为人与现场环境、气氛的联系，现实情景等等，也都可以作为证明案情事实的证据。

(2) 视听资料不同于物证。仅就以其录制的形象的存在及其特征、形状来说明案情事实而言，视听资料亦类同于物证（复制图片)。但是，视听资料不仅录制形象，而且还录制形象的连续动态、音响或相关环境情景，在证明时，既可以静态又可以动态地反映出录制形象及其特征、形状，而物证（复制图片）是无法以动态反映为证的。

(3) 视听资料不同于鉴定结论。仅就借助科技专门设备与手段而言，视听资料与鉴定结论极相类似。但是，视听资料并非像鉴定结论那样只限于案件专门性问题的解决，它也解决非专门性问题；并且不像鉴定结论的产生须依靠鉴定人的专门知识，任何人只需要有使用有关产生视听资料的科技设备的常识即可（比如懂得使用微型录音机就可以获取到有关的录音资料，而不必具备微型录音机生产、修理的专门知识）获取有关的视听资料，而且其准确可靠性亦非因人而异。

至于视听资料不类同于证人证言、当事人陈述、勘验笔录、现场笔录，更是显而易见，不必赘述。

3. 视听资料的意义

(1) 视听资料在行政诉讼中有重大作用。对行政机关而言，可用来证明行政行为的过程以昭示其合法性；而对相对人而言，可用来记录作为或不作为的具体行政行为对其合法权益的侵犯情形及其过程，以昭示该行政行为的违法性；对法院而言，可通过视听资料详观（听）争议始末、情形、细节，并查证属实，保证处理行政案件有确凿的事实根据。

(2) 有关组织、个人应积极提供视听证据。

在行政诉讼中，当事人或其他诉讼参与人以及有关单位和个人，均应积极主动提供或根据法院要求提供能够证明案情的视听资料。对涉及国家秘密或个人隐私的视听资料，法庭在播放为证时应当注意保密事项。

（四）证人证言

证人证言，是证人就其所了解的案件事实情况所作的陈述。从这一概念中表明，证人证言具有下列要素：①证人证言是一种人的陈述，这种陈述既可以是口头的，也可以是书面的，它是有关人员就自己的感知所作的外在表示。②证人证言是证人所作的陈述。人是知道案件情况的当事人及其诉讼代理人以外的人员。《行政诉讼法》对证人应具备哪些要素没有作具体规定。《刑事诉讼法》第48条则规定："凡是知道案件情况的人都有作证的义务"，"生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。"《刑事诉讼法》的这一条规定，也适用于行政诉讼。证人应具备的条件有三：一是知道案件情况；二是能够正确表达（包括用口头、书面、手语等表达）；三是当事人、诉讼代理人以外的人。除这些条件外，其他诸如证人的年龄因素、职业特性、与当事人的利害关系等，均不影响证人的身分、地位。当然，证人只能是自然人，单位不能作为证人。单位的证明文件只能作为书证。而且，证人不能替换，不能委托他人代表作证。这里必须注意，当事人的诉讼代理人，如

果是证人，就不能作为代理人，因为代理人属诉讼参加人，而证人是诉讼参加人以外的人。作为证据之一种的证人证言，就是这些知道案件情况的当事人及其代理人以外的人所作的陈述。③证人证言是证人就其所了解的案件情况所作的陈述。证人只能就自己所知道的案件情况实事求是地加以陈述，才能是证据种类中的证言。证人对案件所作的法律评价或者发表其他证人的看法，都不属证人证言的范畴。

证人证言也是行政诉讼中最为常用的一种证据。作为一种诉讼证据，证人证言与其他证据相比较，具有以下特点：①来源的广泛性。这一特点是因为证人的范围具有广泛性。如前所述，凡是知道案件情况的当事人及其诉讼代理人以外的、能够正确表达的人，不分职业、年龄及与当事人的利害关系，都有权利和义务作证人。证人的这一特点，使得证人证言与当事人陈述、鉴定结论等证据相比较，自然具有来源广泛的特点。②形式的言词性。证人证言的表现形式为证人的陈述，即是通过证人的言词所反映的内容来证明案件真实情况的。③内容的不稳定性。证人证言即证人的言词极可能因证人的主观因素及客观因素的不同而发生变化，有些证人证言常处于不稳定状态。从主观因素方面看，证人的表达能力、思维习惯、知识结构、品德、与当事人的关系等，都会影响证人每一次所作的陈述。而从客观方面看，证人感知时的时空条件，感知后有否受其他人的看法影响，以及证人接受询问时所处的环境及询问者的身分态度等，也都会影响证人证言的稳定性。正因为证人证言的这种特点，为了保证诉讼的公正性，我国《行政诉讼法》明文规定，被告行政机关或法律、法规授权的组织在诉讼期间，不得自行向证人调查收集证据。④证明力的两重性。一方面，证人就其所了解的案件情况能作出较物证 、书证更为详尽的陈述，如有些证人证言是直接证据。这些都使得证人证言在证明案件真实情况方面发挥着重要作用，具有较强的证明力。另一方面，由于证人成分复杂，与当事人关系也千变万化，这些都制约着证人能否客观陈述所知案件事实。此外，证人每一次陈述时的主客观条件和因素，也制约着证人的言词，使证人的言词常处于不确定状态，极大地降低了证人证言的证明力。

（五）当事人陈述

当事人陈述是当事人就案件的事实所作的叙述和承认。

行政诉讼的当事人包括原告、被告和第三人，而被告则是享有行政职权、进行行政管理的行政机关或法律、法规授权的组织。

在行政诉讼中，作为行政诉讼的一种证据，当事人陈述包括在行政管理领域中，行政管理相对人的陈述和在行政诉讼过程中，行政诉讼当事人就案件事

实所作的陈述和承认。所以，在行政诉讼中，当事人陈述这种证据不应简单定义为“当事人在诉讼中，就案件事实，向人民法院所作的叙述和承认”。否则，被告行政主体在诉讼中举出的原告在行政管理领域里就争议的案件事实所作的叙述和承认就不好归类。

当事人陈述也是行政诉讼中的一种证据，在诉讼实践中被广泛运用。作为证据之一种，当事人陈述具有以下特征：①形式上的言词性。当事人陈述也是通过当事人就案件事实所作的言词表达所反映的内容来证明案件真实情况的，它的存在形式表现为人的言词。②表达上的代理性。证人证言在形式上也表现为言词性，但证人证言只能是作为证人的自然人所作的言词表达，不能由他人代为表达。但由于行政诉讼的当事人不仅有自然人，而且有法人或其他组织，特别是行政诉讼的被告，都是清一色的组织，自然人不能作为行政诉讼的被告。而法人或者其他组织毕竟仅仅是法律上拟制的人或法律上赋予当事人资格的单位，不能像自然人一样可作生动的言词表达，这使得法人或者其他组织的言词表达必须通过代表人或者代理人进行。再者，《行政诉讼法》赋予当事人委托代理人代为参加诉讼的权利，而代理人十分重要的一项活动就是代为陈述、承认。这些原因使当事人陈述这种言词证据具有证人证言所不具有的特点，即言词表达是可以由他人代理进行的。③内容上的多重性。当事人陈述不仅包括当事人就自己知道的有关案件事实进行陈述，而且包括对其他方当事人主张的案件事实和诉讼请求表示认可或承认。当事人陈述中就案件事实所作的陈述，是指当事人就争议的行政法律关系的发生、发展、变更或消灭的事实所提出的各种情况说明。当事人对他方的主张表示认可和承认，则是肯定了相对方当事人主张的事实是客观的，直接影响对纠纷事实的判断。当事人陈述的这些特性，是其他证据在内容上所少有的，其他证据一般仅能就案件事实进行证明，不能对他人的陈述进行确认。④证明力上的二重性。由于当事人是争议法律关系的参加者，他们对争议的行政法律关系的发生、发展和变化或消灭都十分了解，他们的陈述最能反映案件的本来面目，他们的如实陈述，能提供真实的事实材料，对案件事实有较强的证明作用。但当事人是与案件有利害关系的人，案件的结果直接涉及他们的利益，又使得当事人的陈述都有一定的片面性和虚假性，极大地影响了当事人陈述的证明力。

（六）鉴定结论

鉴定结论是指法定鉴定部门或者指定鉴定部门运用专门知识及科学技术、仪器设备就行政案件的专门性问题进行分析鉴别后得出的书面结论性意见。由于鉴定结论是对案件中的专门性问题所作出的，因而鉴定结论对证明案件真实

情况有着独特的作用。

行政诉讼中最常见的鉴定结论有文书鉴定、会计鉴定、药品鉴定、食品卫生鉴定、法医鉴定、医疗事故鉴定、劳动安全鉴定等等。鉴定结论作为一种证据，具有以下特点：①证明对象的专门性。鉴定结论就是针对行政诉讼案件中的专门性问题进行分析辨别而得出的结论，其目的也是为了解决案件中有关某方面专门问题的争议，因而其证明对象虽也为案件事实，但属于案件事实中的专门问题。所谓专门问题，是人们一般情况下无法认识辨别的问题。当然，问题的专门性也是相比较而言的，而且鉴定结论所涉及的专门性问题不包括法律问题。②证明方法的科学性。对案件专门性问题进行分析并提出意见，不仅需要鉴定人具有专业知识，而且要借助一定的科学方法和仪器、设备，按照科学的程序进行试验、分析等，才能提出。这些都体现出鉴定结论的科学含量。鉴定结论证明方法的科学性，保证了鉴定结论的可靠性。所以，国外有人将鉴定结论称为“科学的裁判”。③证明作用的独立性。鉴定结论是针对案件专门性问题作出的，并以此来证明案件情况。鉴定结论的这种证明作用是其他证据不能替代的，因有关专门问题，非鉴定不可。④证明主体的法定性。鉴定结论并非是任何有专门知识的人都可以自行得出的结论。涉及专门问题，不仅决定进行鉴定的主体必须是法律规定的有关机关（在诉讼中为人民法院，在行政管理领域为行政机关或法律法规授权的组织），而且进行鉴定的主体必须选择法定的鉴定部门进行鉴定。《行政诉讼法》第35条规定：“在诉讼过程中，人民法院认为对专门性问题需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”这一规定说明，一般情况下，决定进行鉴定的主体并没有选择的自由。并且，进行鉴定的鉴定部门及其鉴定人，必须按照法律规定的程序进行鉴定，履行回避等相应的法律手续。鉴定结论的这一特性，是为了更好地确保鉴定结论的科学性。⑤鉴定主体的多元性。虽然鉴定结论必须由法律规定的鉴定部门或人民法院或者行政主体指定的鉴定部门进行鉴定而提出，但在可以进行鉴定的鉴定部门中法律并没有作特定区域或级别的限制，而且，有关部门还可以根据实际情况及当事人的申请，决定重新鉴定。重新鉴定的部门既可以是原鉴定部门，也可以是另外有权进行鉴定的部门，这便是鉴定主体的多元性。

必须注意，行政诉讼中的鉴定结论，既包括在行政诉讼中由人民法院决定进行鉴定的结论，也可以是发生在行政管理阶段由行政机关或法律法规授权的组织决定进行鉴定所得出的结论。行政管理阶段的鉴定结论是行政诉讼证据的组成部分。当然，在行政诉讼中，人民法院对诉前鉴定结论有疑问，可以依申

请或依职权决定重新鉴定。

（七）勘验笔录、现场笔录

这种证据由两部分组成。

1. 勘验笔录

勘验笔录是指行政机关（含授权组织）或者人民法院对争议案件的现场或相关物品进行勘查、检验所作的记录。包括对现场客观情况及有关物证的提取及对物证本身所进行的记载、拍照、绘图、测量等。勘验笔录具有以下特征：①勘验笔录的主体是行政机关、法律法规授权的组织、人民法院的工作人员，勘验笔录是这些机关或组织的工作人员执行公务依法制作的一种行政法律文书或司法文书。②勘验笔录是对一些证据（物证、视听资料等）和案件相关情况的固定和再现，同时又是收集、保存证据的一种方法，其内容不是制作者的主观意志的表示，而是一种对客观情况的如实记载，应具有客观性和准确性。③勘验笔录既包括人民法院工作人员在行政诉讼阶段进行勘验、检查所作的笔录，也包括行政机关或法律法规授权的组织的工作人员在行政管理阶段对有关场所、物品勘查、检验所制作的笔录。行政公务人员制作的勘验笔录，既是行政机关或法律、法规授权的组织作出具体行政行为的依据，也是行政诉讼中审查具体行政行为是否合法的证据材料。根据《行政诉讼法》的有关规定，行政公务人员制作的勘验笔录，能否作为定案的根据，也须经人民法院审查核实。

行政机关或审判机关工作人员在制作勘验笔录时，应注意：①勘验人员勘验现场和物证时，必须出示行政机关、授权组织或人民法院的证件，邀请当地基层组织或者有关单位派员参加。②勘验时应通知当事人到场，当事人拒不到场的，不影响勘验的进行，但应在笔录上说明。③勘验笔录应由勘验人、当事人和被邀请参加的人签名、盖章。

勘验笔录必须详尽记载勘验过程及所发现、提取有关物品的情况，不能以勘验所取的证据和测量、绘图、拍照的材料取代勘验笔录。勘验笔录是独立的一种证据，一般应包括下列内容：

①争议或处理案件的案由及决定进行勘验的原因；

②勘验的主持人、参加人和见证人的姓名、职业、职务等，当事人的姓名及在场与否；

③勘验的起止时间和实施勘验活动的步骤和方法；

④勘验对象的情况及在现场所了解的情况；

⑤提取有关证据（如物品、纸张、视听资料的载体——录音、录像带）的情况，拍摄、绘图、测量的活动情况及其所形成的数据；

⑥主持人、参加人、见证人、笔录人、当事人的签名、盖章。

2. 现场笔录

现场笔录是行政机关或法律、法规授权的组织的工作人员在实施具体行政行为时对有关事项制作的当场记录。如交通警察对违章车辆的违章情况在发现后即时所作的记录；物价检查人员在检查时所作的笔录，等等。现场笔录具有如下特征：①制作的主体是执行职务的行政公务人员；②制作时间是在实施具体行政行为（主要是行政处罚、行政强制措施）的过程中；③笔录的内容则主要是反映行政公务人员实施具体行政行为的情况及实施现场上的情况；④笔录的目的是对一特定阶段的客观情况用文字的方式进行固定，以免时过境迁后产生争议。现场笔录既是对具体行政行为形成过程的记载，也是作出具体行政行为的证据，其在诉讼过程中能否作为认定具体行政行为合法的证据，须经法庭审查核实。

现场笔录是一种根据行政管理的特点而由行政诉讼法规定的一种证据，它反映了行政诉讼的特殊性是对具体行政行为合法性的审查，而相当部分的具体行政行为是在发现情况后即时当场作出的（《行政处罚法》规定了当场处罚的程序），但当场作出的处罚也必须有确实的证据证明行政相对人违反行政管理秩序行为的存在，这样，在发现违反管理秩序行为的现场对当时的客观情况用文字的形式予以固定，就很有必要。为保证现场制作笔录的有效性，现场笔录制作时应注意：①现场笔录应由实施具体行政行为的行政执法人员制作；现场笔录必须客观、真实地记录当场实施具体行政行为的情况，载明行政管理相对人违法事实的基本情况、时间、地点和处罚或处理情况；②现场笔录应由制作人、违法人签名，有证人的，证人也应在上面签名。实践中，有些现场笔录有预定格式，这是有好处的。

现场笔录、勘验笔录有一个共同的特点，即都是国家机关（行政机关或司法机关）工作人员依照职权制作的笔录，也都是对特定时间或场所的客观情况用文字形式所作的固定，因而法律将其归为一种证据。

二、行政诉讼证据的分类

证据的分类是指证据的法定种类以外的、在法理上根据不同的标准对证据进行划分的泛称。证据可以根据其表现形式、功能、来源、与案件事实的证明关系等等，对其进行分类，证据的种类是最基本的分类形式。除证据种类外，证据还可以作如下分类：

（一）实物证据与言词证据

根据证据的表现形式，法律将证据细分为七种证据，如果再将七种证据进

行归类，可分为两大类，即为实物证据与言词证据。

实物证据是该证据的存在，是以客观存在物或对客观存在物的特定固定方式表现出来的。以客观存在物表现出来的有物证、书证、视听资料，以特定的固定方式表现出来的有勘验笔录、现场笔录。这一类证据的显著特点是它们一旦存在或形成，在诉讼过程中就不会发生变化。在这类证据中，物证作为实物证据是显而易见的。书证、视听资料之所以也是实物证据，主要是因为书证、视听资料一旦形成、提交，在诉讼过程中，它们所反映的思想内容和信息资料就不会发生变化。因而，尽管书证、视听资料的制作、形成包含有人的主观因素，但这一主观因素一旦渗入同样不能改变。这样，对于参与诉讼的机关和个人而言，视听资料、书证也是客观存在之物，应归入实物证据的范畴。勘验笔录、现场笔录之所以为实物证据，一方面因为勘验笔录、现场笔录是对客观情况和存在物的描述，另一方面也在于它们是对特定场所或特定时间的客观情况的固定，一般较少或较难进行第二次的制作。因而这些材料在诉讼过程中较难发生变化，对参与诉讼者（包括笔录者）而言，也是一种客观存在物，因而也应归入实物证据的范围。

实物证据有客观性较强的优点，可以长期保存，不易在诉讼过程中发生变化或伪造，也不容易被毁弃或否定。但实物证据特别是物证由于是固定的，一般只能反映案件事实的某一片面，对案件的证明作用多为间接的。

言词证据是以人的言语陈述所反映的事实来证明案件真实情况的证据，这一类证据包括证人证言、当事人的陈述、鉴定结论。

（二）本证和反证

按照行政诉讼证据与当事人主张的关系，证据可以分为本证与反证。本证是指当事人为支持和证明自己主张所提出的证据。反证是指当事人为反驳对方当事人主张所提出的证据。例如原告在起诉时为证明自己诉讼请求正确而提出的证据就是本证。被告反驳原告受到行政侵权的主张，提出证明具体行政行为合法的证据就是反证。这种分类的作用是：第一，有助于判断证据的利益倾向。一般地说，本证对主张提出者有利，反证对反驳对方主张者有利；第二，有助于判断主张的变化情况。本证用于证明新主张新事实，反证则用于对业已提出的主张和事实的反驳。

（三）直接证据和间接证据

按照证据与证明对象的关系，可以将证据分为直接证据和间接证据。直接证据是仅以证据本身具有的性质、特征和内容就可以证明案件事实的证据。间

接证据是需要借助于其他证据支持才能对案件事实产生证明作用的证据。这种分类的作用是：第一，有助于判断证据的独立证明力，确定证据的作用；第二，有助于明确证据之间的相互关系，进行各种证据的配合使用。直接证据能够独立地证明案件事实，证明方式简便，证明效力强，证明可靠性大。间接证据不能单独证明案件事实，需要其他证据的辅助和配合。使用间接证据，应当注意间接证据的证明对象的一致性。各间接证据结合起来共同证明一个案件事实时，各间接证据结合起来得出的证明结论应当是唯一的、排他的。

（四）原始证据和派生证据

按照证据的来源，可以将证据分为原始证据和派生证据。原始证据是直接来源于案件事实或者在案件事实直接作用下形成的证据，派生证据是从原始证据中衍生出来或者在信息传递中间环节中形成的证据。例如书证的原本是原始证据，书证的副本或复印件是派生证据。原始证据的证明力比派生证据强，可信度高，能够直接地反映案件真实情况。所以证明活动中应当尽量收集和采用原始证据。原始证据不可再生，需要特别注意对原始证据的保全。派生证据是经过一定媒介手段加工产生的，它本身的品质和内容不能直接产生证明作用。但是我们可以利用派生证据寻找、发现和核实原始证据，或者与其他证据结合起来证明案件事实。

第二章 行政诉讼证明对象

第一节 行政诉讼证明对象的概念和范围

一、概念

证明对象是根据法律规定，人民法院必须查明、当事人必须证明的案件事实。我国证据学理论关于证明对象的争议集中表现在诉讼程序法事实和证据事实是否是证明对象方面，而这正是界定行政诉讼证明对象必须首先解决的问题。

认为诉讼程序法事实不是证明对象的理由是，这样有利于人民法院分清主次，将注意力集中在不查清就不能正确适用实体法的事实上；而且诉讼程序法事实大多属于人民法院不查自明或者可以认知的事实，不需作为证明对象。笔者认为，诉讼程序法事实应当列入证明对象的范畴，理由是：第一，诉讼法是实体法的实施法，查清程序法事实有利于监督公安司法机关奠定法定的诉讼程序，保证实体法正确而又公正地实施。第二，当事人可能对程序法事实产生争议，也就是说程序法事实可能构成系争事实。在行政诉讼中，有关原告的起诉是否达到或者超过法定的诉讼期限的事实就可能构成系争事实。如果被告人认为原告的起诉不到或者超过法定的诉讼期限，被告应当提供证据证明。

关于证据事实是否是证明对象有三种观点。第一种观点认为证据事实是证明对象，因为证据事实本身需要其他证据的佐证。在证据事实证明其他事实时，证据事实是证明的手段；但是，在证据事实被其他事实证明时，证据事实则是证明对象。第二种观点认为证据事实是否可以成为证明对象因直接证据和间接证据而异。直接证据与主要案件事实重合，不必作为证明对象单独列出；但是，间接证据不能直接证明案件的主要事实，只有在其他证据事实的印证下

才能够证明案件的主要事实。间接证据在需要其他直接证明时，是证明对象。第三种观点认为证据事实不是证明对象，证明对象是由法律规定的，人民法院必须查明、当事人必须证明的案件事实，证据是用来查明或者证明案件事实的事实材料。诉讼证据是用来定案的事实材料，而不是案件事实本身。

我们赞同第三种观点，理由是：

第一，从法律依据来看，证明对象与证据事实明显不同。证明对象是当事人为或者不为一定行为的构成要件即事实要件，是法律规定的案件事实，具有普遍性，对于某一类案件的证明对象，例如侵权行为的构成要件、失火犯罪行为的构成要件或者行政处罚行为的构成要件，法律通常作出明确具体的规定；而证据事实是说明案件事实的事实，没有普遍性，对证明这些事实要件需要哪些 证据，法律是无法作出明确具体规定的。例如《中华人民共和国反不当竞争法》第 22 条规定，“经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，监督检查部门可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款；有违法所得的，予以没收。”据此，公安司法机关或者监督检查部门（行政机关）应当查明的事实（证明对象）是：经营者本身情况的事实、贿赂行为的事实、销售或者购买商品的事实、贿赂手段的事实以及情节是否严重的事实。这些事实是法律明确规定的，公安司法机关和监督检查部门必须查明，否则不能定案；但是，为了查明这些事实，公安司法机关和监督检查部门需要调查收集哪些证据，该条和该法是无法作出规定的，只能因案件的具体情况而异。

第二，从与诉讼主张的关系来看，证明对象是当事人诉讼主张的事实，而证据事实是证明当事人诉讼主张成立的事实。如果监督检查部门根据反不当竞争法的上述规定作出了罚款十万元的行政处罚，经营者不服起诉，监督检查部门作为行政诉讼被告主张的事实应当是该条规定五个方面的事实，因为这五个方面的事实既是经营者受处罚的违法行为的构成要件，也是被诉具体行政行为合法性的构成要件；而被告提出的证据事实则是证明这五个构成要件成立的事实，不是被告提出的诉讼主张。

总之，证明对象属于法律规定问题，具有普遍性；而证据事实属于调查收集和审查判断的问题，没有普遍性。

二、范围

人民法院审理行政案件，必须贯彻以事实为根据、以法律为准绳的原则。审理的任务，是对被告作出的具体行政行为是否合法进行审查，作出维持、撤

销、变更或限期作出具体行政行为的判决。查明案件事实是全部行政诉讼活动的中心。只有查明了案件事实，才能正确适用法律，作出正确的判决。而查明案件事实的过程，实质上就是证明主体运用证据证明案件事实的过程。既然查明案件事实的过程就是证明案件事实的过程，那么案件事实自然就是行政诉讼证明的对象。

对于当事人和人民法院来说，明确行政诉讼的证明对象，无疑具有重要的意义。明确行政诉讼的证明对象，实质问题是明确哪些事项属于证明对象，即证明对象的范围。

（一）具体行政行为的事实

具体行政行为是指行政机关对特定的行政相对人就特定的事项所作出的行政处罚或行政处理决定。依照行政诉讼法规定，人民法院审理行政案件，首要的任务是审查具体行政行为的合法性。为了查明具体行政行为是否合法，有关具体行政行为的事实也就必然成为行政诉讼中的证明对象。

具体行政行为的事实包括两类：

1. 行政机关作出具体行政行为所依据的事实。行政机关作出具体行政行为都必须依据一定的客观事实。这些客观事实实际上是作出具体行政行为的条件，只有具备一定的条件时，行政机关才能作出相应的具体行政行为。例如，行政机关对行政相对人适用行政处罚必须以行政相对人的行政违法事实为根据。行政相对人申请某种许可证和执照时，行政机关作出准予发给或不予发给的决定，也必须依据申请人是否具备取得许可证和执照的条件。行政违法的事实或者其他条件事实，都是行政机关作出具体行政行为的事实根据；是否依据这种事实作出具体行政行为，或者具体行政行为所依据的行政行为的事实根据。是否依据这种事实作出具体行政行为，或者具体行政行为所依据的事实是否清楚、客观，决定着具体行政行为是否具有合法性。因此，人民法院在审查具体行政行为是否具有合法性时，首先审查的是具体行政行为所依据的事实是否清楚、客观。这样，具体行政行为所依据的事实也就首先成为行政诉讼中的证明对象。

2. 具体行政行为本身的事实。这是指具体行政行为本身的内容，例如，具体行政行为是一种什么样的行政处罚，或者是一种什么样的行政处理决定。具体行政行为的内容主要是指行政机关适用行政法的情况。具体行政行为是否合法，首先取决于具体行政行为所依据的事实是否清楚、客观。但是，事实清楚、客观，只是为行政机关作出合法的具体行政行为提供了前提和基础。在事实清楚、客观的前提下，如果行政机关没有严格依照行政法的规定作出具体行

政行为，那么，具体行政行为仍然不具有合法性。具体行政行为本身的事实包括以下三项主要内容：

(1) 具体行政行为的性质和内容。例如，争议的具体行政行为是属于行政处罚还是属于其他行政处理；如果是行政处罚，处罚的种类、轻重、程序怎样；如果是其他行政处理，其处理行为的性质、内容又是什么。不管具体行政行为是否合法，其本身的性质、内容首先必须借助证据予以证明。这是因为一方面行政诉讼的当事人之间可能对具体行政行为的性质、内容发生争议，例如，税务机关对纳税义务人拖欠税款的行为除了追缴应纳税款外，还按规定加收一定数额的滞纳金。这种滞纳金与罚款具有类似的形式和性质，对于纳税义务人来说，就有可能把滞纳金误以为罚款。另一方面，具体行政行为的性质、内容是适用行政法的，直接反映出具体行政行为是否合法。

(2) 具体行政行为适用行政法的情况。具体行政行为应当依法作出，因此，具体行政为一 旦成为争议的对象，具体行政行为适用行政法的情况自然成为证明的对象。具体行政行为适用行政法的情况包括具体行政行为有无行政法上的依据和适用行政法的规定是否正确两个方面。实际生活中，少数行政机关违法要求行政相对人履行义务，或者超越职权滥施处罚，不按法律规定任意处罚等情形确实存在。因此，一旦发生行政诉讼，无论原告是否对被告在作出具体行政行为时适用法律、法规或规章的情况提出异议，具体行政行为适用行政法的情况都应成为证明对象。把适用行政法的情况作为证明的对象，其意义在于，具体行政行为的合法性依赖于事实根据和法律依据。在存在事实根据的前提下，具体行政行为的合法性就几乎完全决定于对行政法的正确适用，诉讼中证明了具体行政行为适用法律、法规或规章的情况，实际上就证明了具体行政行为是否有合法的依据。

(3) 行政程序事实。行政机关作出具体行政行为，既要以事实为根据，又要以法律为准绳。在有程序规定的情况下，还要遵守一定的程序。目前，我国行政程序法还很不健全，许多具体行政行为的作出尚无严格的法定程序可依。但有些行政法律、法规规定了具体行政行为的程序，例如《中华人民共和国治安管理处罚条例》第 34 条规定，对违反治安管理的人处以五十元以上的罚款或行政拘留时，必须依照这样的程序进行：①传唤；②讯问；③取证；④裁决。在法律、法规规定行政程序的条件下，行政机关应当依照法定程序作出具体行政行为。程序合法，成为具体行政行为合法性的要素之一，如果严重违反法定程序，也可以认为具体行政行为不合法。事实上，行政程序上的违法，也很容易导致行政实体法适用上的违法。由此可见，在有程序规定的场合，具体

行政行为的程序事实也应当列入证明对象的范围。

（二）不作为的有关事实

有些学者把具体行政行为按其表现形式，分为作为的行政行为和不作为的行政行为两类，把行政诉讼法第 11 条中列举的拒绝颁发许可证或执照、拒绝履行某种职责、对行政相对人的某种申请不予答复或故意拖延、没有依法发给抚恤金等行为都列入不作为行政行为的范畴。我们认为，把具体行政行为分为作为与不作为两类是欠科学的。

作为与不作为是对行为的最基本的分类，用以对具体行政行为的分类却不太合适。具体行政行为是国家行政机关在行政管理活动中对具体的人和具体的事所作出的处理行为，是行政机关依法行使行政管理职权的具体表现。具体行政行为是行政机关明确的意思表示，能够引起一定的法律后果。从这一意义上说，具体行政行为都是以作为形式表现出来的。那种不行使行政职权的不作为在客观上是存在的，但这至多是一种行政上的渎职行为，并不是具体行政行为。当行政机关不行使职权时，它也就没有作出具体行政行为，因为这种不作为既没有明确表示行政机关的意思，也不引起一定的法律后果。不作出具体行政行为不等于以不作为的形式作出了具体行政行为。

重要的是，不能把没有依法、正确地行使行政职权理解为一种不作为的具体行政行为。有些具体行政行为是针对行政相对人的申请作出的。对于相对人的申请，行政机关可以作出核准申请或不核准申请的决定，这里的准与不准都是一种作为形式的具体行政行为。以颁发许可证为例，相对人申请颁发许可证，行政机关根据申请人的具体条件可以拒绝颁发许可证。不管这种拒绝是否合法，这都是一种积极的作为行为。由此可见，行政诉讼法第 11 条所规定的行政诉讼受案范围中，只有对于行政相对人的申请不予答复和故意拖延才是一种不作为的行为。但正如前所述，这种不作为不是一种具体行政行为，而只是一种不作为的行政违法行为。不予答复和故意拖延之所以也列入行政诉讼的受案范围，并不是因为具体行政行为不合法，而是因为行政机关没有积极地作出具体行政行为。

行政机关不积极行使职权，不作出具体行政行为的不作为情形，也可以引起行政诉讼。一旦因为行政机关的不作为引起诉讼，行政机关的不作为事实便成为诉讼证明的对象。这里，作为证明对象的不作为事实具体包括以下内容：

1. 原告向被告提出申请的事实。包括原告提出申请的时间、内容、程序等等。

2. 被告没有给予答复或故意拖延的事实。

3. 被告不给予答复或拖延办理的原因，包括不答复和不办理有无事实上的理由和法律上的许可性。

在对行政机关的不作为行为提起的诉讼中，只有运用证据证明了行政机关存在不作为的事实，并且这种不作为没有事实上的理由和法律上的许可性，人民法院才能判决被告限期作出具体行政行为。如果被告对原告的申请是否没有给予答复，是否故意拖延作出具体行政行为等事实尚未证明，则不能轻易判决。

（三）侵权损害的有关事实

行政诉讼法第67条规定，公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的，有权请求赔偿。公民、法人或者其他组织单独就损害赔偿请求，应当先由行政机关解决。对行政机关的处理不服，可以向人民法院提起诉讼。这是关于行政侵权损害赔偿诉讼的规定。从这一规定来看，可以请求赔偿的行政侵权损害主要有两种：

(1) 行政机关作出了错误的具体行政行为，因而对行政相对人造成了侵权损害的事实。譬如，公安机关错误拘留了某公民，直接造成了该公民劳动收入方面的损失。

(2) 行政机关工作人员在行政执法过程中对行政相对人造成了侵权损害。行政机关作出的具体行政行为可能是错误的，也可能是正确的，不管具体行政行为是否合法，执法过程中都有可能发生侵权损害的情形。例如，公安机关对违反治安管理的人作出了拘留的处罚决定，这个决定并没有错误，但公安人员在讯问被处罚人时进行刑讯逼供，造成了被处罚人不应有的人身伤害。

在上述情况下，行政相对人可以对行政机关附带或单独提起赔偿诉讼。当然，行政相对人单独就损害赔偿提出请求时，应当先由行政机关解决。对行政机关的处理不服，才可以向人民法院提起诉讼。除了上述赔偿诉讼之外，行政诉讼中还涉及另外一种损害赔偿问题，即行政相对人之间的损害赔偿问题，例如治安行政诉讼中受害人向加害人提出的赔偿请求等等。如果违反治安管理的人对受害人造成了物质损失，公安机关有权责令加害人赔偿受害人的损失。如果加害人或受害人对公安机关的赔偿裁决不服，同样也可以对公安机关提起诉讼，请求人民法院重新解决损害赔偿问题。

在有关损害赔偿的行政诉讼中，不管是由谁提出赔偿的请求，也不管是向谁提出赔偿的请求，其诉讼证明的对象主要是侵权损害的事实。只有证明了侵权事实和损害事实的存在，实体上的赔偿请求权才得以成立。对于人民法院来说，侵权损害的事实是它作出判决，判令行政机关负赔偿义务或认定行政机关

损害赔偿裁决是否合法的事实根据。

需要证明的侵权损害事实包括以下要素：

1. 合法权益受到损害的事实。损害事实的存在是行政相对人行使赔偿请求权的前提，因此诉讼证明首先要证明的是行政相对人受到了损害这一事实。对损害事实至少应证明这样几个方面：其一，行政相对人确实受到了损失。其二，这种损失是合法权益的损失，不受法律保护的权益不得请求赔偿，例如，公安机关没收的赌资、赌具，虽然相对人受到了损失，但相对人赌资、赌具的权益不受法律保护。因此，在证明损失事实存在的同时，还必须证明这种损失是合法权益的损失。其三，这种损失必须是可以计算或估算的物质损失，例如由于行政机关非法的具体行政行为造成的行政相对人营业收入或工资收入的损失；又如加害人对受害人人身权利的侵害而导致的受害人劳动收入的减少、医疗费的支出等损失。精神损害难以认定其损害程度，也难以用财产数额来体现，不属于请求赔偿的范围。

2. 侵权行为事实。合法的行为也可能造成行政相对人合法的财产权益的损失，例如，公安机关依法对违反治安管理的人处以行政拘留的处罚，无疑会给被处罚人造成劳动收入方面的损失。但是，只有侵权行为造成的合法的财产权益损失才能请求赔偿。侵权行为事实的存在，是行政相对人合法权益受到损害后可以通过诉讼请求得到赔偿的前提。因此，证明了损害事实存在之后，还必须证明侵权行为事实的存在。侵权行为事实主要包括三类：一是违法的具体行政行为；二是行政机关工作人员执法过程中的违法侵权行为；三是加害人或者其他第三者违反有关法规的侵权行为。行为之侵权性质，就在于这种行为具有违法性。因此，证明侵权行为事实，既要证明行为事实的存在，又要证明行为的违法性。

3. 侵权行为与物质损害之间的因果关系。证明了侵权行为事实和物质损害事实之后，还必须证明这两种事实存在着因果关系，即行政相对人合法的财产权益的损失是行政机关或行正机关工作人员或其他相对人侵权行为的结果。如果侵权行为与物质损害之间不存在因果关系，就不能要求侵权一方对受害一方负赔偿责任。

（四）诉讼程序方面的事实

一般情况下，行政诉讼活动按照法定程序正常进行，有关诉讼程序方面的事实无须证据加以证明。但在某种情况下，无论是人民法院，还是诉讼参与人，某一诉讼行为的实施，依赖于对某一程序事实的认定或运用证据加以证明。当某一程序事实需要通过证据来加以确定的时候，这种程序事实实际上也

成了行政诉讼中的证明对象。

行政诉讼中有可能成为证明对象的程序事实，笔者认为主要有：

1. 有关诉讼时效的事实。行政诉讼法对诉讼时效期间作了明确的规定，如果行政相对人向人民法院起诉时诉讼时效的是否已过期间成为疑问，则有关时效期间的事实亦成为证明对象。例如，行政诉讼法第39条规定："公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起3个月内提出。"如果起诉人何时知道作出具体行政行为存在疑问且直接影响到起诉能否成立，则起诉人知道作出具体行政行为的时日便成为证明对象。

2. 当事人申请回避的理由。当事人有权申请审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人回避，必须提出理由。这些理由当然必须是客观存在的事实。人民法院审查回避理由是否成立，主要是审查作为回避理由的事实是否存在，这种审查的过程实质上也就是运用证据证明的过程。作为回避理由的事实，依照法律的规定，是指被申请回避的人员与本案有利害关系或可能影响公正审判的其他关系。只有借助证据证明了这种关系的存在与否，人民法院才能决定被申请回避的人员是否回避。

3. 妨害诉讼的行为事实。行政诉讼法第49条规定六种妨害行政诉讼的行为，并且规定了用以排除妨害诉讼行为的强制措施。人民法院对诉讼参与人或其他人采取强制措施，必须以事实为根据，就是要运用证据认定妨害诉讼的行为事实。

4. 人民法院严重违反法定程序的事实。根据行政诉讼法关于第二审程序的规定，如果一审人民法院在审理过程中严重违反法定程序，而且由于违反法定程序有可能影响案件正确判决的，第二审人民法院可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重审。第二审人民法院作出撤销原判，发回重审的裁定，依据的是一审人民法院违反法定程序的事实。这个事实，毫无疑义应当通过证据加以认定，因而，人民法院严重违反法定程序的事实，在上诉审中也是诉讼证明的对象。

诉讼程序方面的事实与诉讼参与人或其他人的诉讼权利或实体权益有着密切的关系，程序事实的不清或错误认定，无疑也会侵犯他人的合法权益，因此，程序事实在诉讼证明的对象范围中应占有重要的地位。

（五）法规

人民法院对行政机关作出的具体行政行为是否合法进行审查，主要是从具体行政行为所依据的事实根据和对行政法律、法规及规章的适用情况两个方面

进行审查。行政诉讼法第32条亦规定："被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。"可见，具体行政行为所依据的法律规范的存在及其效力这一事实也成为证明的对象。

一般性的行政法律、法规对人民法院来说，是通晓的。但是，行政管理的专业性和区域性比较强，审判人员难以全部通晓地方性法规，自治性法规，国务院部、委制定、发布的行政规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区、直辖市所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府制定、发布的行政规章。为此，人民法院就有权对具体行政行为所适用的这类特别法规的存在、内容及其效力进行调查。被告则有责任提供这类特别法规的文件。法律规定被告提供具体行政行为所依据的规范性文件，实际上是规定了被告对具体行政行为所适用的特别法规的存在、内容、效力负有举证责任。提供规范性文件就是一种举证行为。

行政诉讼中需要提供文件加以证明的法规主要包括：

1. 地方性法规；

2. 民族自治地方的自治条例或单行条例；

3. 国务院部、委制定、发布的规章；

4. 省、自治区、直辖市人民政府制定、发布的规章；

5. 省、自治区、直辖市人民政府所在地的市的人民政府制定、发布的规章；

6. 经国务院批准的较大的市的人民政府制定、发布的规章。

第二节　行政诉讼证明对象的特点

与被诉行政行为合法性有关的事实是行政诉讼证明对象区别于刑事诉讼、民事诉讼证明对象的主要特点，法律法规往往对此作了明确的规定，行政执法人员和行政审判人员在确定这些证明对象时，由于有法律依据，不会遇到大的困难。但是，除此之外，行政诉讼证明对象还有其他的一些事实，例如立法性事实、预测性事实和行政案卷之外的事实，对这三种事实法规很少作明确具体的规定，行政执法人员和行政审判人员在确定上则有相当的困难。这三种事实，既是行政诉讼证明对象的特殊问题，也是行政诉讼证明对象的特点所在，我国目前尚无人研究。下文试以发达的英美法系国家的行政证据理论为指引，结合我国的实际情况进行初步的探讨。

一、立法性事实

(一) 立法性事实的界定

商业银行法第12条第2款规定:"中国人民银行审查设立申请时,应当考虑经济发展的需要和银行业竞争的状况。"本条规定的"经济发展需要和银行业竞争状况"是一种具有普遍性的案件事实,不但与本案有关,而且与同类案件都有关系,英美法系国家的行政法学者称这种具有普遍性的案件事实为立法性事实,其证明方式与一般的案件事实不同。对此,我国尚未展开研究,但是英美法系国家研究比较活跃,见下文分析。

立法性事实(legislative fact)与裁决性事实(asjudicative fact)相对称,两者的区别"成为现代行政法的中心课题,在联邦上诉法院当中得到了广泛的接受"。戴维斯教授在其专著和文章中反复地论述立法性事实与裁决性事实,试图寻找区别的标志。在1942年发表在《哈福大学法学评论》的文章《行政程序证据问题探索》中,戴维斯教授认为,裁决性事实是"仅与本案当事人有关的事实"(Facts concerning immediate Parties),立法性事实是指"用来供法院对法律和政策问题作出立法性裁判的"事实。13年之后,在其文章《论司法认知》中,戴维斯教授又进一步认为,"如果法院认定的事实仅与本案当事人有关,何人、何地、何时以何种方式作了什么,目的和动机是什么,法院和行政机关履行的就是裁决性职能。以这种方式审查认定的事实通常称为裁决性事实。如果法院和行政机关是在发展法律和政策,它们的活动方式就是立法性的;法院通过司法立法创造了普通法,构成裁决机关立法性裁判的事实称为立法性事实。"可以看出,戴维斯教授所认为的立法性事实是指行政机关或者法院用于形成和发展政策或者一般规则的、具有普遍性的事实,是与立法性职能相对应的事实;而裁决性事实是指仅仅与本案当事人有关的、并为本案当事人所特有的事实,是与裁决性职能相对应的事实。

在英国,立法性事实称为政策性事实(facts of policy),裁决性事实称为事实性事实(facts of fact)。政策性事实是行政机关用于形成和发展政策的事实,对"政策"一词的理解是界定政策性事实的关键所在。

英国1987年的一个高速公路案件是有关行政诉讼证明对象特点的典型案件。该案的案情是:环境保护大臣根据1959年高速公路法第11条规定制定了两个高速公路规划草案,为调查有关的反对意见,视察员举行了一个地方公共调查。相对人对建设摩托公路的必要性表示反对,要求就有关国务部预测该摩托公路交通流量方法的可靠性问题,对该部门的证人进行交叉询问。建议制定

该项计划的视察员一方面拒绝了这一要求，另一方面允许反对人就摩托公路的必要性和预测方法的可靠性提出自己的证据。调查结束后，该部修正了计算方法，发现现存公路的容量比原先想象的要大得多，相应地修正了预测的方法。相对人要求重新调查修正过后的预测方法，环境保护大臣表示拒绝，声明他将继续考虑规划草案所需要的任何情况，如果新的情况使他不同意视察员的建议，就会给相对人提供表达意见的机会。环境保护大臣指出，他考虑了制定车流量标准普遍变化的情况和调查开始以来的交通预测材料，确信它们对构成视察员建议基础的证据没有实质性的影响。因此，决定接受视察员的建议，作出规划决定。相对人以视察员错误地不同意举行交叉询问和国务部长考虑了未经披露的情况为由，请求法院撤销规划决定。该诉讼请求的依据正是1959年高速公路法第2条第2款的规定："法院…（6）如果确信计划或命令，或其中的任何内容，不在本法所规定的权力范围之内，或者因不遵守前述各条规定而致使申请人的权益受到实质性的不公正的对待，可以撤销该计划、命令或其中的任何内容，无论是一般的，还是影响申请人财产权的。"一审法院肯定了起诉人（相对人）的诉讼请求。而在上诉过程中，上诉法院多数派法官却驳回了相对人的上诉请求，维持了环境保护大臣的规划决定。

在本案中，Diplock勋爵对"政策"作了详细的解释。Diplock认为，"'政策'是一个描述政府作出决定的一个特殊行为过程的变化无常的词，其是非曲直不适于在只有地方利益受到影响的人才有权参加的程序中进行调查。……建设一个全国摩托公路网，从最广泛的意义上来看，很明显是政府的政策问题，任何有关调整的建议都是适合作为议会辩论的问题，而不适于在所涉及的地区内进行分别的调查，由视察员们在国土上跑来跑去进行调查，收集展示的各种材料。但是，两地之间的某条摩托车道跑线的特殊位置的选择是另一个极端，不涉及通常意义政府的政策问题。它只影响特定的地方利益，通常情况下不会直接影响更大范围的公众的利益。……规划的准备和完成之间存在着一段时间，因此在确定还需要建设哪条新的摩托公路时，该部在考虑其决定的主要因素方面就采取了全国通行的标准：从计划开始准备之日起15年内交通上存在着需要某条摩托公路的可能性，这就是众所周知的项目"设计年期"（design year）。……国务大臣采取标准预测方法的作法是政府的政策，还是其他的什么东西？很显然，这种作法所针对的事务适于在更广泛的论坛上辩论，需要比在地方调查中所获得的材料更广泛的相关材料。至少在这一意义上，即与当前目标有关的意义上，政府采取标准预测方法的作法构成了政府的政策。"依Diplock见解，建设全国性的公路网和预测交通流量的标准是政府的政策，而

在特定的地方建设公路则属于事实性问题。

从戴维斯教授和 Diplock 勋爵的观点可以看出，他们认为立法性事实具有如下特点：

第一，立法性事实涉及和影响范围广泛，远远超出了本案的范畴。从与当事人的关系来看，案件事实可以分为两类：一类是裁决性事实，即直接并且仅仅与本案当事人有关的事实。这一类事实的影响仅仅限于本案，只对本案的裁判有意义，如原告和被告身分的事实。“这些事实在审判中最能够充分显示出来。在陪审团案件中，这也就是要由陪审团检验的事实。”另一类是立法性事实，即与本案当事人有关，也与他案的当事人有关的事实。这一类事实具有一定的普遍性和规律性，在其他案件中已经或者将要被反复地适用，在本案中的适用显然具有明显的方向性，例如交通流量的事实、工作年龄的事实等等。因此，立法性事实往往会造成偏见现象，限制当事人的程序权利。

第二，立法性事实不适合对抗式调查程序和审判程序。立法性事实是否可以通过举证责任的方式来查明？首先，从举证能力来看，裁决性事实是当事人自己造就的事实，自己最为了解，提出证据证明是不存在问题的，当然适合审判程序或者对抗式的调查程序。立法性事实是与裁决性事实连带发生的事实，往往在当事人的视野之外，不能够充分举证。不但如此，立法性事实还涉及政策和价值取向，由当事人来举证证明也不公平，因为这本身是法院或者行政机关自己的职责。其次，从认定结论来看，关于裁决性事实的认定结论必须有证据支持，而立法性事实的认定结论往往没有也不可能有明确的证据支持。“裁决性事实与立法性事实的区别之一是有关裁决性事实的认定结论必须有证据支持，而有关立法性事实的认定结论不需要、有时也不可能有证据的支持。”从调查认定程序来看，对抗式的调查程序，特别是审判程序对于查明立法性事实不适合。在 1976 年的有关公共汽车司机最低工作年龄的案件中，美国第五巡回法院的法官 Brown 指出，“法院有关某个年龄对公共汽车司机的雇佣是可以接受或者不可以接受的条件的裁判，从其实际效果来看，是一个立法性判决，具有影响整个行业的效力。……作为一项原则，审判式的方式，对于证明有关制定法律和政策的一般事实，或者对于证明有关指导规章制定裁量权的一般事实，是不适用的。”在 1982 年的一个案件中，美国第十一巡回法院 Goldbold 法官认为“审判程序对裁决性事实最为适宜，因为有关当事人特定事实的最好的信息源是当事人自己。但是，与科学真理、社会学数据、行业习惯（立法性事实）有关的事实却不一定在当事人的知识的范围之内，不能通过审查证人的言谈举止，有关争辩或者其他对抗性程序而进行证明。”

第三，立法性事实往往用于形成和发展政策，具有明显的政治性。所谓政治性，是指立法性事实所反映的问题往往涉及到政治决策，涉及较大范围的公共利益，对此行政机关应当向议会或者权力机关负责，而不是向法院负责。这就意味着，对于行政机关来说，司法监督并非唯一的监督方式；对于法院来说，这一类问题不适合一般的辩论式的审查程序，为了有效地审查立法性事实，法院就必须另寻出路。

（二）对立法性事实的审查

对行政机关认定的立法性事实，英美两国法院的态度是不审查，仅仅给予消极的肯定。在英国1968年的一个乡镇规划案件中，法院的态度得到了充分的体现。该案的案情是：在Bedford郡有一个叫P的小村庄。在村庄的外部曾经有一座古老的大楼，现在已经被其他房子代替。在该大楼的对面有一个围墙很破旧的小院子，过去是大楼的厨房。所在的地址为Luke勋爵所有，他打算在那里盖一座房子，向地方规划机关提出了申请，被地方规划机关驳回，根据1962年城镇和乡村规划法第23条的规定，Luke勋爵向部长提出上诉，部长派视察员进行调查，视察员作出批准的建议，部长没能采纳视察员的建议，维持了地方规划机关的决定。Luke勋爵向法院起诉，认为部长的决定与视察员不同，应当提供通知和表达意见的机会，但部长没有这样做，一审法院撤销了部长的决定。部长提出上诉，上诉法院撤销一审判决，维持了部长的决定。Denning勋爵在书写判词时写到，“我非常同情Luke勋爵，视察员的报告对他非常有利。但是必须记住部长对规划政策承担责任，为了保护乡村（风景），他采取了每一个村设置‘信封’之外建房，就很难再拒绝其他人。为此，部长必须严格。这是规划政策，而不是其他的什么事情。法院无权干涉部长执行政策的方式。……我不认为部长违反了有关规定。因此，我接受上诉并维持部长的决定。”

从本案可以看出，法院不干涉行政机关对立法性事实的认定的理由是：第一，司法审查程序不适合审查立法性事实。司法审查适于民事诉讼程序，而民事诉讼程序是当事人对抗的诉讼程序，是为了审查裁决性事实而设计的，不适合审查具有普遍性的立法性事实。第二，立法性事实涉及政治决策和价值判断，在这一方面行政机关向议会负责，对议会承担政治责任。因此对立法性事实的监督应当由议会进行，法院无权干涉。第三，立法性事实涉及行政机关的裁量权，在多个选择之间，行政机关有权选择其中的一种方案，法院不能以自己的判断代替行政机关的判断。第四，在立法性事实的认定和证明方面，行政机关具有专长，法院应当予以尊重。

笔者认为，我国的司法体制与英美法系国家不同，英美两国法院对立法性事实的消极态度在我国不足取，英美法系国家宣扬的所谓法院尊重行政机关专长的做法在我国没有充分的落实的条件。我国人民法院不但要审查立法性事实，而且要进行比裁决性事实更为严格的审查。理由是：第一，立法性事实不适合通过当事人举 证或者公开质辩的方式证明，当事人的质辩权客观上受到了限制。但是，正是因为当事人的质辩权受到了限制，行政机关在作出具体行政行为之前应当做更多的调查研究工作，人民法院应当进行更严格的审查。也就是说，立法性事实不适合通过质辩的方式加以证明，非但没有减轻行政机关在行政程序中的证明责任和在行政诉讼中的举证责任，也没有减轻人民法院的审查责任，相反却加重了它们的责任。第二，我国行政机关的技术专长受程序制度、技术设备和执法风气的限制，其可信度令人怀疑，因此法院对行政机关的判断不能盲从，而应当以理智进行重新判断。第三，从宪法所确立的职能分工体制来看，行政机关和人民法院在形成和发展国家和地方的政策方面并没有明确的分工，人民法院不能消极从事。无论行政机关是否考虑了立法性事实，人民法院都可以考虑立法性事实，以作出比行政机关更为明智的判断。行政机关虽然具有专长，但是人民法院可以通过聘请专家弥补自己的不足，人民法院并非 没有理解和审查立法性事实的能力。人民法院在行政审判过程中负有促进国家和地方经济和文化事业发展的责任，在形成和执行政策方面，应当发挥自己的特殊作用，不能单纯地审查被诉具体行政行为的合法性，就事论事，就具体行政行为论具体行政行为。如果被诉行政行为的作出涉及立法性事实特别是政策问题，人民法院不能消极附和，而应当进行积极的审查，并在审查的基础上表明自己的态度。

接下来的问题是，人民法院应当如何审查立法性事实？笔者认为，在这一方面英美两国法院和行政法学者的观点值得借鉴。立法性事实既然不适合通过法庭调查和辩论的方式进行审查，人民法院完全可以通过其他方式进行审查。为了充分认识立法性事实，人民法院应当进行大量的、艰苦细致的庭外调查研究活动，可以考虑未经当事人公开质辩的事实，可以借助有关方面的专家，在采取司法认知时应当特别慎重。人民法院的认定结论与行政机关一致的，可以用作维持被诉行政行为的理由；如果不一致，应当作为撤销或者变更被诉具体行政行为的理由。人民法院在作出判决的同时，还应当给行政机关提出司法建议。例如，我国某些城市为了缓解交通拥挤、环境污染，对入城车辆实行单双号制度，司机违反单双号制度的，会受到交警部门的处罚。在这种案件中，单双号制度实际上是一种交通管理政策，有关该政策合法性和合理性的事实就是

立法性事实。被告行政机关对该事实的存在及合法性应当承担说服责任，人民法院在审查立法性事实时，应当进行全面的调查研究，在必要时可以借助专家的力量，形成自己独立的判断。只有在自己的判断与行政机关的判断一致的情况下，即认为单双号制度合法合理的情况下，人民法院才能作出维持判决。

二、预测性事实

在刑事诉讼和民事诉讼中，证明对象只能是已经发生的、过去的事实。但是在行政诉讼中，当事人除了证明过去的事实之外，有时还必须证明将来的、尚未发生的事实，即预测性事实，这是行政诉讼证明对象区别于刑事诉讼和民事诉讼证明对象的一个特点。

（一）预测性事实的界定

预测性事实与过去的事实相对称。过去的（past）事实是在被诉具体行政行为作出以前发生的（done）事实，预测性事实是指在被诉具体行政行为作出时尚未发生、行政机关只能预测其可能发生的事实，又称为将来的（future）事实、假设的（Hypothesis）事实。在一些行政案件中，当事人必须在行政程序和行政诉讼中证明预测性事实，有一些法律法规也对此作了明确的规定。

我国行政诉讼证据理论对预测性事实尚未展开研究，但立法和行政执法实践已经走到了前面。例如环境保护法第 13 条规定，“建设污染环境的项目，必须遵守国家有关建设项目环境保护管理的规定。建设项目的环境影响报告书，必须对建设项目产生的污染和对环境的影响作出评价，规定防治措施，经项目主管部门预审并依照规定的程序报环境保护行政主管部门批准，环境影响报告书经批准后，计划部门方可批准建设项目设计任务书。”据此，相对人要建设污染项目，必须提供环境影响报告书，对建设项目对环境可能产生的影响作详细的论证，同时环境保护局也必须认真研究、核实，以保证预测的准确性。

预测性事实具有如下特性：

第一，预测性事实影响深远，一旦预测失误，将给公共利益造成难以弥补的巨大损失。这一点在环境保护案件、城市或者乡镇规划案件中体现得尤为充分。如果环境保护机关在批准污染企业的立项报告之前没有进行详细科学的调查论证工作，等到企业开工之后才发现或者认识到问题的严重性，纠正起来就会非常困难。实际上，在大多数情况下，弥补已经造成的损失是不可能的，唯一的方法是采取措施制止污染扩大或者延缓污染。中央电视台在 1997 年 7 月的一个“社会调查”节目中披露了西双版纳数家砖厂污染橡胶种质库林案件。西双版纳是我国最大的橡胶种质库林所在地，这些种质库林是我国政府在五十

年代投入巨额资金派专家到巴西亚马逊河原始森林采集种子，经三十余年艰苦奋斗培植出来的，橡胶已成为西双版纳彝族自治州的支柱产业，但是西双版纳州的主管领导在批准砖厂立项时，却对珍稀的种质库林没有给予充分的重视，未经对砖厂的污染作细致的调查研究工作，很随意地批准了数家砖厂开工生产，结果大片的种质库林遭到了毁灭性的破坏，引起仁人志士的强烈不满。中央电视台在采访有关砖厂时，只发现了简单的环境影响报告书，这些砖厂还在不断生产，此案几经周折，在云南省政府的督促下，西双版纳州政府所在地的景洪市政府才组织有关部门，研究解决问题的方案。由于这些砖厂提供了景洪市基本建设的98%的红砖，为了不影响景洪市一年十多亿的建设项目，截止记者报道时景洪市政府才作出了让一部分砖厂关闭、另一部分砖厂边治理边生产的决定。但是，污染仍在继续，已经毁灭的种质库林无法挽回。在规划案件中，同样的情况比比皆是。刚刚铺好的马路，又被掀开，如此反复，以致无穷，耽误了多少时间?! 浪费了多少国家资金?! 如果城市规划部门在批准建设项目之前，经过详细科学的调查论证，怎么会出现这样的事情？预测性事实的重要性由此可见一斑。

第二，预测性事实具有不确定性，不能被确凿无疑地证明。这是由人类的科学技术知识和社会学知识的局限性决定的。要求行政机关“在记录中对其判断或者预断提供完全的事实根据是不可能的，也是不必要的。预测未来……涉及以行政专家知识为根据的推理。”但是，正是因为这种不确定性，才需要对行政机关的调查论证工作提出更为严格的要求。一方面，国家应当对预测性事实的证明规定严格的标准，另一方面应当规定严格详细的调查研究程序，迫使行政机关在批准立项报告之前尽其所能作出理智的决定。人民法院在审查预测性事实时，应当本着对国家和社会负责的态度，借助专家的力量，对预测性事实进行严格全面的审查。

第三，对预测性事实的证明应当通过调查研究的方式进行，而不宜提供公开质辩的方式进行，当事人公开质辩的权利应当受到限制。为了保证预测的科学性和准确性，避免行政行为付诸实施后发生难以弥补的损失，行政机关必须动用技术专家和设备进行严密的研究和论证，公民、法人或者其他组织的技术知识和设备通常落后于行政机关，不可能进行有效的证明。在前面的高速公路案件中 Diplock 勋爵认为，环境保护大臣预测交通流量方法的“是非对错不适于在个别的调查程序进行调查，因为在调查程序中视察员的考虑因素必然受所获得的不规则的材料限制。如果视察员以这种材料为根据建议部长改变通行全国的预测交通需要的方法，那么该视察员一定是一个急躁毛草的视察员，而采

纳这种建议的部长一定是一个不明智的部长。”

（二）对预测性事实的审查

预测性事实的上述两个特点给法院的审查工作带来了很大的难度。笔者认为，人民法院在审查预测性事实方面，应当注意三点：

第一，对预测性事实应当进行特别严格的审查，既要审查行政机关在认定预测性事实时是否理智和负责，又要尽己所能审查行政机关对预测性事实的认定是否科学合理。预测性事实的证明虽然具有不确定性，但是正是因为其不确定，人民法院才需要进行更为严格的审查。行政机关不能因此随意“预测”，为了保证“预测”具有科学性和可行性，行政机关必须进行细致的调查研究和论证工作，收集一切必要的材料和数据。在预测性事实与证据之间虽然不一定有必然的因果关系，但必须具有可能的、合理的联系。人民法院一方面应当着重审查行政机关在认定预测性事实时是否做了充分的努力，是否慎重和负责；另一方面，不能听信行政机关的一面之词，而应当召集专家，进行全面的调查和论证，只有在确信行政机关对预测性事实的认定科学合理时才能予以维持。

第二，依靠专家证言，阅读专业书籍。预测性事实的认定涉及专业技术知识，在这一方面法官往往是外行。为了充分理解预测性事实的内容和根据，法官既可以询问有关方面的专家，直接获取专业技术知识；也可以阅读有关的专业书籍，间接获取专业技术知识。经过严格细致的调查研究工作之后，人民法院应当对重大案件中的预测性事实，形成专门的认定报告，该报告是人民法院作出评价的事实根据（证据）之一。

三、行政案卷之外的事实

（一）行政案卷之外的事实的界定

行政案卷之外的事实与行政案卷之内的事实相对称。后者是指行政案卷中记载的、经过当事人反驳争辩的事实，也就是以可见的材料的形式反映出来、经过当事人质证的事实。案卷之外的事实（extra record fact）是指没有告知当事人的事实，包括行政机关没有记入案卷的事实，以及行政机关虽记入案卷、但没有告知当事人并经当事人质辩的事实。作为一般原则，行政机关只能考虑行政案卷之内的事实，但是从下文分析可以看出，这个原则存在着例外情况。行政机关可以运用案卷之外的事实，只不过是理论研究不够深入，没有发现罢了。

在前面的高速公路案件中，相对人试图以交叉询问的方式对交通部的预测方法提出质疑。他们试图得到机会，从国务大臣的口中证明《红皮书》中记载

的有关交通流量的预测方法是不精确的和不可信的。国务大臣对此予以拒绝，指出《红皮书》中所采用的程序（计算方法）是“政府政策”。相对人据此认为视察员考虑了案卷之外的事实，没有给他们提供反驳的机会，交通部部长维持视察员的建议性决定，侵犯了他们的自然公正权利，要求法院撤销部长的决定。一审法院肯定了相对人的理由，作出撤销判决，但是上诉 法院撤销了一审判决，又维持了部长的决定。丹宁勋爵认为相对人的理由不成立，因为出于公共利益的需要，交通部部长并没有义务告知相对人他从其他途径得到的事实。“一旦部长作出决定，他就必须说明理由，1971 年裁判所和调查法规定如此；但是，在我看来，部长却没有义务向相对人公开他在作出决定过程中从其部门得到的建议、专家或其他情况。如果他认为这样做有助于作出正确的决定，为了公共利益，他就可以这样做；但是，如果他认为这样做没有什么益外，就可以不去做，在我看来，这不构成对反对人自然公正权利的剥夺。”Diplock 勋爵则从另一个角度作了分析，认为部长有权考虑案卷之外的事实。“法律将作出行政决定的裁量权赋予部长，并不是赋予部长个人，而是将部长作为一个部门的领导对待——在该部门中，部长可以得到为作出决定所需要的、由所有为国王服务的人所掌握的知识、经验和专长。在这样的部门中，部长是首脑。这种集体知识（collective knowledge）无论是技术性的还是事实性的，只要是公务员的，包括他们的专长，都视为部长的知识和专长。……这是一个行政决定作出程序的内在组成部分，在调查结束后，部长并没有从本部门之外接受证据、专家意见或建议。……主持调查的视察员为查明事实真相必须享有程序上的广泛的自由裁量权。只有这样，视察员才能够查明与反对意见相关的事实，查明支持或反对的理由；如果他认为有必要，还可以权衡他们各自的优劣，从而为部长提供一个公正的、准确的和充分的报告。”

丹宁勋爵和 Diplock 勋爵的结论是正确的，但是理由是片面的。公共利益本身并非行政机关考虑案卷之外的事实的充分理由，而仅仅是一个必要的理由。相对人的知情权和反驳权与公共利益并不冲突，其本身就是公共利益的组成部分，侵犯了相对人的权利，实际上也损害了公共利益，行政机关不能以公共利益为由为所欲为。另一方面，认为部长加以运用本部门之内的知识，不构成案卷之外的事实，同样是牵强附会的。只要案卷没有记载某一个事实或者当事人没有被告知这一个事实，该事实就是案卷之外的事实，不论该事实来源于何处，由谁掌握，Diuplock 勋爵所说的部门“集体知识”同样构成案卷之外的事实。

戴维斯教授认为，行政机关需要考虑案卷之外的事实的主要原因有三个：

第一，人类思维的客观规律。行政执法人员在认定案件事实时，一方面要运用案件中已经记载的证据，即以事实来验证事实，另一方面还不可避免地或者说是不由自主地运用自己在长期的工作中积累起来的经验和知识，即用经验来验证事实。例如，行政执法人员在评价证人证言的真伪时，除了考虑已经收集的证据之外，还结合自己的一般经验和知识。后者在案卷中是反映不出来的。

第二，行政管理的行业性和技术性。行政管理的行业性和技术性都很强，每一个行业都有长期形成的不同的管理规则，这些规则或者是一般经验，或者是内部的规章制度，具有相对的稳定性，在每一个案件中行政执法人员都会反复应用。行政机关没有必要在每一个案件中都要告知当事人这些经验或者规章制度，让当事人反驳，更不可能逐一记入案卷。行政机关在执法时，还必须应用本行业的专业技术，这些技术也具有相对的稳定性，没有必要把相应的资料在行政案卷中一一列出，由当事人反驳。

第三，行政管理的效率性。行政机关担负着引导和塑造社会的任务，处理着绝大多数社会事务，其中包括绝大多数法律纠纷。为了迅速处理，保障社会公共利益（这是丹宁勋爵的观点），减少当事人的讼累，行政机关必须频繁使用长期积累起来的专业性知识。这些知识有其规律性和内部性，由当事人举证的方式加以证明只会拖延行政程序，浪费行政资源，"如果行政机关以个别当事人的特殊情况为作出行政决定的基础，当事人自己比其他任何人都了解这些情况，那么，裁决性听证就能够发挥重要的作用。但是，正如本案的情况那样，如果一项政策是以整个工业的特点为基础，合理的决定就不能失之于探究具体的事实，因为这些事实经常使基本的问题变得模糊而不是清晰。"

我们认为，上述三个理由对我国完全适用，我国行政机关在作出具体行政行为时，既需要也可以考虑行政案卷之外的事实。问题是如何界定"行政案卷之外的事实"。我国行政执法的程序建设比较落后，案卷之外事实的范围必须严格限制，仅仅限于未经当事人质辩的事实。凡是考虑的事实，行政机关都必须记入行政案卷，没有记入行政案卷的事实在我国只能认定为不正当的考虑。对于记入行政案卷之内的事实，行政机关可以根据案件的具体情况，决定哪些事实需要经过当事人质证（案卷之内的事实），哪些不需要或者不适于质证（案卷之外的事实）。一般来说，专业性事实和技术性事实具有普遍性和客观性，当事人没有公开质证的条件和能力，行政机关可以直接认定。但是，正是由于当事人的质辩权受到了限制，行政机关在认定案卷之外的事实时，应当履行比案卷之内的事实更为严格的证明程序，做更为细致的调查研究工作。

（二）对行政案卷之外的事实的审查

行政案卷之外的事实与被诉行政行为的合法性有关，根据行政诉讼法第32条规定，被告对此应当承担举证责任。但是，由于案卷之外的事实都具有专业性和技术性，行政机关具有技术专长，在审查判断方面具有优势，没有技术专长的人民法院应当予以适当的尊重。其中，纯技术性事实，例如卫生医疗事故鉴定方面的事实，属于行政机关独占判断权的范畴，人民法院只能进行形式上的审查，即审查纯技术性事实是否是法律规定行政机关查明的事实（证明对象），行政机关是否将其记入了行政案卷，有关的证据是否是条例法定的表现形式等等。对于专业性的社会科学知识，人民法院加以充分的认识能力，应当进行全面严格的的审查，审查的方法是：听取专家的意见、听取当事人的意见等等。对案卷之外的事实作出审查结论的，应当在审结报告中专门说明，该结论是人民法院作出判决的证据之一。

第三章　行政诉讼证明标准

第一节　行政诉讼证明标准概述

一、概念

我国学者在研究证明标准时，往往将证明标准与证明任务、证明要求联系在一起。分清这几个概念的关系是界定行政诉讼证明标准的首要问题。

有的学者在给证明标准下定义时，不严格区分证明标准、证明任务和证明要求，交替使用这三个概念。“诉讼中证明的任务，或称证明要求，是指诉讼中对案件事实证明所要达到的程度或者标准。”证明要求“是指司法人员在诉讼活动中运用证据证明案件事实需要达到的程度，也就是为了实现证明的目的在证据的数量和质量上要达到的标准。”“证明要求，简单地说就是诉讼所要达到的程度。”另外一些学者注意到了证明要求与证明标准的区别，认为证明标准与证明要求是两个相互联系又存在着区别的概念，证明要求是法律对诉讼证明程度的总体要求，而证明标准是衡量特定案件的证明是否符合法定证明要求的具体的尺度。“证明要求，是指司法工作人员运用证据证明案件事实所要达到的程度。”“证明要求与证明标准有关。证明要求是法律要求证明案件事实所要达到的程度，而证明标准是衡量是否符合法律规定的证明要求的具体尺度。”

我们赞同区别使用三个概念的做法，认为：第一，证明任务是指由诉讼任务所决定的、诉讼证明必须达到的目标，也就是当事人履行举证责任、人民法院调查认定案件事实所应达到的终极目标。当诉讼证明达到这个目标时，诉讼证明本身的任务就完成了，诉讼证明活动也就可以停止了，接下来的问题不再是诉讼证明问题，而是适用法律、作出裁判的问题。证明任务是由诉讼任务决定的，准确理解和适用法律、维护国家法制的统一和尊严、保护公民的合法权

益是我国三大诉讼证明活动的共同任务，这些任务首先要求司法人员查明案件的事实真相，因为查明案件的事实真相是准确理解和适用法律的前提，是实现我国三大诉讼一切共同任务和特殊目的的前提。因此，认为“我国诉讼中证明的任务就是确定案件的客观真实”是正确的。第二，证明标准是为了实现法定证明任务，法律规定了在每一个案件中诉讼证明必须达到的程度。证明标准由法律规定的，是硬性的标准，具有普遍性和共同性，司法人员没有根据案件的具体情况作出裁量的余地。无论是简单的案件，还是重大复杂的案件，都一律适用。在我国，三大诉讼和行政程序的证明标准目前都是“案件事实清楚、证据确实充分”，行政执法人员和公安司法人员只能严格适用，而不能裁量。第三，证明要求是由法定证明标准决定的、衡量证明活动是否达到该标准的具体尺度。如果说证明标准具有普遍性和共同性，证明要求则更多地体现为个案性和特殊性。证明标准是硬性的，行政执法人员和公安司法人员不得裁量；证明要求是灵活的，为了达到法定的证明标准，调查收集和审查判断证据的尺度可以由行政执法人员和公安司法人员具体掌握，案件的具体情况不同，衡量的尺度也就不同，在简单的案件中，衡量的尺度简单一些，而在复杂重大的案件中，衡量的尺度则应当严格一些。我国学者关于证明标准具体内涵的不同说法，实际上并不是对证明标准理解的分歧，而是在认同同一个证明标准的前提下对证明要求理解的分歧。关于证明要求的分歧，本文后述。总之，诉讼任务决定了证明任务，证明任务决定了证明标准，证明标准决定了证明要求，后者依次是前者的具体落实。

英美法系国家证据法学者从不同角度对证明标准所作的定义对界定我国行政诉讼证明标准具有启发意义。

艾里欧特认为，证明标准是“承担举证责任的当事人举证的分量相对于对方当事人举证分量来说，应当超过多少?”摩菲认为，证明标准是“是指履行举证责任必须达到的范围或者程度。……是证据必须在事实裁判者头脑中造成的确定性或者盖然性的程度，是承担举证责任的当事人在有权赢得诉讼之前使事实裁判者形成确信的标准。从证明责任的履行来看，证明标准是证据质量和证明力的测试仪。”布莱克认为，证明标准是指“特定类型的案件所要求的证明负担（burden of proof)。例如，在刑事诉讼中公诉人的证明标准（负担）是排除合理怀疑的证明，在绝大多数民事诉讼中要求的则是占优势的盖然性”。加拿大的雷德曼（Lederman）认为，证明标准是指“承担举证责任的当事人为了成功地赢得本方的诉讼主张和理由，其证据证明所应当达到的可能性程度”。

英美法系国家定义的特点是：第一，首先从当事人的角度理解证明标准。

由于诉讼结构实行当事人主义模式，当事人是诉讼证明的主体，英美法系国家所理解的证明标准首先是当事人履行举证责任、证明其诉讼主张成立的标准，证明标准与诉讼主体、举证责任、诉讼主张和诉讼后果紧密联系。第二，同时从审判人员的角度理解证明标准。对法官和陪审团来说，证明标准是他们对当事人证明的案件事实形成确信的标准，所谓排除合理怀疑，正是要排除法官和陪审团的合理怀疑。当事人是否切实履行了其举证责任，最终的衡量标准是法官和陪审团是否被说服，是否形成了内心确信。第三，强调了证明标准的主观性。英美法系国家在理解证明标准时，其出发点并非案件的事实真相，而是当事人的举证和审判人员的主观认识。这种观念，"从哲学上说，是不可知论的反映，是与辩证唯物主义背道而驰的；从诉讼实践上来说，是极为有害的，它为法官的主观随意性开了方便之门。"在我国，当事人和人民法院都是诉讼证明的主体，当事人的举证和审判人员的主观认识应当是理解证明标准的一个角度，但不是惟一的角度，英美法系国家强调证明标准的主观性而忽视其客观性的做法对我国是不可取的。

结合我国和英美法系国家的观点，笔者认为，所谓行政诉讼证明标准是指"根据行政诉讼法的规定，当事人履行了举证责任、证明案件事实所应达到的程度，是人民法院查明行政案件的事实真相、特别是被诉具体行政行为是否符合事实真相的标准，具体包括证据所应达到的质和量两个方面的要求。"理由是：

第一，行政诉讼证明标准首先是衡量当事人是否切实履行举证责任、特别是被告是否能够证明其具体行政行为合法性的证明标准。如果当事人对案件事实的证明没有达到法定的证明标准，其诉讼主张就不能成立、具体行政行为仍然被认为违法，当事人必须继续履行举证责任，直到达到证明标准、具体行政行为被人民法院认为合法为止。如果在诉讼期限内不能达到法定证明标准，即应承担相应的诉讼后果。在理解行政诉讼证明标准时，应当首先想到当事人及其举证责任，将证明标准与举证责任、诉讼主张和诉讼后果联系起来。

第二，行政诉讼证明标准同时是人民法院查明案件事实、审查被诉具体行政行为的标准。为了正确作出裁判，人民法院必须查明被诉具体行政行为，对案件事实的认定必须符合法定的证明标准。虽然就内容和程度来说，证明标准对当事人和人民法院来说是一致的，但是其作用并不相同。对当事人来说，证明标准是衡量其是否切实履行了举证责任的尺度；对人民法院来说，证明标准是衡量对被诉具体行政行为的认定是否符合案件事实真相的审查标准之一。

第三，行政诉讼证明标准的核心内容是被诉具体行政行为认定案件事实的

肯定程度。我国法律规定的“案件事实清楚”，英美法系国家学者提出的“可能性”、“盖然性”、“确定性”等等，其中心含义都是证明或者查明案件事实的肯定程度。

第四，行政诉讼证明标准包括对证据质和量两个方面的具体要求。当事人证明或者人民法院查明案件事实的肯定程度（确实充分）只能由证据支持。为了确保“案件事实清楚”，当事人提交或者人民法院调查收集的证据不仅仅应当确实，而且应当充分。确实是对证据质的要求，充分是对证据量的要求。案件事实的肯定程度与所需证据的质和量成正比例关系。

二、特点

与刑事诉讼、民事诉讼相比，行政诉讼证明标准具有如下特点：

（一）行政诉讼证明标准具有灵活性

在刑事诉讼中，证明标准在不同的诉讼阶段，针对不同的事务，各不相同。“刑事诉讼的证明要求，可以简单地区分为总的要求和各个诉讼阶段的不同要求，总的要求对整个证明过程都有指导作用，各个诉讼阶段的不同要求是总的要求的体现。”例如刑事诉讼法第60条规定，“只要有证据证明有犯罪事实”，并且符合其他两个条件，司法机关就可以作出逮捕决定，这种措辞所确定的证明标准仅仅是一种可能性，并不一定是完全的确定性，显然是一种比较低的要求。该法第162条的规定，人民法院作出有罪判决，应当做到“案件事实清楚、证据确凿、充分”，事实方面不允许有什么错误，这是最高的证明要求。但是，对于无罪判决，该法规定了低于有罪判决的证明标准，只要证据不足以认定被告人有罪，就应当判决其无罪。

刑事诉讼法给笔者的启发是，行政诉讼证明标准应当与行政案件的具体性质和严重程度成正比例关系，案件越重大复杂，证明标准应当越高。具体行政行为涉及公民人身自由权（如行政拘留）的，应当适用比较高的证明标准；适用简易程序作出的，应当适用比较低的证明标准。例如，“在涉及人身自由的案件中，为了对有关扣留的事实形成确信，法院会提出较高的证明标准；在涉及生计和职业声誉的案件中，或者涉及欺诈和道德好坏的案件中，证明标准也不会低多少。”行政程序的证明标准应当根据案件具体情况而异，有的案件只能适用占优势的盖然性标准，而有的则应当适用案件事实清楚、证据确实充分的标准。

除此之外，证明标准还应当因说服责任和推进责任而异。在行政诉讼中，说服责任主要是被告证明被诉具体行政行为合法性和合理性的责任，其证明标

准应当因案件的具体情况分别达到“案件事实清楚、证据确实充分”标准、“清楚的、明确的和令人信服的”标准或者占优势的盖然性标准。推进责任主要是原告证明行政诉讼程序事实或者推进行政诉讼程序的责任，只要能够使行政审判人员认为具有审理起诉或者继续调查审理的必要性就足够了。原告主张的案件事实应当由被告最终证明或者人民法院最终查明，要求原告达到上述三个证明标准也是不合理的。

从实际情况来看，我国法律对行政案件证明标准的规定缺乏灵活性，都是“案件事实清楚、证据确实充分”。一方面，不少部门行政法律和规章以及地方性法规规定了这种证明标准。例如《治安管理处罚条例》第 34 条第 4 项规定，“……（四）裁决。经讯问查证，违反治安管理行为事实清楚、证据确凿的，依照本条例的有关条款裁决。”福建省行政执法程序规定第 26 条和第 36 条规定，违法案件的处理，“事实清楚，证据确凿，依法应当受处罚的，应当作出处罚决定。”《违反水法规行政处罚程序暂行规定》（1990 年 8 月 15 日水利部令第 3 号）第 15 条规定，“违法事实清楚，证据确凿的，水行政主管部门应依法作出处罚决定，并填发《违反水法规行政处罚决定通知书》，送达当事人。”上述法律规定措辞基本相同，都是“事实清楚、证据确凿”，虽然没有民事诉讼法和刑事诉讼法的规定那样严密完整，但是，由于事实清楚与证据确实充分之间有着必然的因果关系，证据不确实充分，案件事实就不可能清楚，因此其实质内容与刑事诉讼证明标准没有什么区别。

另一方面，行政诉讼法似乎已经注意到行政诉讼证明标准应当适当降低，该法第 54 条第 1 款规定，“具体行政行为证据确凿，……判决维持”，第 2 款规定，“主要证据不足的”，“判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为”。从其措辞来看，第 1 项规定的行政诉讼证明标准强调“主要证据”“确凿”，没有规定“案件事实清楚”，只要主要证据确凿，行政机关就可以定案，明显低于刑事诉讼和民事诉讼证明标准；但是，由于第 2 项规定的“不足”自然与“充分”相对应，而且在撤销与不撤销之间只有一种可能性，第 1 项和第 2 项之间客观上存在着协调和连贯关系，如果将其合二为一理解，仍然是“案件事实清楚、（主要）证据确凿充分”标准，与刑事诉讼证明标准没有什么区别。笔者就行政程序证明标准以及行政诉讼法规定的证明标准求教了一些公安干警和法官，他们认为，只要案件事实不清楚，主要证据不确凿充分，公安机关就不作出处罚决定，人民法院也不会维持。因此，无论是从法律规定或者行政执法和行政审判实践来看，我国行政诉讼的证明标准都是“案件事实清楚、证据确凿充分”。

行政诉讼证明标准的灵活性表明，证明标准应当因行政案件的客体、程序和举证责任的不同而不同，“问题越轻微和简单，越容易形成‘确信’；问题越严重和复杂，就越要细心审查，也就是说，在对案件真实情况形成确信之前所需要的有证明力的证据就越多。”我国法律将行政案件的证明标准一律确定为“案件事实清楚、证据确实、充分”既不符合行政执法的实际需要，也不符合法理，应当改变。

（二）行政诉讼证明标准具有中间性

刑事诉讼证明标准和民事诉讼证明标准是两个极端，行政诉讼证明标准居于中间地带，这就是行政诉讼证明标准的中间性。理由是：

第一，诉讼性质。“刑事诉讼，从实质上说，是国家行使刑事处罚权的活动，”“是国家专门机关一种追究犯罪、惩罚犯罪人的活动”。民事诉讼是“人民法院和当事人以及其他诉讼参与人为解决民事纠纷所进行的各种诉讼活动，以及他们在诉讼中形成的各种民事诉讼法律关系的总和。”行政诉讼是“公民、法人或者其他组织在认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯了自己的合法权益时，依法向法院请求司法保护，并由法院对行政行为进行审查和裁判的一种诉讼活动。”诉讼性质不同，证明标准就应当有所不同。

第二，诉讼客体。行政诉讼的客体是被诉行政行为，直接涉及公共利益和公民、法人或者其他组织的财产权和生命权之外的人身权；民事诉讼的客体是民事争议，仅仅直接涉及当事人自己的财产权和自由权、生命权之外的人身权；刑事诉讼的客体是定罪量刑的法律问题和事实问题，直接涉及犯罪嫌疑人、被告人的财产权、人身自由权和生命权。相比较之下，行政诉讼客体对公共利益和个人利益影响的严重程度比民事诉讼高，比刑事诉讼低。在证明标准方面，尽管我国行政诉讼法的规定与民事诉讼和刑事诉讼证明标准没有区别，都是“案件事实清楚、证据确凿充分”，但是从实践需要和法理的角度来看，行政诉讼证明标准既没有必要一律像刑事诉讼那样严格，也不能比民事诉讼低，而应当处于中间地带。

第三，行政执法的效率和严肃性。一方面，日益繁重的行政管理任务使效率成为行政管理首要的要求，如果要求行政机关在每一个案件中都达到与刑事诉讼相同的证明标准，即“案件事实清楚、证据确实充分”，不仅会妨害行政效率，而且会严重损害公共利益。例如在规划案件中，案件事实尚未发生，受现有技术条件和科研水平的限制，行政机关不可能确凿无疑地证明，要求这些具体行政行为作到“案件事实清楚、证据确实充分”实际上是不可能的。另一方面，具体行政行为是行使国家权力的行为，涉及公共利益，必须具有严肃

性，证明标准必须具有最低的限度，这个最低限度就是民事诉讼证明标准。

（三）行政诉讼证明标准具有审查性

有关被诉具体行政行为的证明标准，既是被告履行说服责任的证明标准，也是人民法院审查被诉具体行政行为合法性或者合理性的证明标准。同一个证明标准，对被告来说是“证明”的标准，对人民法院来说主要是“审查”的标准，这是行政诉讼证明标准区别于刑事诉讼和民事诉讼的一个特点，是由行政诉讼本身的司法审查性决定的。

三、研究方法

证明标准的研究方法与诉讼结构存在着千丝万缕的联系。诉讼结构不同，理解和界定证明标准的出发点也就不同。总体来说，当事人和人民法院分别是界定和研究证明标准的两个角度。如何处理这两个角度的关系是研究行政诉讼证明标准时应当说明的一个问题。

在大陆法系国家，关于证明标准的理论和实践有三点值得注意：

第一，由于在诉讼结构上实行职权主义模式，职权机关在证明活动中起主导作用，所谓证明标准实际上是职权机关特别是法院的证明标准。在刑事诉讼中，起诉机关和审判机关的证明标准同一，起诉机关实际上没有独立的证明标准，如果起诉机关提供的证据没有达到审判机关的证明标准，其说服责任就没有充分切实地履行；在民事诉讼中，当事人履行说服责任的要求即是法官形成内心确信时的证明要求，所谓证明标准是指法院的证明标准而不是原告和被告自己的证明标准；在行政诉讼中，证明标准是法院形成心证的标准，而不是当事人的履行举证责任的标准。

第二，由于在诉讼目的上实行实体真实主义，大陆法系国家刑事诉讼和民事诉讼的进行都追求客观真实，即法官认定的案件事实必须与实际上发生的案件事实一致，虽然刑事诉讼实行直接言词原则，民事诉讼实行辩论原则和处分原则，但是为了查明案件事实，法院可以进行职权调查，诉讼证明主要是法官的事情。例如，法国刑事诉讼法典第 463 条规定，“如有补充侦查的必要时，法庭应当作出裁定，委托一名成员进行，他具有第一百五十一条至第一百五十五条规定的权力。遇有需要刑事监督的情况，受托的审判官应当依嘱托进行或使人进行一切有关宣布这一处分的必要行为，尤其是进行第八十一条（第六款和第七款）规定的医疗心理分析的调查和检查”。法国民事诉讼法典第 231 条规定，“法官可以在法庭上或在法官办公室以及在执行预审调查措施的任何地方，当场询问其证词有意于揭示真相的人。”德国行政法院法明确规定了调查

原则，该法第 86 条第 1 款规定，“法院依职权调查案情，可以传唤参与人。法院不受参与人的意见和证据要求的约束。”

第三，与自由心证原则相对应，大陆法系国家的民事诉讼和刑事诉讼强调法官的内心确信。大陆法系国家的三大诉讼都实行自由心证原则，法官在作出判决正确时必须对认定的案件事实形成内心确信。在德国民事诉讼中，当事人举证和法院调查的目的就是使法官形成充分的内心确信即心证，如果承担举证责任的一方当事人提供的证据不能使法官形成有利于自己的确信，就要败诉；而不承担举证责任的一方当事人举证的目的就是动摇法官的内心确信。“凡是法官按情理不能再有怀疑，心证就是充分的。凡承担举证责任的一方当事人的对方以他的反证（Gegenweis）成功地引起法官合乎情理的怀疑，他就胜诉。”在德国刑事诉讼中，关于证据的证明力和取舍、案件事实的真伪和认定都由法官根据自己的内心确信确认。自由心证原则要求“法官根据他个人的自由确信而确定证据。法官个人的确信是指他的个人确认。这种确认必须依据明智推理，建立在对证据结果完全、充分、无相互矛盾的使用之上”。但是，关于什么是客观真实，即衡量法官认定的案件事实与实际发生的案件事实相符合的标准是什么，大陆法系国家的诉讼法典很少作直接的、明确的规定。如果有的话，就是法官的内心确信。例如，法国刑事诉讼法典第 427 条规定，“除法律另有规定外，犯罪可以用各种证据予以证实并由审判官根据内心确信作出决定。审判官仅得依所在审判过程中向他提出的并在他面前经双方充分辩论的证据，作出裁判。”德国刑事诉讼法典第 261 条规定，“〔自由心证〕对证据调查的结果，由法庭根据他在审理的全过程中建立起来的内心确信而决定。”德国行政法院法第 108 条规定，“〔自由心证〕法院根据他的从全部诉讼中最终结果获得的确信进行裁判，判决书应当说明确信的根据。”但是，问题的关键在于，只有已经收集到的证据达到什么样的质和量时，法官才能形成“内心确信”？大陆法系国家的这种含糊其辞的做法对我国来说实不可取。

在英美法系国家，关于证明标准的理论和实践同样有三点值得注意：第一，由于诉讼结构实行当事人主义模式，当事人是证明活动的主角，左右诉讼的进程，所谓证明责任是当事人的举证责任，而所谓证明标准也就是当事人的证明标准。在刑事诉讼中，公诉人和被告人一样视为当事人，这一点与民事诉讼没有实质性的区别。法官不是证明活动的实施者，而是当事人证明活动的承受者；从这一点来看，所谓证明标准实际上是指当事人的举证活动促使法官形成有利于本方诉讼主张的确信的所应当达到的标准。第二，由于诉讼目的实行形式真实主义，诉讼证明活动追求符合特定的证明标准的真实，即可能与客观

真实相符合，也可能不符合。当事人举证活动的优劣对法官认定案件事实起决定性作用；因此，所谓“真实”实际上是当事人主张并符合证明标准的程序上的真实，是当事人证明的真实，法官只不过是按照特定的证明标准去确认当事人的真实罢了。第三，为了当事人进行公平的竞赛或者竞争，英美法系国家特别注重作为竞赛规则之一的证明标准的学理研究和法律规定。证据法学者从各个角度对刑事诉讼证明标准和民事诉讼证明标准分别进行详细的研究，力求充分发掘其内涵；而法院也谨慎地应用公认的证明标准。笔者认为，英美法系国家的做法最值得我国借鉴。

我国的证据学理研究和法律规定兼有英美法系国家和大陆法系国家的部分特色。表现在：第一，注重职权机关在证明活动中的主导作用，法律在规定证明标准时是从职权机关特别是人民法院审判的角度出发的。受法律规定的影响，学者们在界定证明标准时往往强调职权机关，忽视当事人。职权机关不单单是当事人证明活动的承受者，而且主要是证明活动的指挥者和实施者。在刑事诉讼中，公安司法机关的证明标准是统一的，但是以人民法院的证明活动为中心，人民法院的证明标准即是公诉机关的证明标准，公诉机关没有具有实质意义的独立的证明标准；被告人的证明活动居于次要地位，除了巨额财产来源不明罪案件之外，被告人不承担证明自己无罪的举证责任，也没有独立的证明标准可言。在民事诉讼和行政诉讼中，当事人虽然是证明活动的主角，但是，由于人民法院同时进行强大的干预，证明标准不仅仅是当事人的证明标准，也是而且主要是人民法院的证明标准。第二，在证明任务上实行客观真实主义，无论是当事人的证明活动还是人民法院的证明活动，无论在刑事诉讼中还是在民事诉讼和行政诉讼中，都一致追求客观真实，即查明的案件事实应当与客观情况相符合，惟此法官才适用法律并作出判决。因此，对于证明标准是当事人的，还是职权机关特别是人民法院的，学理研究和法律规定都不太注意区别，而自然认为同一。第三，出于哲学观念上的实事求是原则和法律适用上的“以事实为根据、以法律为准绳”原则，我国三大诉讼都特别注重证明标准的具体的内涵。一方面三大诉讼法作出了比较明确的规定，另一方面证据学者从各个角度进行着不懈的探索，力求寻找准确而又全面的表达方式。总的来说，笔者认为我国的做法集中了两大法系的优点，有自己的特色。

我们选择从当事人举证责任的角度研究行政诉讼证明标准。理由是：第一，从当事人的角度研究行政诉讼证明标准，有利于借鉴英美法系国家的经验。大陆法系国家的内心确信本身极其抽象，是法官本人的主观认知过程，法官在何种条件下才能形成确信，仍然需要客观的、法定的标准来约束，具体的

标准是完全必要的。在这一方面，大陆法系国家似乎无所作为，而英美法系国家独领风骚。笔者认为，在证明标准方面，值得我国学习和借鉴的不是大陆法系国家，而是英美法系国家。在行政诉讼中，证明标准应当首先是当事人履行举证责任的标准。行政诉讼举证责任因多种原因分为说服责任和推进责任，应当分别研究其证明标准。第二，刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼作为我国诉讼制度完整的内容，相互之间既有相通之处，也有不少区别，因此只有在相互比较的基础之上才能明晰地探讨行政诉讼证明标准的内容及其特点。从当事人的角度研究行政诉讼证明标准，有利于展开比较研究。第三，从行政实体法实施的角度来看，行政程序和行政诉讼一样都是国家机关的执法程序，都包含有调查和认定案件事实、理解法律规定、将法律规定适用于案件事实的因素，行政程序与行政诉讼具有许多相通性，行政诉讼当事人是从行政程序主体过来的，与此相应，行政诉讼证明标准也是从行政程序证明标准转化而来的，两者的具体内容完全相通。从当事人的角度研究证明标准有利于揭示行政诉讼证明标准与行政程序证明标准的共同性，揭示行政诉讼证明标准的起源。

第二节　行政诉讼说服责任的证明标准

案件事实清楚、证据确实充分标准是我国法律规定的刑事诉讼证明标准，占优势的盖然性标准是英美法系国家公认的民事诉讼证明标准。它们构成了行政诉讼说服责任证明标准的两个极端，即通常所说的上限和下限。从美国行政法的理论与实践来看，在这两个极端之间还有一个"清楚的、明确的和令人信服的"标准，但该标准实际上是一种特殊的占优势的盖然性标准。笔者认为，在我国行政诉讼中，行政案件因其具体情况不同而分别适用这两个证明标准，下文分别探讨其内涵和适用范围。

一、案件事实清楚、证据确实充分

（一）内涵

1、法律规定

案件事实清楚、证据确实充分是我国三大诉讼法规定的共同证明标准。剖析有关法律条文是确定该证明标准具体内涵的基础。

旧刑事诉讼法第 96 条规定，"人民检察院审查案件的时候，必须查明：（一）犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪性质和罪名的认

定是否正确；(二) 有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人；(三) 是否属于不应追究刑事责任的；(四) 有无附带民事诉讼；(五) 侦查活动是否合法。”第 100 条规定，“人民检察院认为被告人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉。”第 136 条规定，“第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：(一) 原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判；…… (三) 原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。”刑事诉讼法第 162 条规定，“在被告人最后陈述后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议，根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定，分别作出以下判决：(一) 案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决；(二) 依据法律认定被告人无罪的，应当作出无罪判决；(三) 证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足，指控的犯罪不能成立的无罪判决。”从法律术语来看，“案件事实清楚、证据确凿充分”是上述三条规定的共同用语；从具体要求来看，无论是实体法事实还是程序法事实，公安司法机关必须一律查清，不得有丝毫的疏漏；从法律后果来看，如果查明的案件事实达不到上述要求，人民检察院不得提起公诉，人民法院也不得作出有罪判决。很显然，这是非常严格的要求。据此，我国证据学学者认为，“我国诉讼中证明的任务就是确定案件的客观真实。也就是说，在刑事诉讼中，应该确定犯罪事实是否发生，是否是被告人所为，以及是否存在某种从重、加重、从轻、减轻或免除其刑事责任的情节等。……司法机关所确定的这些事实，必须与客观上实际发生的事实完全符合，确实无疑。”

与刑事诉讼一致，我国民事诉讼也以客观真实作为衡量当事人举证活动和人民法院调查认定案件事实的标准，即所谓案件事实清楚、证据确凿充分标准。民事诉讼法第 64 条规定，“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。”第 139 条规定，“人民法院审理案件，其中一部分事实已清楚，可以就该部分先行判决。”第 153 条规定，“第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：(一) 原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判；…… (三) 原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；……”从法律术

语来看，案件“事实清楚”、“证据充分”是共同的；从内容来看，有关当事人争议的实体法事实必须查清，为此人民法院可以采取各种调查措施；从法律后果来看，如果案件事实不清楚，证据不充分，人民法院就不得作出判决，否则构成“发回重审”的错案。由于证据充分客观上是以证据确凿为前提的，因此就这三个方面而言，很难看出与刑事诉讼证明标准有什么实质性的区别。

2、学理研究

关于案件事实清楚、证据确实充分标准的内涵，我国证据学学者有不同的说法。一种观点认为，所谓案件事实清楚、证据确凿充分是指：“1、用于定案的所有证据都必须分别符合证据的特征。2、所有的待证事实——证明对象，均有相应的证据予以证明。3、证据之间以及证据与案件事实之间协调一致，没有矛盾，形式逻辑的矛盾律法则告诉我们，两个互相矛盾或相互反对的判断不能同真，必有一假。4、对全案证据综合分析判断，只能得出唯一的结论”。另一种观点认为，案件事实清楚、证据确实充分包括六个方面的要求：“（1）每一个证据材料均经过查证属实，准确无误，完全符合客观事实。（2）证据与案件之间，存在着客观内在联系性，不是单摆浮搁、牵强附会的联系。（3）证据与证据之间、证据与案情之间的矛盾，都得到合理的排除。（4）结案时认定的事实和情节，都有相应的证据予以证明。（5）据以定案的全部证据应形成一个体系（锁链），一环扣一环，无懈可击。（6）形成的证据体系所得出的结论是惟一的、排他的，不可能再有其他的可能性”。

笔者认为，上述两种观点只是表述方法不同，内容基本一致，都包括三个方面的要求：一是对证据个体或者说是质的要求。作为定案根据的证据个体必须具备客观性、相关性和合法性，所谓客观性是指证据必须经查证属实，而不能是虚假的证据。所谓相关性是指作为定案根据的证据个体必须与本案有一定的联系，对认定案件事实有法律意义。所谓合法性是指作为定案根据的证据必须符合法律规定的证据形式，并且以合法的程序收集或者展示。某一个证据只有同时具备上述三个特性才是“确凿”的证据，“确凿”一词包含了客观性、合法性和相关性三个方面的内容。二是对证据全体或者说是数量的要求。证据的多少与清楚地证明待证的案件事实和诉讼主张没有必然的因果关系，但是却是形成这种因果关系的一个必要的条件。如果一个证据能够证明待证事实或者诉讼主张成立，它就是充分的；如果不能，则需要其他证据补充，直到证明待证事实和诉讼主张成立为止。能够证明待证事实或者诉讼主张成立是证据“充分”的标志。三是对审查判断证据的要求，必须是审判人员认为案件事实清楚，形成只有一种可能性的排他的内心确信。这种证明标准显然是诉讼证明的

顶峰。

（二）排除合理怀疑标准

排除合理怀疑（bevond reasonable doubt）是英美法系国家一致公认的刑事诉讼证明标准。对该标准的研究有助于进一步认识我国的“案件事实清楚、证据确实充分”标准的优点和特色。

1、历史发展

海登（Heydon）和威格摩尔认为，排除合理怀疑标准起源于十八世纪末十九世纪初。1824年一名叫Starkie的英国学者主张，刑事诉讼证明标准应当是“具有道德上的确定性，以至于排除所有的合理怀疑”。当时存在着不少反对意见，有的学者认为这种证明标准太高，实际上难以做到。在1865年的一个案件中，法院采纳了Starkie的观点，认定在刑事案件中可以适用排除合理怀疑标准。但是，排除合理怀疑的证明标准在当时只适用于死刑案件。随着时代的发展，排除合理怀疑标准逐渐扩展到其他刑事案件。在长期的司法实践和理论研究过程中，排除合理怀疑标准的内涵越来越丰富，接受的范围越来越大，逐步形成了很大的权威，几乎通行于一切刑事司法判决和证据法学教科书。英国、美国、澳大利亚、加拿大等英美法系国家的刑事诉讼都实行这一证明标准。

那么，什么是排除合理怀疑？证据法学者和司法判决从各个方面进行了细致的探索。证据法学者的探索集中在合理怀疑的内涵方面，而司法判决的探索集中在合理怀疑的具体表述方法方面，可谓相得益彰。

2、学理研究

在1947年英国的一个案件中，丹宁勋爵对排除合理怀疑标准作了权威性的解释，尽管不少证据法学者认为该解释仍然存在着不明确之处，但是该解释还是在几乎所有的英国证据法学教科书中被引用。丹宁勋爵在本案中指出，“在判决被告人有罪以前案件事实应当达到的真实性程度……已经得到了很好的解决。该真实性程度并不一定要达到完全肯定性的程度，但是必须具有高度的可能性。排除合理怀疑的证明并不意味着排除怀疑的幻影。如果允许幻想的可能性妨碍司法的过程，法律就不能有效地保护社会。如果证据如此强而有力，以至于某人的利益只有遥远的可能性，‘当然这是可能的，但是却是丝毫不能证明的’，就应当予以驳回，因为案件事实已得到了排除合理怀疑的证明。当然任何缺乏这种程度的证明都是不充分的。”

在大洋彼岸的美国证据法学者的探索远远超过了英国，青出于蓝而胜于蓝。布莱克认为，所谓排除合理怀疑是指全面的证实、完全的确信或者相信一

种道德上的确定性，‘排除合理怀疑’的证明并不排除轻微可能的或者想象的怀疑，而是排除每一个合理的假设，除非这种假设已经有根据。‘排除合理怀疑’的证明是‘达到道德上的确定性’的证明，是符合陪审团的判断和确信的证明。作为理性的人，陪审团成员在根据有关指控犯罪是由被告人实施的证据进行推理时，如此确信以至于不可能作出其他合理的结论。”

不难看出，“怀疑”、“合理怀疑”以及“道德上的确定性”是说明排除合理怀疑标准的关键所在。而对此，布莱克逐一作了详细的解释。

布莱克认为，所谓“怀疑”是一种两可或者多可的意识状态，具有正常理智的、一般的人在选择一种行为方式时，不能排除其他行为方式的可能性和可行性。怀疑是“一种认识的不确定性状态，指没有现成的意见或信念；是一种在接受或相信一种主张、理论或陈述时的认识态度，由于没有形成肯定的判断，另一种判断也是可能的”。

关于“合理怀疑”，布莱克认为，“作为无罪释放判决根据的怀疑，是具有理由的怀疑，是产生于证据或缺乏证据的怀疑。合理怀疑是理性的男人或女人可以接受的怀疑，而不是一种妄想的怀疑或者想像的怀疑，也不是陪审团可以请求回避不愉快的任务或义务的怀疑。合理怀疑是这样一种怀疑，可以使冷静的人在针对重要的事务采取行动之前会产生犹豫。”合理的怀疑“是这样一种怀疑，能够使理智的和谨慎的人在遇到比较严肃的和重要的生活事务时，对指控事件的真实性停止或犹豫采取行动。但是合理怀疑并不是无罪的单纯的可能性，也不是在证据或证据缺乏的情况中产生的有关无罪的反常性、幻影、想像”。“合理怀疑是一个被经常使用的术语，可以很好地理解，但很难界定。合理怀疑并不是一种仅仅具有可能性的怀疑，因为每一个与人类活动有关的并且以道德证据为根据的事务都具有某种可能的或者可以想像的怀疑。合理怀疑是指这样的一种案件情况，即经过对全部证据进行全面的比较和考虑，陪审团的认识仍然处于认为对指控事实道德上的确定性不能形成持久确信的状态。如果证明之后仍然具有合理的怀疑，被告人就有权得到因此而产生的利益即无罪释放。仅仅确立一种机会原理上的很强的可能性，即指控的事实比反面的事实更有可能是不够的，证据证明（案件）事实的真实性必须达到合理的和道德上的确定性。这种确定性能够指导和确定某种认识，证实有义务据之谨慎地活动的人的推理和判断。这就是排除合理怀疑的证明，由于绝大多数法律都是以道德上的考虑为基础的，如果法律走得更远，要求绝对的确定性，所有的情况证据都会被排除（而这实际上是不可能的）。”

布莱克认为，“道德上的确定性”是一种高度的可能性，尽管这种确定并

不排除其他遥远的可能性，但是除了根据对这种确定性的认识和信念采取行动之外，没有其他的选择余地。道德上的确定性是“促使理智的人毫不犹豫地根据作出的结论采取行动的信念；是一种有关事实真实性的高度的认识，虽然缺少绝对的肯定性，但足以证实一个有罪判决，即使是判处死刑的案件。这种确定性显示了一种据之采取正确行动的足够强大的可能性；是一种高度的可能性，即使不可论证。这个术语用于形容得到排除合理怀疑证明的认定结论”。

罗特斯坦因和摩菲从另一个角度对“合理怀疑”作了解释。罗特斯坦因认为，如果将怀疑的事实存在的可能性大小用百分比来表示，可以认为怀疑的事实存在的可能性低于5%的，这种怀疑就不是合理的怀疑，因为这种可能性太小和太遥远；怀疑的事实存在的可能性高于25%的，这种怀疑也不是合理的怀疑，因为这种可能性太大和太明显，已经足以支持另一种判断，公诉人不能在具有如此明显怀疑的情况下起诉；相应地，在5%和25%之间的怀疑则是合理的。摩菲认为，百分比并不能精确地证明排除合理怀疑标准，所有可说的是百分比表必须实质性地偏向公诉人一方，如果百分比表没有超过占优势的盖然性或者居于中间位置，被告人有权得到无罪判决。

从上述介绍可以得出如下四点结论：

第一，合理怀疑是有根有据的怀疑，而不是闭门冥想的怀疑。怀疑者本人能够清楚他说明怀疑的根据是什么。就其实质而言，合理（reasonab1e）与“根据”（basic）的含义相同，合理是“有理由的，受理由影响的，与理由一致的。思考、发言或者行动都按照理由的指示进行”。在证据法上，根据就是证据，因此合理怀疑是指有证据支持的怀疑，没有证据支持的怀疑即是不合理的怀疑。在1967年加拿大的一个交通肇事案件中，Evens法官认为，“应当以事实即经证据证明的事实为根据作出决定，有关被告人罪过的其他认定结论必须是以从查证属实证据中推断出的合理的结论。没有证据支持的结论都不是合理的结论，这种结论无非是猜测、想像的结论，而不是合理的结论。”

第二，排除合理怀疑的证明并不排除所有的可能性，而是排除那种没有根据的、不现实的可能性。所谓现实的、高度的可能性或者盖然性正是“道德上的确定性”的本来面目。

第三，排除合理怀疑的证明要求审判人员对指控的犯罪事实形成内心确信，深信不疑。在这种信念的支配下，除了作出有罪判决之外，审判人员别无选择可言。审判人员不仅仅要对自己的认定结论深信不疑，而且要确信不存在其他可能性；不仅要确信“本案的全部情况与被告人实施的犯罪行为相符合，而且要确信除了被告人是犯罪人这个结论之外，本案事实与其他合理的结论都

不符合”。

第四，在存在着合理怀疑时，审判人员应当作出有利于被告人的认定结论。根据无罪推定原则，被告人在被法院最终判决有罪之前应当被视为无罪的人；根据法律逻辑的一般要求，法院的判决要么是有罪判决，要么是无罪判决。因此，在有合理的怀疑时，审判人员既然不能作出有罪判决，就只能判决被告人无罪。

3、判例解释

在证据法学者们殚精竭虑挖掘排除合理怀疑标准的内涵的同时，法院审判过程中着力探讨该证明标准的适当措辞。由于实行陪审团审判制度，法官在法庭审理结束时要向陪审团总结案情，并对关键问题进行解释，为了确保陪审员准确理解该标准，主审法官总是心有余悸地但又不得不耐心地采用各种方法和术语解释“合理怀疑”或者“排除合理怀疑”的具体含义。尽管如此，当事人还是经常以法官解释不当为由提出上诉，而上诉法院也经常因为这一理由撤销一审判决。法官如何向外行的陪审员解释排除合理怀疑标准由此成为司法实践的中心课题。

在英国1955年的一个刑事案件中，原审法官在向陪审团解释排除合理怀疑标准时，仅仅使用了“说服”（satisfied）一词。被告人提出上诉，认为法官指导错误，因为“说服”的标准太低。刑事上诉法院首席法官Godard勋爵认为，在有些案件（例如在民事案件）中，“说服”一词是足够的，可以认为（民事）陪审团必须被说服，“说服”的证明标准与民事案件的证明标准相同。但是，在刑事案件中，使用其他术语会好一些。例如，如果陪审团肯定（feel sure）被告人有罪，他们只能作出有罪判决。虽然法官在指示陪审团时可以说“你们必须被排除合理怀疑地说服”，也可以说“你们，陪审团，必须被彻底地说服”，但是相比较之下，说“你们必须确信被告人有罪”会更好一些。Godard勋爵承认，在理解为什么存在或者可以存在这两个证明标准方面的确存在着不少困难。从近年来发生这类问题的案件的数量来看，可以这么认为。“我误导了法院，……我认为就‘合理怀疑’向陪审团作解释是非常不幸运的，有关什么是和什么不是合理怀疑的解释经常是极为困难的，对什么是合理怀疑向陪审团作出解释就更加困难。给陪审团说合理怀疑不是一个幻想的怀疑，就等于没有作出任何真正的指导；给陪审团说合理怀疑是使他们在自己的事件中产生犹豫的那种怀疑，在我看来也没有提出任何特殊的标准。因为，一位陪审员认为犹豫的事，另一位陪审员可能会说那件事对他来说根本不会产生犹豫。”

Godard勋爵的上述建议仍然存在着理解方面的问题。他本人似乎也意识到

了这一点。为了避免再一次被“误解”，Godard 勋爵在本案中又指出，“重要的不是特殊的公式，而是总结的效果。如果法官能够使陪审团明白他们必须被说服，除非确信不得作出有罪判决，举证责任始终在公诉人一方而不是被告人一方，这就足够了。如果认为这些案件都应当使用特定的公式、术语或措辞，我就深感歉意了。关键问题是：应当首先指示陪审团举证责任始终由公诉人承担，其次告知陪审团在作出有罪判决之前必须确信被告人有罪。如果法官这样做，也就足够了。”

在英国 1962 年的一个刑事案件中，法官在向陪审团解释排除合理怀疑标准时，采取了打比方的做法。被告人的辩护律师在上诉时对法官的上述做法提出了三点抗辩：第一，法官将合理怀疑界定为可以提出理由的怀疑，这是不正确的。因为在 1958 年的一个案件中，Edmund Davis 大法官明确表示不同意原审法官在指示陪审团时的说法：‘请记住，合理怀疑是如果你被提问，你可以说出理由的怀疑’。第二，原审法官用房产抵押来打比方（类比）是不适当的。合理怀疑是指“在处理日常事务中可能对你产生影响的怀疑”、“作为谨慎的男人或者女人，会对你处理日常事务产生影响的那类怀疑”；合理怀疑是“在你们的日常交往和日常生活中产生的怀疑”、“是你在决定买哪一种汽车时可能产生的那种怀疑”，这些说法都不适当。本案法官打比方的作法即属此类，因此也是不适当的。第三，在作指示时，法官没有再次强调陪审团必须肯定（被告人有罪）。上诉法院认为，辩护律师的第一点和第三点理由不能成立，因为无关紧要，第二点理由可以成立，因为在处理严肃的法律事务时，法官不宜采用打比方的作法。

Diplock 勋爵在本案中指出：“‘主观标准’或‘客观标准’是近年来律师常用的术语，在比较某个有意义的区别时这两个术语是有用的。但是，认为‘怀疑’是‘客观的’而不是‘主观的’，没有什么意义，因为怀疑是怀疑者本人而不是其他人的怀疑。确定证明被告人犯有指控罪行的证据是否如此确凿充分以致形成自己的有罪确信，是每一个陪审员的义务。毫无疑问，由于性格和经验不同，一些陪审员可能形成比其他陪审员更强的确信。这正是多数情况下存在确信的原因所在。各自承担其责任以及在退席后进行共同讨论的机会有助于消除个人的主观偏差。”

但是，在 1969 年的英国刑事案件中，刑事上诉法院的态度发生了一百八十度的变化。原审法官在指示陪审团时同样使用了打比方的做法，被告人因此提出上诉，认为法官的解释方法实际上是要陪审团以自己的主观标准代替法定的客观标准。上诉法院认为，被告人的上诉理由不能成立，为了使陪审团理解

排除合理怀疑标准，法官可以根据陪审团的具体情况使用一切解释方法。Diplock勋爵指出，在总结案件时法官应当以适当的方式指示陪审团，但是“最好由主审法官自行选择最恰当的措辞，以便使陪审团明白：除非他们肯定被告人有罪，否则不得作出有罪判决。如果法官感觉到，由于不熟悉法院诉讼程序，一些陪审员可能认为他们正在参与的任务比他们将在日常生活中处理重要事务所运用的一般理智运用于审判证据更为神秘莫测，主审法官就可以像本案法官那样打比方。无论以本案的方式还是其他案件使用的方式表达，打比方都是有益的。勋爵们认为这种作法并非不可接受。勋爵们不赞赏确定精确的（表达）公式的企图，也不赞赏对一组措辞与另一组措辞作明确的区分。重要的是法官总结案情的效果如何”。

从英国法院的反复过程可以得出如下两点结论：

第一，证明标准是一个主观的、内在的认识标准，很难用哪一个术语作出准确而又全面的概括。英国上诉法院自己的做法也是不明确的。英国证据法学者 Richard May 对英国法院用语作了比较全面的总结，他认为，“在有些案件中不要求‘肯定性’（certainty），而要求陪审团确信（sure）被告人有罪，实在令人费解。在日常用语中，‘肯定’（certain）和‘确信’（sure）是同义语；而且，‘确信’本身并不能摆脱含糊性。人们可以问：‘怎么确信’（how sure）？如果答案是‘完全确信’（completely sure），又与‘绝对的肯定性’（absolute certainty）相近，而后者被认为是一个过高的证明标准。不难看出，用‘确信’代替‘没有合理怀疑’（absence of reasonable doubt）并没有使表达更为精确和清楚”。因此，正确的说法应当是：“除非你们（陪审团）被说服以致确信被告人有罪——这与排除合理怀疑的说服意义相同——不得作出有罪判决。”实际上，合理怀疑或者排除合理怀疑本身就足以表明自己的含义，“这种术语最好由它自己说明自己，而不要去界定。”威格摩尔也感叹道，“至今还没有人发现或者发明一个衡量人类信念强度的标尺。因此，向陪审团通俗易懂地解释任何分析自己信念的合理方法也是不存在的。如果认识到这个情况，法院就不再会认为某个特殊语言公式在法律上具有必要性和决定性了，因为法律不能指望（法官）作逻辑和心理学都没有做到的事情。”

第二，重要的是解释的效果而不是解释的方法。陪审员既然被认为是具有正常的理智的人，即使在法律方面可能是外行，在法官的指导之下仍然有足够的能力产生和分辨合理的怀疑，因为合理的怀疑就是正常的、合乎情理的怀疑。法官职责是给陪审员造成这种心理印象，使他们在认定案件事实时能够充分地、有条有理地运用其在日常生活中所运用的理智，而不是寻找或者创造法

律术语。在这一方面，英国上诉法院的做法是正确的。

（三）比较分析

排除合理怀疑标准与“案件事实清楚、证据确实充分”标准相比，有何异同？孰优孰劣？这是我们在研究过程中始终思考的一个问题。我们认为：

两种证明标准的不同之处表现在：首先，哲学观念不同。辩证唯物主义是我国诉讼证明的指导观念，在主观和客观的主从关系上，我国认为客观事实是第一位的，而审判人员的主观认识是第二位的。客观真实既是当事人举证和审判人员认定案件事实的出发点，也是衡量案件事实是否得到证明的最终的标准。英美法系国家的出发点是审判人员（陪审团和法官）的主观认知活动，审判人员的主观认知是第一位的，而客观真实情况是第二位的。其次，我国在规定和研究证明标准时不仅注重审判人员认定案件事实的整体要求，即“案件事实清楚”，而且注重证据个体的要求，即“确实、充分”，是全方位的要求。英美法系国家在规定和研究刑事诉讼证明标准时注重案件事实的整体要求，即“排除合理怀疑”，对证据个体的要求则另行研究和规定，不放在证明标准之内。再次，我国习惯上将证明标准与诉讼结果相脱离，学者在研究证明标准时很少谈及当事人举证活动没有达到证明标准应当产生什么样的法律后果，例如旧刑事诉讼法对此也没有作出明确的规定。英美法系国家将证明标准与诉讼结果紧密地结合在一起，例如一旦公诉人没有排除合理怀疑，被告人就有权从中得到益处。

两种证明标准的相同之处表现在：首先，我国和英美法系国家都强调审判人员对案件事实形成排除合理怀疑的内心确信。在刑事诉讼中，审判人员一方面要审查本证是否足以证明指控的犯罪事实成立，另一方面要审查是否有反证足以支持合理的怀疑。只有在本案上证据与有罪认定一致，并且与无罪认定不一致时，审判人员才可能形成被告人有罪的内心确信。这种确信是排除一切合理疑点的确信，而不是排除凭空冥想的猜测的确信；是排除其他合理的可能性的确信，而不是排除不合理的、反常的可能性的确信；是有充分证据支持的确信，而不是不受事实和证据约束的确信。其次，我国和英美法系国家都要求审判人员不能采纳虚假的、不可靠的证据，不能认定相互矛盾的或者不可能发生的事实，不能凭空冥想和猜测，而只能根据可靠的证据推断案件事实。

相比较之下，我国的规定和研究优于英美法系国家。我国将案件真实情况放在第一位是合理的和科学的。案件真实情况先于审判人员的认识活动，审判人员的认定是对案件真实情况的反映，将案件的客观真实情况作为研究和规定证明标准的出发点和衡量审判人员内心确信的标准无疑是科学的。另外，我国

对证明标准进行全方位的规定和研究，既有对诉讼证明的总体要求，即“案件事实清楚”，又有对证据个体的要求，即“证据确实充分”，比英美法系国家全面和科学，这样有利于审判人员合理地支配自己的认识过程，不仅仅条理清晰，而且简便易行。

（四）适用范围

我们认为，案件事实清楚、证据确实充分标准是诉讼证明的严格要求，有利于推行依法行政原则，应当作为我国行政诉讼证明的一般标准，具体来说适用于下述四种行政案件：

1、限制人身自由权的案件

限制公民人身自由的行政案件包括行政拘留案件和劳动教养案件。人身自由权是公民的基本权利，是公民行使其他一切权利的基础。公安机关剥夺公民的人身自由权，不仅仅会损害相对人的名誉，给公民的生产生活造成难以弥补的损失，而且会严重损害人民政府的威信。人身自由权的严重性要求公安机关在作出处罚决定时，必须遵循严格的证明标准。案件事实清楚、证据确实充分标准与这种案件的严重性是相适应的。另外，公安机关目前执行的也是这个标准，已经积累了丰富的执法经验。

2、适用听证程序作出具体行政行为的案件

根据行政处罚法的规定，行政处罚程序分为简易程序、一般程序和听证程序。听证程序适用于吊销营业执照、责令停产停业和处以较大数额罚款的案件。行政处罚法的这一规定符合案件分流原理，即案件的性质越严重，对当事人权益和公共利益的影响越大，适用的程序就应当越严格。在证明标准方面，案件事实清楚、证据确实充分不仅与听证案件的严重性相适应，而且听证程序本身具备适用该标准的条件。

3、行政机关适用一般程序作出具体行政行为的案件

一般程序虽然比听证程序简便，但是比简易程序复杂得多。案件事实清楚、证据确实充分标准与一般程序的复杂性基本上是适应的。另外，我国行政执法具有适用该标准的长期历史，该标准应当成为我国行政程序的一般证明标准，一般程序自然不能例外。

4、人民法院作出变更判决和履行判决的案件

在履行判决和变更判决中，人民法院以自己的判断取代了行政机关的判断，人民法院要以自己的判断取代行政机关的判断，就应当保证自己的判断比行政机关的判断更正确，对其认定案件事实的要求应当比行政机关高。行政诉讼程序是司法程序，适用较高的证明标准基本程序条件。案件事实清楚、证据

确实充分标准与上述要求相适应，也是人民法院现在适用的标准。

二、占优势的盖然性

（一）内涵

在英美法系国家的证据法上，占优势的盖然性是一致公认的民事诉讼证明标准。所谓占优势的盖然性（preponderance of probability），是指一方当事人证据的证明力及其证明的案件事实比另一方当事人更具有可能性，相应的诉讼主张成立的理由更为充分。占优势的盖然性具体表现为一方当事人证明的案件事实和诉讼主张的可能性与另一方当事人之间存在着一定的差额，因此又称为差别的盖然性标准（balance of probability）。由于案件事实的可能性和诉讼主张的成立程度是取决于当事人提出证据的分量（证明力），占优势的盖然性标准又称为占优势的证据标准（preponderance of evidence）或者证据优势标准。摩非认为，如果将证据的证明力比喻为砝码，当事人的证明活动是否占优势要看双方当事人各自添加了多少砝码。如果原告提出的证据的分量是51%，而被告提出的证据分量是49%，那么，原告胜诉，法官应当作出有利于原告的判决；如果情况相反，或者原告和被告提出的证据的分量相同，被告胜诉，法官应当作出有利于被告的判决。丹宁勋爵认为，“差别的盖然性这一标准已经比较好地解决了。它必须是一个合理程度的盖然性，但是，没有刑事案件所要求的程度高。如果证据处于这种状况，裁判者可以说：‘我认为这更有可能（more probable than not），举证责任即可解除；但是，如果两种可能性是相等的，举证责任就没有解除。’”

可以看出，“盖然性”、“占优势”或者“差别”是说明该标准的关键所在。

关于盖然性，我国证据学者认为是指“有可能而不是必然的一种性质，或者说为一种可能的状态”。从英文来看，盖然性（probability）一词同时具有可能性、真实性两种意思。布莱克认为，所谓盖然性是指“可能性（likelihood），是真实性或者真实的表象（appearance ofreality or truth），是假定的合理的理由，是貌似真实，是符合情理；是一种诉讼主张或者设想成为真实的可能性，或者来自于与理性或者经验的一致性，或者来源于更强的证据或理由；是在支持一个诉讼主张的证据比反对该诉讼主张的证据更多时产生的一种条件（condition）或者状态（state）”。

关于“占优势”（preponderance）和“差别”（balance），布莱克认为，“占优势”一词不是证据的分量（weight）问题，而是分量的多少和超重多少的问题。“在出现争议时，每一方的证据都有分量，但是陪审团不能因此仅仅根据

证据的分量作出有利于承担举证责任一方当事人的认定，除非该方当事人的证据在一定的程度上超过了对方当事人证据的分量。……证据的优势不能仅仅以证人的数量认定，而应当根据所有的证据中更有分量的证据认定。这并不必然意味着证人的数量更多。了解的机会、拥有的信息，作证时的言行举止都是认定证人证言分量的根据。”“在民事诉讼中裁判者在对应当证明的案件事实问题形成有确信的认定结论时，必须被合理地说服（reasonablesatisfied）。是否确信取决于作出判断的全部案件情况，其中包括认定结论后果的严重性。”

英美法系国家的证据法学者一致认为占优势的盖然性标准是灵活的。当事人举证的情况不同，本证和反证的差别或者优势也就不同。丹宁勋爵认为占优势的盖然性标准是一个灵活的、多级的证明标准，其中包含着许多差别和优势不同的情况，因案而异。“在民事诉讼中，案件事实可以得到占优势的盖然性的证明，但是在这一个标准之内又存在着不同的盖然性程度，这取决于诉讼客体。民事法院在审理欺诈案件时，法院要求适用的证明标准当然要比在过失案件中适用的标准高。”

对丹宁勋爵的上述观点，一些证据法学者明确表示反对。Heydon 认为：第一，发生变化的不是证明标准，而是所需证据的多少和证据的证明力大小。“证明标准不会因案而异，但是，为了达到同样的证明标准而需要的证据的质和量却会因案而异，因为证明一件不可能的事情发生要比证明一件可能发生的事情所需要的证据多。用 Hoffmand 的话来说就是‘认为证明标准可以变化，……混淆了盖然性与创造盖然性所需要的证据质量的区别’。”第二，同样的证据在不同的证明标准的衡量下具有不同的证明力。“摆在我们面前的证据，对于证明一个债务来说是不充分的，对于剥夺一项民事权利来说是没有证明力的，对于偏见犯有一个最轻微的罪行来说是荒谬的，如果用于支持一个有关不良行为的指控则是诽谤性的，而用于毁灭英王的名誉则是穷凶极恶的。”

从以上介绍可以得出如下结论：第一，“占优势”或者“差别”必须是具有一定的幅度，足以使法官形成有利于本方当事人的确信，是合理的差别和优势，而不是微弱的差别或者优势。“裁判者在对该事实的存在或发生作出认定之前必须感到切实的说服。”也就是说，适用占优势的盖然性标准要受到一系列的证据规则约束，优势的形成必须以确凿的证据为前提，优势的对比必须达到合理的程度，法官不能仅仅根据微弱的优势定案。占优势的盖然性标准是以证据确凿为前提的。第二，差别和优势不是“对盖然性进行机械比较的结果”。从唯物辩证法来看，即使案件事实已经查明，同样存在着两种对立的可能性，只不过其中一个方面居于主导地位（矛盾的主要方面）。从认识论的角度来看，

法官对案件事实的认识存在着绝对真理和相对真理之分。法官的认识只能尽可能地接近客观真实情况，即达到相对真理，而不可能完全反映案件真实情况，即达到绝对真理。法官在作出最终的认定结论时必然面临矛盾双方的选择，以确凿的证据为基础，分清对立的案件事实的主要方面和次要方面，并且选择其中占据主导地位的一方即矛盾的主要方面，这是“优势”或者“差别”的本质所在。

第三，“差别”或者“优势”的多少因案件的性质和诉讼结果而异。案件性质越严重，诉讼结果越复杂，所需要的“差别”或者“优势”就越大。“诉讼主张的严重性、案件事实发生的内在可能性以及作出某种认定可能产生的后果都是回答事实是否证明到裁判者形成合理确信的程度这一问题的考虑因素。”

（二）可定案证据标准

可定案证据标准是美国联邦行政程序法规定的行政程序证明标准，同时也是司法审查的标准之一。关于该标准的具体含义，美国的行政法学者和法院存在着分歧，但是，一般认为该标准实际上是占优势的盖然性。介绍该标准的历史发展和学理意见有助于进一步理解占优势的盖然性的内涵。

1、历史发展

可定案证据标准起源于上诉法院审查陪审团事实判决的实践。在十九世纪，上诉法院对陪审团事实判决的审查通常要比对没有陪审团审判的法官的事实判决宽松；到二十世纪早期，情况发生了一百八十度的转变，上诉法院对法官作出的事实判决的审查要比对陪审团事实判决的审查宽松。法官作出的事实判决除非具有“明显错误”（clearly erroneous），都会得到维持；而陪审团的事实判决只有具有“可定案证据”（substantial evidence），才可能得到维持。在1913年的一个案件中，联邦最高法院将可定案证据标准用于对行政行为的审查，认为复审法院应当“审查案卷，以查明在案卷中行政命令是否具有可定案证据的支持”。仅隔一年即1914年，议会就将可定案证据标准移植到联邦贸易委员会法中：“如果事实认定具有可定案证据的支持，应当是终局的（conclusive）。”在法院和议会的互相推动之下，可定案证据标准的适用范围逐步扩大。到了三十年代，可定案证据标准运用于对行政行为的审查逐渐形成一种强劲的趋势，以至于在法律没有明确规定时，法院都运用这个标准。与此同时，议会在法院的引导下也将可定案证据标准写入法律，如证券法、国家劳工关系法、联邦动力法、公平劳动标准法等等。正是在这种背景下，议会终于将可定案证据标准移植到联邦行政程序法，该法第706条第2款第5项规定：“在处理本编第556条、第557条规定的案件，或者根据法律规定对行政调查案卷进行复

议时，没有可定案证据作依据。”戴维斯教授认为，“在适用于审查陪审团事实判决和行政机关事实认定的长达一个多世纪的过程中，可定案证据规则都没有变化。它堪称我国行政法制的最为稳定和令人满意的特点之一。”

然而，可定案证据标准在司法实践中的发展并不像在立法中的发展那样一帆风顺。该标准被联邦行政程序法肯定下来以后，有不少法院将其推向极端，曲解可定案证据标准的含义，只审查支持行政机关事实认定的证据（本证），而对与行政机关认定的事实不一致的证据（反证）一概不予考虑，这就意味着只要行政机关的事实认定结论有一个孤立的定案证据，无论相对人的反证有多少或者多么有证明力，法院都予以维持。这种做法在联邦行政程序法通过以前非常盛行。例如在 1952 年的一个案件中，联邦最高法院认为，“从同一个证据中得出两个不一致的推断的可能性并不妨碍国家劳工关系局选择其中的一个。……如果国家劳工关系局的认定具有证据支持，即使该局可以作出另一个不同的推断，法院也不能随意撤销。”从联邦行政程序法第 706 条的立法报告来看，参议院对该条规定立法历史的解释是，“审查全部案卷意味着法院不能只考虑一方当事人的情况，因为其他（当事人提供）的证据也许具有动摇甚至摧毁的作用。”对于下级法院歪曲可定案证据标准的情况，在 1951 年的一个案件中，联邦最高法院又认为“证据的可定案性必须结合它在全部案卷中的作用予以考虑。这是（联邦行政程序法第 706 条）所规定的一条非常重要的要求”。

但是，下级法院又曲解了联邦最高法院提出的“研究全部案卷”的要求，在进行审查时往往对相对人提供的反证给予过分的考虑，从而导致大量的行政行为被撤销。面对这种情况，联邦最高法院又提出了尊重行政机关专长的要求。在 1954 年的一个案件中，联邦最高法院认为创建国家劳工关系局的目的之一是由经验丰富的、了解所管理事项复杂性的官员根据法律规定和查明的事实作出决定。因此，法院审查行政机关推断的标准是合理性（reasonableness），而不是正确性（rightness），复审法院应当查明行政机关的结论是否合理地以经证明的事实为根据。对于行政机关所作出的推断是否正确，或者不同的推断是否具有更好支持，法院不能以自己的判断代替行政机关的判断。在 1966 年的一个案件中，联邦最高法院认为，可定案证据“似乎是指证据的作用（weight）。因此，从该证据中可以得出两种不一致的结论并不妨碍行政机关的事实认定具有可定案证据的支持。……议会在采纳这一审查标准时是非常谨慎的。该标准使复审法院从权衡证据的艰难任务和时间耗费中解脱出来，不但行政机关的专长给予了适当的尊重，而且也有利于促进法律的统一适用。这些政策在法院审查行政机关自由裁量的救助行为时显得特别重要，因为在这些领域

行政机关的审查判断往往根据一些复杂和难以审查的考虑。授予行政机关决定救助的自由裁量权是议会对行政机关专长的肯定。为了确保统一性，最好的办法通常是减少复审法院对行政行为行使裁量权的机会"。在 1983 年的一个案件中，联邦最高法院认为行政机关站在科学技术的前沿，应当得到法院的最大的尊重，"我们的唯一任务是审查委员会是否考虑了相关的事实，是否在所认定的事实与所作出的选择之间建立了合理的关系"。

如何理解行政机关的技术专长？总的来说，在立法性事实、技术性事实和预测性事实方面，法院承认行政机关具有技术专长。但是，在审查和认定证据的可采性和证人证言的可靠性方面，行政法官和法院具有专长。戴维斯教授认为，法院对行政机关以含糊方式所作出的二次推断（Secondary inference）给予尊重的源泉应当是行政机关的专长，而不是证人的言行举止。"涉及证人人格的可信性的案件与涉及二次推断的案件具有明显的区别。以证人的可信性为根据的事实认定严重依赖于对证人的观察。因此，行政法官在作出这样的认定的过程中具有重要的作用。以二次推断为基础的事实认定严重依赖于专长，行政法官在这种认定中的作用并不重要。"在 1965 的一个案件中，联邦最高法院认为，"证人的言行举止……对裁判有用，这不仅仅是因为证人证言不真实，而是因为真实情况与其陈述相反。想撒谎的人说起话来可能出现犹豫、不适、怠慢或蔑视等形态。这些可以作为他捏造事实而予以否定的证据。如果证人的情况真是如此，除了估计他所否认的情况反面是真实的之外，似乎没有别的选择。""国家劳工关系局拒绝听证审查官的事实认定，可定案证据标准不会仅仅因此而被修改或侵蚀。……但是，如果对目的或动机的最终的审查判断完全取决于利害关系证人证言的（人格）可信性（credibilitv），'听证审查官有关（人格）可信性的认定结论就应当受到特别的尊重，不能被轻易地忽视。'……我们认为审查官有关（人格）可信性的审查判断必然优先，就像他们以前的许多决定中的他们那样。"在 1975 年的一个案件中，联邦最高法院进一步指出，行政机关可以不相信没有矛盾的证人的证言，但是必须说明不相信的原因，否则就构成独断专横。

2、内涵

1981 年的一个证券交易处罚案件是有关可定案证据标准内涵的典型案例。证券和交易委员会在认定违反联邦证券法的行为时适用了优势的证明标准，因此本案的关键问题是委员会认定违法行为应当以清楚的和信服的证据证明还是以占优势的证据证明。本案的案情主要是：1971 年 6 月委员会对原告及其掌握全部股份的公司提起了处罚程序，委员会认为原告在经营其依据投资公司法登

记的股资方面多次违反联邦证券法的有关规定。行政法官为此举行了一个漫长的听证会，委员会以优势的证据标准审查了行政法官的初步裁决，认定在1965年12月至1972年6月之间，原告触犯了联邦证券法有关反欺诈、报告、利益冲突和代理人的规定。因此发出裁决令，永久禁止原告与任何投资咨询人联系，接纳任何经登记的公司，原告与其他证券商在一年之内不得往来。原告向第五巡回法院提出上诉，理由之一是委员会在认定违法行为时适用了占优势的证据标准。原告认为，在实施如此严厉的处罚，而本案证据具有间接性和推断性的情况下，委员会应当适用清楚的和信服的证据标准。上诉法院驳回了原告的诉讼请求和理由，认为在处理程序中委员会可以占优势的证据标准认定违法行为。原告向联邦最高法院提出上诉。

关于行政程序证明标准的确定权限，联邦最高法院认为，如果议会法律没有规定规章或者裁决令提议人承担的说服责任的证明标准，法院就有权确定这个标准，因为"这是传统上留给司法机关解决的那类问题"。但是，如果议会规定了这个标准，法院就必须尊重"议会为联邦法院确立证据规则和证明标准的传统权力"，除非议会的作法与宪法限制相左。从证券交易委员会适用的法律规定来看，议会没有明确规定委员会应当适用的证明标准。但是，从联邦行政程序法的规定来看，该法第554条规定"适用于所有的法律规定必须根据机关听证记录作出裁决的案件"，这使第556条规定适用于本案。可以看出，联邦证券法规定的语言本身暗示了证明标准。既然如此，法院除了适用联邦行政程序法规定的证明标准之外，没有别的选择余地。

关于可定案证据标准的具体含义，联邦最高法院认为：首先，从第556条规定的立法报告来看，议会通过这种规定表明的是实施制裁所必备的最低的证据，而不是最高的证据。立法报告认为，"如果承担该证明负担的一方当事人提出了表面的和可定案的理由，除非其证据遭到反驳或不可信，该方当事人就赢了。在任何案件中行政机关都必须'根据证据'作出决定。如果具有反证和本证，行政机关必须进行权衡，并根据占优势的一方证据作出决定。简言之，本条规定要求行政机关根据收集到的案卷中记载的证据作出理智的判断。"因此，"可定案"一词强调的是量，第556条规定"根据……可定案证据"一词要求裁决所根据的证据必须具备一定的量，第556条规定的这一立法历史没有明确提出任何比占优势的证据标准更高的标准。"……议会的主要关心不仅是防止行政决定的证据质量低劣——不相关、不客观、不可信和没有证明力；而且是防止行政决定所根据的证据数量少——没有占优势。"其次，联邦最高法院认为，有关议会立法意图的上述认定结论与委员会长期以占优势的证据标准

实施制裁的实践是一致的。"……委员会的一贯作法符合联邦行政程序法第556条的规定，这才是令人信服的权威。议会的意图是委员会实施制裁的程序受联邦行政程序法第556条的调整，应当适用占优势的证据标准。"因此，原告认为"可靠的、有证明力的和可定案的证据"确立的仅仅是有关证据的质的标准，是没有说服力的。

在联邦最高法院竭力探讨可定案证据标准内涵的同时，美国行政法学者也进行细致的探索。早在1958年，美国行政法学者Cooper对可定案证据的具体含义作了分析，Cooper认为，可以肯定的是："(1) 传闻不是可定案证据，至少在出现有力的反证时如此；(2) 与没有矛盾的证据相左的事实认定通常没有可定案证据的支持；(3) 微弱的 (slighi) 和不完全的 (sketchy) 证据绝对不是可定案证据；(4) 与强有力的反证相比而显得微弱的证据不是可定案证据；(5) 行政机关的事实认定与行政法官的事实认定相反的，通常是导致法院认为行政机关事实认定没有可定案证据支持的一个重要因素；(6) 在与相反的行政法官的事实认定相比较的情况下，行政机关内部官员的不同意见对复审法院具有影响；(7) 如果发现行政机关乐于相信本方的证人而不相信反方的证人，法院更有可能撤销行政机关的事实认定。"

3、适用范围

在美国，占优势的盖然性标准是行政程序的一般的证明标准，适用于绝大多数行政案件。联邦行政程序法第556条第4款规定，"除非具有可靠的、有证明力的、可定案的证据，不得实施任何制裁，不得签发规章或者裁决令。"根据联邦最高法院的解释，这个标准是占优势的盖然性标准，是行政程序的一般的证明标准，除非出现了下述三种情况：1、宪法要求更高的证明标准；2、议会的法律明确要求行政机关适用更高的证明标准；3、行政机关的行为不受联邦行政程序法规定的调整。

4、评价

从上述介绍可以得出如下三点结论：

第一，从内容来看，可定案证据标准是逐步发展起来的，内容极不稳定，所谓"定案"的程度因证明对象而异。该标准的发展历史清楚地反映了这一点。联邦最高法院最初认为只要行政机关的事实认定结论有一定的可靠的证据，就可以维持，行政机关和法院都无需考虑反证的情况；联邦行政程序法通过之后，联邦最高法院又认为行政机关和复审法院应当考虑全部案卷，即对反证的情况应当给予充分的考虑，只有本证能够合理地支持某一个事实认定结论时，行政机关才能作出这种认定结论，复审法院才能够予以维持；行政机关用

来定案的证据必须具有可靠性，虚假的证据不是可定案证据，法院对行政机关的尊重也体现在可靠性方面。在技术性事实、政策性事实和预测性事实方面，行政机关具有技术专长，所采纳的证据和认定的案件事实具有“当然的”可靠性；但是，对于需要“察颜观色”的证据，行政机关没有专长，所采纳的证据和认定的案件事实没有当然的可靠性。Cooper 总结的内容虽然称得上精辟，但也并非具体的标准，而只是具体情况或者考虑因素的简单列举。这种情况绝非偶然，美国证据法学者对于可定案证据标准历来存在着不同的看法，联邦最高法院的意见也很不稳定。“可定案证据”（substantive evidence）一词的表面含义本身就是不确定的。

第二，从证明的程度来看，可定案证据标准实际上是占优势的盖然性标准，该标准强调的是行政机关认定案件事实必须具有一定的可靠的和有证明力的证据，而不是排除其他合理的可能性的证据。只要行政机关的认定结论与其采纳的定案证据之间具有合理的联系，而且这种联系的紧密程度大于其他可能性，即使案件事实具有其他合理的可能性，或者从同一个或同一组定案证据中可以得出两个以上的合理的认定结论，法院仍然应当予以维持。在 1974 年的一个案件中，第十巡回法院在认定联邦贸易委员会的事实认定是否有可定案证据支持时认为，从证据中得到两种认定结论的可能性不妨碍委员会选择其中的任何一个。“如果这种事实认定具有可定案证据支持，法院即使可以得出另一种事实认定，也不能撤销这种事实认定。”戴维斯教授认为，即使与相反的事实认定同样（equally）可接受，对某一事实的认定可以是行政机关认定的内容，也可以是另一种内容，行政机关的事实认定也不应当被推翻。

第三，从其作用来看，可定案证据标准对于行政机关来说是证明标准，对于法院来说则是审查被诉行政行为的审查标准。在行政程序中，可定案证据标准要求行政机关作出事实认定结论必须具有占优势的证据；在司法审查过程中，可定案证据标准要求作为当事人的行政机关必须对其作出的行政行为提供优越于对方当事人的证据；法院也只审查行政机关是否具有符合法定的证明标准的定案证据。因此，所谓可定案证据，在司法审查中具有与在行政程序中不同的作用。在行政程序中是指占优势的证据，而在司法审查中是指达到占优势的盖然性标准或者达到“清楚的、明确的和令人信服的”标准的证据。美国联邦行政程序法将可定案证据标准作为司法审查的标准，无异是抓住了问题的关键。对于法院来说，只要查明行政案卷是否记载有达到既定的证明标准的证据即可定案证据就可以了，这正是可定案证据标准又称为可定案证据规则（rule of substantive evidence）的真正含义所在。

（三）清楚的、明确的和令人信服的标准

清楚的、明确的和令人信服的标准是美国联邦最高法院应行政执法的实际情况而提出的证明标准，简称为清楚的、可信的证明标准。从内容来看，该标准是比较严格的占优势的盖然性标准。

在1966年的一个驱逐出境案件中，联邦最高法院认为移民局作出驱逐出境的决定必须提供“清楚的、明确的、可信的证据”（即Woodby标准）。联邦最高法院的理由是，首先，议会法律对这类案件没有确立证明标准，这就意味着法院在这种情况下就应当确立适当的证明标准。其次，之所以对驱逐出境案件适用“清楚的、明确的和可信的”证明标准，是因为这种案件会导致“严厉的剥夺权利”（drastic deprivations）和“即刻的生计困难”（immediate hardships），行政机关的处理决定会对相对人的生产生活造成致命的影响，也就是说会侵犯公民、法人或者其他组织的基本权利，占优势的盖然性标准对这类案件缺乏应有的严肃性，因而不能适用。

受联邦最高法院的影响，联邦地方法院也在比较严重的案件中适用清楚的、明确的和令人信服的证明标准。但是，由于联邦最高法院没有明确规定Woodby标准的适用范围，联邦地方法院在进行司法审查时，一旦“认为”案件性质比较严重，就适用清楚的、明确的和令人信服的证明标准，从而导致该标准的适用范围无限制地扩大化，行政机关的许多处理决定因此被撤销，行政效率因此受到严重的妨害。鉴于这种形势，从八十年代开始，联邦最高法院采取了放松证明标准的做法，认为除非案件性质特别严重，除非法律明确规定适用清楚的、明确的和令人信服的证明标准，法院应当适用占优势的盖然性标准对行政行为进行审查。

在1980年的一个国籍案件中，联邦最高法院对Woodby标准作出了限制性的解释。原告Terrazas出生在美国，是一个墨西哥公民的儿子。他以出生为由，主张具有双重国籍。国务院认定Terrazas宣誓加入墨西哥国籍，等于自愿放弃了美国国籍。在作出上述认定结论时，国务院适用了优势证明标准。Terrazas认为国务院应当适用“清楚的、明确的和可信的”证明标准。由五位法官组成的多数派法官认为Woodby标准对本案不适用，因为议会没有确立适用于驱逐出境案件的证明标准，把这个责任移交给了法院。占优势的盖然性标准是行政机关的一般证明标准，除非该标准违宪，法院就应当适用。在诉讼过程中，Terrazas又提出，根据正当程序的要求，优势证明标准是违反宪法的。联邦最高法院驳回了这种理由，认为“放弃国籍诉讼就其性质而言是民事的，并没有丧失自由的危险”。

从判例来看，该标准包括如下内容：第一，行政机关用来定案的证据必须确实，这是对证据个体“质”的要求；第二，行政机关认定案件事实的要点是明确的、清楚的；第三，证据与认定结论之间的证明关系是清楚的；第四，认定结论是可信的，虽然从相同的证据中得出的结论不止行政机关认定的一个，但是从现有的证据中应当能够令人信服地得出行政机关的认定结论。与排除合理怀疑标准相比，该标准的特点是不排除其他合理的可能性（怀疑）；与占优势的盖然性标准相比，该标准的特点是行政机关认定的可能性与其他可能性相比必须具有明显的“差别”或者“优势”。

关于“清楚的和可信的”标准的适用范围，美国法院走过了曲折的道路。1966年的一个驱逐出境案件是有关该标准适用范围的典型判例。联邦最高法院认为，移民局作出驱逐出境的决定必须提供“清楚的、明确的、可信的证据”，因为这种案件会导致“严厉的剥夺权利”（drastic deprivations）和“即刻的生计困难”（immediate hardships），行政机关的处理决定会对相对人的生产生活造成致命的影响，也就是说会侵犯公民、法人或者其他组织的基本权利，占优势的盖然性标准对这类案件缺乏应有的严肃性，因而不能适用。受联邦最高法院的影响，联邦地方法院也在比较严重的案件中适用清楚的、明确的和令人信服的证明标准。由于联邦最高法院没有明确规定该标准的适用范围，地方法院在进行司法审查时，一旦认为案件性质比较严重，就适用清楚的、明确的和令人信服的证明标准，从而导致该标准的适用范围无限制地扩大化，行政机关的许多处理决定因此被撤销。鉴于这种形势，从八十年代开始，联邦最高法院采取了放松证明标准的做法，认为除非案件性质特别严重，除非法律明确规定适用清楚的、明确的和令人信服的证明标准，法院应当适用占优势的盖然性标准对行政行为进行审查。

（四）没有证据标准

受美国可定案证据规则的启示，韦德（Wade）提出了没有证据标准（no evidence ru1e)。韦德认为，在英国有关证据问题的司法审查通常以管辖权错误或记录中的表面错误为标准。但是，后一个标准似乎很少派上用场，因为很少有记录明确地反映事实认定以哪些证据为根据，而前一个标准又可以划入越权无效原则的范畴。因此，在英国实际上并没有独立的证据审查标准可言。从美国的情况来看，建立有关独立的证据审查标准是完全必要的，这个标准在英国可以称为没有证据标准。所谓“没有证据”“并不仅仅指不存在证据，凡证据整体上不是支持认定结论的情况都包括在内；换言之，没有证据是指没有裁判人员可以据之合理地得出结论的证据。很明显，没有证据标准与一切不合法、

不合理的行为都是无权限的和越权的行为这一原则有一些相通之处。没有证据标准与美国法上的可定案证据规则也有些相似。……如果英国法律为司法审查建立了没有证据规则——现在的发展看来如此，在上诉审中该规则已经存在——就只能以美国法律惟首是瞻了”。

韦德认为，必须将“越权”与“没有证据”区别开来。越权是指行政机关行使法律没有赋予自己的权力，而没有证据是指行政机关在行使法律已经赋予自己的权力时没有足够的证据支持，在英国司法历史上，将两者区别开来的案件并不少见。在1922年的一个案件中，summer勋爵指出，“法官在没有证据时作出判决等于去做他不应做的事；但是，他是以法官的身份这样做的，如果他对控告进行审判的管辖权没有明显的问题，其后果和错误无论多么严重，都是其所享有的管辖权的错误行使，而不是僭越他不享有的管辖权。…认为没有作出无证据判决的管辖权等于判决如果是正确的就是有管辖权的观点，只能是错误的。”在1947年的一个案件中，Goddard勋爵进一步明确指出，“如果法官在管辖权范围内行事，那么缺乏证据就不影响裁判所审判案件的管辖权，这是已经确定了的法律。与此同理，裁判所在审查判断证据方面的错误，以及在上诉审中可能被认为法律错误的判决，都不影响裁判所的管辖权。”在1968年的一个案件中，法院认为“一个决定是否具有证据支持当然是法律问题，但却不是管辖权问题”。

韦德还认为，自然公正原则和越权无效原则是没有证据规则的基础。自然公正原则要求裁判所和行政机关的决定必须以具有证明力的证据为根据，必须充分考虑对方当事人的意见。越权行政机关在自己的权限范围之内行动，如果没有证据，行政机关就没有行使其法定权力的根据，实际上构成越权，因此没有证据规则可以视为越权无效原则的一个独立的组成部分。如果行政机关认定结论没有充分的证据证明，法院就有权干预。在1968年的一个案件中，丹宁勋爵认为，“法院可以干涉部长的决定，如果部长没有证据作出行政行为，所得出的结论不是他根据证据所能得出的合理结论，对法律的解释错误，考虑了不应当考虑的情况，有其他方面的法律错误。与此同理，如果裁判所的裁决具有上述错误，法院同样有权干预。”

英国行政法学者马歇尔认为，韦德的观点是要放松严格限制法院的证据规则，其理由是响亮的，正确反映了创造行政机关的原因：速度、不拘常规（informality）和行政机关的专长。但是，是否将“没有证据”作为司法审查的标准之一取决于法院是否将某一个争议界定为事实性（factual）问题。“尽管政策问题与事实问题相似，有些系争问题仍然被界定为政策问题。在这种情况

下，司法审查的标准应当是‘滥用自由裁量权，而不是‘没有证据’。”

（五）占优势盖然性标准的可行性

笔者认为，对占优势的盖然性标准的认识不应当被阶级标签、阶级观念等等诸如此类的先入为主的做法所左右，更不能被法律术语和解释方法所迷惑，重要的是司法实践及其效果。占优势的盖然性在英美法系国家实行多年，具有一定的科学性，我国应当批判地借鉴。美国将占优势的盖然性标准作为行政程序和司法审查一般证明标准的做法在我国不可取，我国的行政程序建设远远落后于美国，降低证明标准的幅度过大会滋长行政执法的随意性。但是，适当降低行政诉讼和行政程序证明标准既是实践的要求，也符合法理。行政案件的重大复杂程度不同，对证明的要求也应当有所不同。在一些行政案件中，要求证明达到案件事实清楚、证据确实充分只是一种主观奢望，既不可能也没有必要，许多行政案件因此不能得到及时处理，公共利益和公民个人的利益都得不到保护，实际上并不利于推行依法行政原则。案件事实清楚、证据确实充分标准是我国的特色和优点，应当坚持，列为我国行政诉讼的一般证明标准。但是，有原则就有例外，为了提高行政效率，保护公共利益和公民权益，可以将占优势的盖然性标准确定为适用于少数案件的例外标准。具体来说是：

1、行政机关适用简易程序作出具体行政行为的案件

简易程序是行政机关当场作出处理的程序。一方面，简易程序的手续简便，速度快，行政执法人员在案件发生的当时即作出处理决定，要求行政执法人员在短短的时间内作到案件事实清楚、证据确实充分，不切合实际。另一方面，适用简易程序的行政案件情节简单、争议不大，没有必要提出如此严格的证明要求。占优势的盖然性标准与简易程序的适用范围和程序本身相适应。

2、涉及预测性事实的行政案件

在预测性事实最终实现之前，行政机关无法排除其他合理的可能性，唯一能够作到的是认定的可能性比其他可能性大。占优势的盖然性标准符合预测性事实的这个特性。

3、行政裁决案件

行政裁决的客体是民事纠纷，因此可以说行政裁决是行政机关主持的“民事诉讼”，占优势的盖然性标准在行政裁决案件中具有充分的可行性。实际上，有的行政机关和人民法院已经自觉地适用了占优势的盖然性标准。例如辽宁省C市中级人民法院1997年审理的一个行政裁决案件，C市中级人民法院的审结报告认为，“证据分析：这期间争议的林木由谁管理，双方都有证据证实由各自管理。但上诉人只有证人证言，没有其他证据佐证，被上诉人除证人证言之

外，还提供了一些书面证据。因此，认定从一九六一年乙大队成立到一九七四年树林平茬期间，争议的林木管理的证据有力一些。”“从整个证据分析，此案虽然双方都有证据证明争议地由各自管理，但证据间相比，争议地归属第三人所有的证据占优势。……上诉人只提供出证人证言，没有其他证据互相印证。所以认定争议地属于乙村的证据更有说服力。”

4、行政机关采取临时保全措施的案件

行政机关在行政执法过程中，如果发现了违法嫌疑人，或者可能涉及本案处理的财产，有权依法采取临时性的限制措施，如扣留、扣押、查封等等。这种措施具有临时性和保全性，有利于防止证据灭失，防止违法行为继续发生。由于案件情况紧急，最终处理结果难以确定，要求行政机关在采取保全措施时就作到案件事实清楚、证据确实充分是不可能的。唯一的要求是行政机关在采取保全措施之前必须调查收集一定的证据证明有这种必要性，也就是说采取保全措施比不采取保全措施的必要性大。至于案件到底如何处理，案件的事实真相到底如何，只有等到查清全部案件事实时最终认定。实际上，我国已经有一些法律法规在临时性保全措施案件中规定了占优势的盖然性标准。例如，《税收征收管理法》第 26 条规定，“税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务行为的，可以在规定的纳税期之前，责令限期缴纳应纳税款；在限期内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税的收入的迹象的，税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以采取下列税收保全措施：（一）书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构暂停支付纳税人的金额相当于应纳税款的存款；（二）扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。”税务机关只要有一定的根据认为纳税人可能逃避纳税义务，即可以及时采取保全措施。如果要求税务机关在采取保全措施之前作到“案件事实清楚、证据确实充分”，无异于要求税务机关等到纳税人已经实施了逃税行为并且查明了该行为时才能采取保全措施，而这实际上是不可行的。因此，本条规定的“有根据认为”是比较典型的占优势的盖然性标准。

综上所述，案件事实清楚、证据确实充分是我国行政诉讼的一般证明标准，占优势的盖然性是我国行政诉讼例外的证明标准。行政机关在作出具体行政行为时应当根据案件的具体情况分别适用“案件事实清楚、证据确实充分”标准和占优势的盖然性标准。行政机关在作被告时，应当按照这两个标准履行自己的说服责任；与此相应，人民法院应当根据案件的具体情况分别适用不同

的证明标准，对被诉具体行政行为进行审查。

第三节 行政诉讼推进责任的证明标准

与说服责任相比，推进责任似乎是一个被遗忘的角落。笔者认为，推进责任应当有自己的证明标准。在行政程序和行政诉讼中，公民作为相对人或者原告人主要承担推进责任，因此，其证明标准更有单独研究的必要。

一、行政诉讼推进责任的程序作用

证明标准与举证责任的作用成正比例关系，举证责任的作用越大，相应的证明标准就越高；反之亦然。因此，在探讨推进责任的证明标准之前有必要分析一下推进责任的作用。

推进责任的作用主要是推进诉讼或者程序进行下去，具体来说表现在如下四个方面：

（一）形成事实争点

在英美法系国家，陪审团审判制度与审判职能的划分紧密联系在一起。陪审团负责审判事实问题，法官负责审判法律问题。关于证据的可靠性、证明力以及是否达到需要的证明标准，都由陪审团自由判断。但是，证据是否具有可采性（合法性）、是否会对陪审团产生不利的影响、是否对陪审团认定案件事实有积极的作用，则要由法官来判断。法官必须在陪审团运用甚至接触到某一个或者一组证据之前，“对证据进行估价，以确定陪审团是否能够合理地作出针对承担举证责任的当事人的认定结论”。如果法官的认定是否定的，就会作出驳回证据或者诉讼主张的裁定。承担推进责任的当事人“就没有机会达到陪审团，并问他们是否被说服。在这种情况下，法官就会要求提供至少值得陪审团考虑的足够的证据”。“如果当事人在法庭审理过程中不提出证据或提得不够充分，也就是当事人未尽到提出证据责任，其后果是，由于当事人之间对案件没有真正的争点，就没有必要经过陪审团来认定事实，而应由法官作为法律问题作出裁判。……如上所述，案件有争点，双方确有争执才交给陪审团认定事实，否则就作为法律问题由法官解决。从这个意义上来说，提出证据责任是法官作出是否交给陪审团判断的标准。”推进责任因此又称为通过法官的责任（a duty towards the judge）。

我国不实行陪审团审判制度，法官集事实审判和法律审判两个职能于一

身。但是，事实问题和法律问题的划分是一个普遍规律，在我国三大诉讼和行政程序中同样存在。在刑事诉讼中，被告人承担推进责任的目的在于使法官对公诉人的指控的犯罪事实产生合理的怀疑，从而不能形成排除合理怀疑的内心确信。在民事诉讼中，当事人承担推进责任的目的是动摇承担说服责任的一方当事人的诉讼主张和证据，在当事人之间形成新的争点，从而使法官认为有进一步审理的必要性。在行政程序中，行政执法人员一方面要解决法律的理解和适用问题，另一方面要解决案件事实的查明和认定问题。相对人承担推进责任的作用是使行政执法人员认为有开始行政程序或者进一步调查和认定的必要性。在行政许可（有利行政行为）程序中，申请人应当提供证明其申请成立的初步的证据，使行政机关认为其申请手续和材料齐备，尽管其申请未必成立，有关材料未必真实；在行政处罚（不利行政行为）程序中，相对人承担推进责任的作用在于使行政执法人员认为已经调查收集的证据尚未达到法定的证明标准，仍然有进一步调查的必要性，在行政诉讼中，相对人作为当事人承担推进责任的作用在于使法官认为行政行为可能存在，起诉符合法定的条件，法院应当受理起诉；在于使法官对被诉行政行为的合法性或者合理性产生合理的怀疑，从而要求行政机关进一步提供证据，或者进行必要的调查。

（二）在没有相反证据时，促成有利于自己的认定结论

与说服责任不同，在当事人主义模式的诉讼或者行政程序中，推进责任可以在当事人之间转移，任何一方当事人都有可能承担推进责任。这一点与乒乓球比赛相似，本方将乒乓球发过去，或者成功地打了回去，另一方赛手必须作出反应，将乒乓球挡回去，否则就要丢分。如果本方当事人提供了初步证据，推进责任就转移到了另一方当事人，除非得到另一方当事人的反驳，本方当事人就有权就相关的问题得到有利的裁判。“如果原告提供了初步证据，除非遭到相反证据或其他证据的回应，应当导致陪审团作出有利于原告的判决；被告可以提供相反的证据，也可以提供其他证据——在这种情况下，陪审团应当考虑双方当事人提供的证据，在被要求裁判的问题上是否能够形成对原告有利的确信。如果能够形成，必须作出相应的判决。”当然，本方当事人提供的证据必须具有一定的可靠性和证明力，明显不可信的证据和不可采纳的证据不具有证明力，不构成表面证据，本方当事人就没有切实履行其推进责任，推进责任也就没有转移到另一方当事人。艾里欧特认为，只有一方当事人针对系争事实提供了大量的证据，并且这些证据是可信的，法官才能认为推定系争事实存在，而该方当事人也才能被认为提供了初步的证据。表面证据的作用在于“可以避免其理由被法官或者陪审团驳回的危险，而且处于这样的位置：如果对方

当事人不提出相反的证据，就会扩大法院作出有利于自己的认定的可能性”。

我国行政程序属于职权主义模式，推进责任不会在行政机关与相对人之间转移。但是，如果相对人提出了表面证据，在不利行政行为程序中就会延迟行政机关作出处理决定的时间甚至使行政机关不可能作出处理决定；在有利行政行为程序中，就会增加行政机关作出有利于自己的处理决定的可能性。我国行政诉讼也属于职权主义模式，但是，行政机关与相对人在其中都是形式上平等的当事人，推进责任在原告和被告之间是可以转移的。如果原告提出了表面证据证明具体行政行为违法，被告不提出或者提不出任何有力的反证时，人民法院只能作出撤销判决。

（三）推翻公务合法推定

公务合法推定（Ominia praesummtur rite ess acta）是行政法上的一个重要而又自身充满矛盾的课题，是指一旦行政行为以合法的外观和形式作出，就假定其是适当的和有效的。一方面，基于公务合法推定，行政机关没有必要在任何情况下都要证明其行政行为是合法的，除非出现了相反的证据；行政机关免除了许多繁琐的手续，有利于提高行政效率，在行政诉讼中被诉行政行为还可以不停止执行；相对人要起诉，必须提供表面证据证明被诉行政行为可能违法，另一方面，公务合法推定又是一个弱度推定，相对人只要提供表面证据就可以将其推翻；而且，该推定并非对所有的行政行为都适用。美国行政法学者似乎对公务合法推定不感兴趣，伯纳德·施瓦茨和戴维斯教授在其多版的教材中始终没有谈及该推定；而英国证据法学者和行政法学者虽然都对公务合法推定有浓厚的兴趣，但是，他们的观点很少一致。

在 1941 年英国的一个案件中，Atkin 勋爵认为，公务合法推定对涉及人身自由的案件不适用，因为“任何行政机关都不得干涉英国公民的财产或自由，除非行政机关能够向法院证明其行为的合法性，这是英国法治（原则）的要求。法院在针对行政机关审判这种事务时，不应当退让，这是英国司法的传统”。“在英国，任何监禁从表面上来看都是不合法的。因此，实施监禁的人必须证明其行为的合法性。与此同理，作出拘留决定的行政机关必须提供积极的证据证明其拘留决定符合法律所明确规定的条件，即使被监禁人自己提不出任何证据。”在 1946 年英国的一个案件中，原告声称燃料和动力部长没有足够的国防方面的理由就发布控制燃料行业的命令，Greene 勋爵指出，“在处理这类案件时，公务合法之推定应当适用，这是一个已经确定的原则。因此，如果燃料和动力部以适当方式声明部长认为确定的事务，就应当认为这是一个正确的声明，除非相反的情况得到了证明。”

韦德汲取上述两个判例的观点认为，如果行政行为或命令看起来没有法律错误，原告就必须提供证明行政行为不合法的表面证据（prima facie evidence），“在侵犯人身自由或财产权的案件中，如果原告的起诉理由不是行政行为不具备法定条件，而是具有一些隐含的错误，如不良信念，原告也必须同样承担提供表面证据的责任”。“除非反对行政行为的当事人首先举证以转移证明责任，行政机关就不应当承担证明其行为或命令合法的责任。至于应当提供多少证据，取决于案件的性质。如果行政命令表面看起来就具有明显的错误，原告的证明责任就容易转移。但是如果起诉的理由是不良信念和不合理的，原告的证明负担就要重一些。……如果没有出现相反的证据，就应当作出有利于行政机关的推定。”

在我国，关于公务合法性的推定与行政行为效力紧密联系，而行政行为的效力是一个混乱的理论问题，因此关于公务合法性的推定理论也显得异常混乱。总的来看，存在着公务合法推定和公务违法推定两种说法。持公务合法推定观点的学者认为，具体行政行为在行政诉讼中不停止执行是根据国家意思先定力而确立的。而所谓国家意思先定力是指“行政机关代表国家所作出的具体行政行为，自始推定为合法，具有国家决定的法律效力”。持公务违法推定观点的学者认为，“在监督行政法律关系当中，法律使相对人一方较行政机关处于优势的地位。而且不妨假定，法律关于行政机关承担举证责任的观点有如下隐喻：在行政诉讼中，法院作出最终裁判之前，行政行为推定可撤销。如果行政机关不举证或者举证不充分，这种推定即告成立。”

两种说法孰是孰非？与英国法院和学者的观点相比较，我国学者的两种观点都有片面之处。公务合法推定观点的缺陷是绝对化，即将公务合法推定适用于一切行政行为；而公务违法推定观点的缺陷是简单化，认为所有的具体行政行为都推定为违法。笔者认为，应当借鉴英国的经验，同时注意我国行政诉讼法的规定。具体来说是：具体行政行为涉及人身自由权的，应当推定为违法，除非作出具体行政行为的行政机关提供充分的证据证明其合法，该推定才能被推翻，无论是否在诉讼过程中停止执行。对于其他具体行政行为，一般推定为合法；如果相对人不起诉或者申请复议，公务合法推定成立；依法起诉的，如果单行法律法规明确规定起诉不停止执行的，仍然应当推定为合法；如果单行法律法规没有规定，一旦公务合法推定被相对人的表面证据推翻，该被诉具体行政行为应当推定为违法。

二、行政诉讼推进责任的证明标准

关于推进责任的证明标准，英美法系国家和大陆法系国家的学者有不同的

说法，这对确定行政诉讼推进责任的证明标准具有借鉴意义。

（一）表面证据标准

英美法系国家的证据法学者在谈及推进责任时很少提出证明标准，但是他们却总是将推进责任与表面证据联系在一起。实际上，表面证据是推进责任证明标准的变相说法。

布莱克认为，所谓表面证据是指“表面看起来良好的、充分的证据。在依据法律作出判决时，该证据足以证明构成当事人主张的一个、一组或者一系列的事实。表面证据是这样的证据，即如果未经解释或者反驳，足以据之作出有利于一方当事人诉讼主张的判断，但是仍然可能受到其他证据的反驳。……表面证据是这样一种证据，除非其效果被其他证据超过，足以证明系争事实。‘表面理由’是这样一种诉讼理由，如果对方当事人不提出反证，将使本方当事人赢得诉讼。……直到遭到反驳或者被超过之前，表面证据是证明某一个特定的事实成立的充分的证据。如果独立存在或者未经解释，表面证据能够支持一项诉讼主张，使其指向的认定结论有根有据。表面证据是一种法律假定或者推断，在未经证明时或者直到有证明推翻该推断之前，肯定或者否定某一个事实。”布莱克的解释是表面证据的经典定义，囊括了表面证据的各个要素。

首先，表面证据是表面上看起来成立的证据。表面证据必须具有适当的外观形式，具有可采性，惟有此才能形成表面的证明效果。如果出现反证，表面证据即告不成立，这正是“表面”的含义所在，“表面”（prima facie）是指“第一眼、第一印象、外观、从其第一次出现时即可作出判断、假设，……除非有证据证明相反的情况”。

其次，表面证据是一种假定性的证据（presumptive evidence）。所谓假定性是指“表面证据是非终局性的、允许解释的反驳的证据。除非和直到遭到其他证据的反驳，表面证据是必须接受并且认为真实和充分的证据，例如法律规定从某种证据可以推定出另一个事实存在。”在民事诉讼中，如果本方当事人提出了表面证据，而对方当事人没有提出任何有证明力的证据，法官可以认定本方当事人的诉讼主张成立。

再次，表面证据的作用是形成表面理由（prima facie case）。所谓表面理由是指。“除非与其他证据相冲突或者被超过，就可以成立的理由。……如果不考虑反证，某一个理由已经走到了充分证明从而可以支持认定结论的阶段。……法院在两种含义上应用‘表面’理由：一是原告应当提供充分的证据，以支持作出有利于其诉讼主张的合理的认定结论。也就是说，原告的证据足以使其诉讼主张交由陪审团裁决。二是法院使用‘表面’一词时，不仅仅意味着原

告的证据可以合理地支持其主张的认定结论，而且也意味着如果被告不提出证据反驳，原告的证据就强制（法官或者陪审团）作出该种认定结论。”

（二）疏明标准

在日本，诉讼中的证明以其程度不同被分为证明和疏明两种。所谓证明是指法官对案件事实形成高度的内心确信，认为除此之外没有其他合理的选择。所谓疏明，又称为稀明，是指“当事人对自己所主张的事实虽然没有达到证明的程度，但是足以促使法官推测大体上确实程度的证据就可以。法律承认稀明的目的是为了迅速地处理问题，因而稀明时所使用的证据方法也只限于能够立即进行调查的证据方法”。证明用于解决实体问题，疏明用于解决程序问题。在民事诉讼中，当事人为了胜诉，必须提供使法官形成内心确信的证据；而为了主张某一个程序权利，只要提出一定的证据证明有这种必要性或者可能性就可以了。“在终局性地确定实体权利关系的判决之前，暂且作出的保全处分或在诉讼程序进行中提出的其他事情是否许可的决定，在法律上往往只需要稀明（疏明）就可以。”

日本的做法明显来自于德国。在德国民事诉讼中，法官的心证分为两种情况：一是充分的心证，即对于实体问题法官必须形成肯定的内心确信。二是不充分的心证，即在处理程序问题时，特别是应当事人申请以中间裁决采取保全措施时，法官无需形成充分的心证，只要申请人提供的证据证明某种情况的“大概性很大”（glau behahftmachung）就足够了。“如果原告证明了一些事实，而根据一般经验得出以下结论，即在正常的情况下，原告试图依赖的事实是真实的，初步证据（Ansheinsbeweis）就告成立，法院不再要求原告进一步提出证据，改为转向被告要求后者反驳原告的证据。”综上两点所述，疏明标准是法官对某一个案件事实或者诉讼主张形成大概性很大而又不完全肯定的心证。

（三）合理可能性标准

参考英美法系和大陆法系国家的做法，笔者认为我国行政诉讼推进责任的证明标准应当是合理可能性，即只要当事人或者相对人提出的证据使法官或者行政执法人员认为有受理或者进一步处理的必要性就可以了。“合理可能性”是指有一定的根据或者达到一定程度的可能性，并不要求有充分确凿的证据。可能性的大小因案而异，“有的学者主张至少要证明到20%或30%，甚至达到50%以上。……到底法官如何判断，则只能是根据不同案件的情况，即根据当事人提出的是直接证据还是情况证据，以及考虑到当事人提出的各种申请（motion），由法官灵活地作出决定。”

具体来说，在行政程序中，相对人提供的证据应当使行政执法人员认为有处理的可能性或者必要性；在行政诉讼过程中，原告提供的证据应当证明其起诉有符合法定条件的可能性，或者具体行政行为有违法的可能性。为此，相对人或者当事人提供的证据必须符合法定的证据形式，具有表面的证明力。

第四章　行政诉讼举证责任

第一节　行政诉讼举证责任的概述

一、概念

举证责任是指当事人对证明对象负有提供证据加以证明的诉讼义务，这一义务是以承担一定的诉讼结果为法律后果的。

《行政诉讼法》明文规定举证责任："被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具休行政行为的证据和所依据的规范性文件。"（第32条）最高人民法院的司法解释进一步指出："被告在第一审庭审结束前，不提供或者不能提供作出具体行政行为的主要证据和所依据的规范性文件的，人民法院可以依据行政诉讼法第32条和第五十四条第（二）项的规定，判决撤销被诉具体行政行为。"《行政诉讼法》第34条还规定："人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。"这些规定都反映，举证责任是一诉讼义务，不履行这一诉讼义务，是要承担一定的诉讼上的法律结果的。

关于行政诉讼中举证责任的性质，法学界历来有不同的看法，归结起来有以下几种说法：一是权利说，认为举证责任是当事人的诉讼权利；二是责任说，认为举证责任是当事人的一种责任；三是负担说，认为举证责任是一种以败诉承担风险的负担；四是认为举证责任既是一项权利，也是一项义务，同时还是一项责任；还有的认为举证责任是法律预先规定的一种法律后果。笔者以为，举证责任仍然是法律规定的特定当事人应负担的一种诉讼义务，不履行这一义务，应承担相应的诉讼上的法律后果，包括败诉的法律后果。

首先，认为举证责任是一项权利，显然不能反映举证责任的本质，且会不利于诉讼的顺利进行。因为权利可以放弃，放弃权利也不会产生相应的责任。

其次，将举证责任认定为既是权利又是义务，还是一种责任，事实上没有给举证责任的性质作一说明。

再次，将举证责任认定为是一种负担或是一种法律预先规定的一种法律后果，虽在一定程度上反映了举证责任的性质，但都不全面。负担一词不是严格的法律术语，在法律规定上以一定法律后果为风险的负担不是特定人应为的行为吗？而至于法律后果说则更不全面，因为义务的特性就是应为而不为要承担相应的法律责任（法律后果）。

第四，将举证责任认定为是一项诉讼上的义务，不仅符合法律的规定，也有利于行政诉讼活动的顺利进行。从法律规定而言，行政机关对作出的具体行政行为负举证责任，是法律规定的行政机关应当作为的行为，而且人民法院还有权责令行政机关就具体行政行为进行补证，同样，法院认为有些事项，原告必须提供证据进行证明，人民法院也有权要求他提供或补充证据。因此，在围绕着举证这一活动所形成的行政诉讼法律关系中，人民法院是举证的权利主体，被告及原告是举证的义务主体。而从诉讼实践看，由于行政诉讼是审查具体行政行为是否合法的活动，而且是对合法的行政行为予以维持，对不合法的行政行为予以撤消，但具体行政行为是否合法，需要行政机关或授权组织提供证据加以证明。而依法作出具体行政行为，并依照法律手段（包括诉讼手段）维护合法的具体行政行为是行政机关或授权组织的职责。为保障行政主体完整地履行职责，促进行政诉讼活动的顺利进行，强调举证责任是被告行政机关或授权组织应履行的一项法定义务，是有积极意义的。认为举证责任不是一项义务的同志认为："举证责任不同于一般意义上的诉讼义务，因为当事人不履行一般意义上的诉讼义务，固然会导致不利于己的后果，但并非一定败诉。但行政诉讼的举证责任，被诉行政机关必须履行，不履行举证责任则必然败诉。"这种看法是将举证责任的法律后果唯一化，这是不符合诉讼实践的。从诉讼实践看，证明对象十分广泛，在证明对象中的一系列事实并非都对具体行政行为的合法性有着绝对的影响。所以，不履行举证责任，会导致不利于己的诉讼后果，而败诉，是其中最为严重的法律后果。判决不履行举证责任者败诉，实际上也是法律赋予人民法院在行政诉讼法律关系上的一项诉讼上的权利。

二、主体

当事人、人民法院、人民检察院是行政诉讼证明主体，都要承担证明行政案件事实的责任。其中，当事人承担的是举证责任，人民法院、人民检察院承担的是证明责任。明确划分行政诉讼举证责任和证明责任是界定行政诉讼举证

责任主体的关键所在。

在我国刑事诉讼证据学理论上，关于举证责任与证明责任这两个概念的划分存在着争议，其中有代表性的观点是同一说、包容说和并列说。这些学说对明确划分行政诉讼举证责任的证明责任具有借鉴意义。

同一说认为，举证责任与证明责任是两个完全相同的概念，是对一个问题的两个不同的表述方法，所谓“证明责任，也叫举证责任，是指谁负有提出证据证明案件有关事实的义务。”理由是：第一，我国刑事诉讼法没有明确区分举证责任和证明责任，自始至终都没有提及举证责任或者证明责任，而只有“证明”一词。例如刑事诉讼法第 60 条第 1 款规定，“对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕。”第二，举证责任和证明责任具有共同点，都是“证明”案件事实的“义务”。当事人提出证据的目的是证明主张的案件事实，公安司法机关调查收集和审查判断证据的目的也是证明案件的真实情况，当事人的证明和职权机关的证明都是诉讼法规定的义务。第三，公诉机关证明刑事案件事实的义务具有双重性。一方面，公诉机关是国家机关，出庭证明刑事案件事实是代表国家履行公诉职责的一项内容，也就是说公诉机关证明案件事实具有行使职权的性质；另一方面，公诉机关又与刑事被告人形成控辩关系，公诉机关的举证活动具有证明抗诉主张（诉讼主张）的性质，其提出证据证明的责任又与当事人的提出证据证明的责任类似。第四，在英美法系国家证据法学上，证明责任与举证责任是一个词，即 burden of proof。我国有的学者将其译为证明责任，有的学者则译为举证责任，只是译法的不同。

并列说认为，在刑事诉讼中公安司法机关承担的证明特定案件事实的责任（证明责任）与当事人承担的证明特定案件事实的责任（举证责任）之间存在着严格的区别。证明责任指向公安司法机关，而举证责任指向当事人。“在我国刑事诉讼中，证明责任应当专指公安机关、人民检察院、人民法院所承担的收集、运用证据证明被告人是否有罪的法律义务。被告人及其他当事人、诉讼参与人不承担证明责任。”理由是：第一，将举证责任与证明责任混同不符合中国的表达习惯。在我国，“证明”指“证实”特定的案件事实，而“举证”指提出证据的行为，不是“证实”。第二，证明责任与举证责任的主体不同。证明责任始终由起诉人承担，被告人承担的是举证责任。举证责任可以转移，而证明责任始终由起诉人承担。第三，证明标准不同。证明责任的标准是“排除法官的一切合理怀疑”或者“案件事实清楚、证据确实充分”，而举证责任

的证明标准是"可能性平衡"(the balance of probability，即均衡的可能性标准)。第四，法律后果不同。证明责任不履行或者不充分履行，起诉人就会败诉，而举证责任不履行，只是可能给被告人造成不利。第五，基点不同。检察官承担证明责任基于法律上的义务，而举证责任是基于当事人的利益和权利。

包容说认为，证明责任包括了举证责任，"根据我国诉讼法的有关规定和司法实践的经验，我国诉讼中的证明责任，可界定为司法机关或者某些当事人应当收集或提供证据证明应予认定的案件事实或有利于自己的主张的责任；否则，将承担其认定、主张不能成立的危险。其中，当事人提供证据证明自己的主张的责任，又称举证责任。"理由是：第一，当事人证明案件事实的责任与公安司法机关证明案件事实的责任具有共同性，即都是诉讼上的证明义务，都与特定的风险相联系。"当事人必须就有利于自己的主张进行证明，司法机关必须就其认定进行证明；否则，将承担其主张或者认定不成立的风险。"第二，从诉讼证明的发展历史来看，举证责任通常指当事人证明案件事实的责任，应当单独列出。

笔者赞同并列说。理由是：第一，同一说和包容说迁就了现实，被法律规定"牵着鼻子"。刑事诉讼法没有明确区分举证责任和证明责任，并不意味着理论研究不能对此加以区分。在刑事诉讼中，公安司法机关承担的证明方面的责任与当事人承担的证明方面的责任，由于其主体的性质、证明活动的性质以及证明要求不同，应当区别对待。第二，我国的诉讼结构与英美法系国家不同。在英美法系国家，诉讼结构实行当事人主义模式，法院不是证明的主体，公诉机关又被视为当事人，它们不严格区分举证责任与证明责任并不会造成理解上的混乱。我国刑事诉讼结构基本上实行职权主义模式，公安司法机关负有证明案件事实的义务，与当事人一起都属于证明主体，混同举证责任与证明责任在我国会造成理解上的混乱。第三，包容说的科学之处在于注意到了公安司法机关与一般的当事人的区别，但认为证明责任包括举证责任，逻辑上不甚顺畅，给学术研究也造成了很大的困难，究其实质而言，不过是用"证明责任"一词取代"举证责任"一词。在这一方面，包容说与同一说并无二致，而这正是其不科学的地方。

在行政诉讼中，证明责任与举证责任联系表现在：第一，都是证明行政案件事实的责任。人民法院和人民检察院调查收集、审查判断证据，当事人提出证据，其直接目的都是证明行政案件事实。第二，具有相同的证明对象。有关被诉具体行政行为合法性和合理性的事实以及有关行政诉讼程序的事实，当事人应当证明，人民法院、人民检察院也应当证明。第三，具有相同的证明标

准。有关被诉具体行政行为合法性的证明标准是由行政诉讼法规定的，对于人民法院、人民检察院和当事人一律适用。行政诉讼举证责任和证明责任的区别表现在：第一，性质不同。证明责任是职务性责任，而举证责任是权益性责任。当事人履行举证责任的目的是为了实现自己的主张，是为了获得某种收益或者权利即胜诉；人民法院和人民检察院履行证明责任的目的是为了作出正确的裁判，维护国家法制的统一和尊严，不涉及本部门利益的得失。证明责任是行政诉讼法赋予人民法院和人民检察院证明行政案件事实的"国家职责"，和诉讼后果没有利害关系；举证责任是行政诉讼法赋予当事人证明行政案件事实的"个人义务"，与诉讼结果具有利害关系。第二，客体不同。证明责任的客体是行政诉讼裁判或者法律监督意见，而举证责任的客体是诉讼主体。第三，承担不同。被告对与被诉具体行政行为合法性有关的事实承担举证责任，应当最终证明；对行政处罚显失公正的事实以及被告应当履行法定职责的事实，原告只承担初步的举证责任，而人民法院承担证明责任，应当最终证明。第四，证明标准的法律作用和属性不同。虽然行政诉讼举证责任和证明责任的证明标准都是"案件事实清楚、证据确实充分"、"占优势的盖然性"、"清楚的、明确的和令人信服"，但是这些证明标准对举证责任和证明责任来说，仅仅是内容和程度相同，分别具有不同的意义和作用。对举证责任来说，证明标准是衡量当事人是否切实履行其举证责任、是否能够证明其诉讼主张处理的标尺，是"诉讼证明"的标准；对证明责任来说，这些证明标准是人民法院审查被诉具体行政行为是否合法的标尺，是"审查"的标准。

行政诉讼举证责任与证明责任的联系是一般的、表面的，而区别则是本质性的，本文因此采取并列说，认为行政诉讼举证责任仅仅是行政诉讼当事人证明案件事实的责任。

三、分类

（一）英美法系国家关于举证责任分类的理论

在英美证据法上，无论是司法实践还是证据法学理论都一致公认举证责任分为推进责任和说服责任。

推进责任（duty of going forward）是指当事人提供证据证明其主张构成法律争端从而值得或者应当由法院进行审理的举证责任，其全称是利用证据推进诉讼进行的责任（burden of going forward with evidence）。英国大法官博文（Bowen）从法官主持诉讼的角度，对推进责任作了全面的描述，认为只要诉讼存在，就得有人推进它，原告是首先开始的人，如果无所作为，就要败诉，如果他提供

了初步证据，对此没有任何回应，被告就要败诉。因此，证明负担或者证明责任，无论作何种措辞，其含义都很简单的。“(法官）不妨问自己：如果没有提供证据或者没有就有关的争议问题提供更多的证据，哪一方当事人将胜诉？很明显，作为进行诉讼的对立的双方当事人，证明责任一直都在不停的转移，直到裁判机关必须说‘到此为止’，争议才得以特殊的方式得到裁判。我所说的(证明责任）不是自始至终都由一方当事人承担的责任（说服责任）。一旦一方当事人提供证据推翻了所反驳的证据，除非再得到反驳，（天平的）指针就倒向另一方当事人，直到其提出更有利的证据，指针才会偏回对方当事人。这说明，举证责任仅仅是一个确定推进诉讼义务由希望胜诉的一方当事人遵守的规则，而不是由陪审团判断冲突证据的证明力的规则。一旦证据之间矛盾产生，就不再是证据责任问题了。推进责任是美国证据法学的正常用语，在英国一般称为证据责任（evidential burden)。除此之外，推进责任还称为战术责任（tactical burden)、次要责任（minorburden)、派生责任（secondary burden）等等。推进责任的特点是：第一，可以由一方当事人推卸（discharge）到另一方当事人，也就是通常所说的“传递”（pass）或者转移。“但是，不能因此将法庭审判比喻为网球竞赛，认为证据责任在网间来回往复”。第二，推进责任与败诉风险没有必然的联系，当事人是否履行推进责任只能加大或者减少这种风险。如果对方当事人不提出相反的证据，就会扩大法院作出有利于自己裁判的可能性。第三，推进责任的要求比较低，但是只要提供初步证据就足够了。“如果一方当事人针对系争事实提供了大量的证据，而且这些证据是可信的，人们可以推定系争事实也是存在的，该方当事人可以被认为提供了初步的证据。”

说服责任（pursuasive burden）是指当事人提出证据使法官或者陪审团确信其实体主张成立的义务，否则必然遭受不利的裁判。泰勒（Thayer）认为，说服责任是指对争议的诉讼主张承担风险的当事人所负担的特殊义务。如果不提出有力的证据，在所说的已经说出和所作的已经作完的情况下，就要败诉。所谓“特殊义务”，与其同样称呼的义务有区别，后一种义务是当事人与其对方当事人分担的义务，而说服责任是一种不能分担的义务，只能由一方当事人承担。罗特斯坦因将说服责任比喻为电源开关，出于各种考虑，法律规定事先将开关置于打开或者关闭的一端，而这就意味着为不利的一方当事人设定了说服责任，该方当事人要胜诉，就必须提出足够的证据将开关推向另一端。“电源开关（系争事实）有两端，由于某种固定力开始停留在其中的一端，除非和直到有足够的力量（占优势的盖然性、优势证据或者排除合理怀疑的证据证明）将开关推到了另一端。开关不移到另一端就要失败的一方当事人承担‘说服责

任'，而所需要的力度（占优势或排除合理怀疑）就是这一责任的证明标准。……电源开关最初时所在的一端（当然具有两种可能性）确定了反对这一端的当事人的说服责任。”在1949年的一个案件中，丹宁勋爵认为，说服责任始终在积极主张的一方当事人，消极主张者不承担说服责任，即使对方当事人没有提出任何证据，在审理活动结束时，陪审团仍然应当问自己：积极主张的当事人充分履行了说服责任吗？说服责任是美国证据法学的用语，在英国证据法学上一般称为法定负担（legal burden）。除此之外，说服责任还被称为最终负担（ultimate burden）、主要负担（major burden）、第一位的负担（primary burden）等等。

无论推进责任和说服责任的称呼和命名是什么，其实质都是一样的。即综合根据举证责任的主体、客体、后果和要求等等的一系列标准将举证责任划分为高低不同的两个层次。第一个层次是推进责任，当事人要启动诉讼程序，必须提供一定的证据证明，使其主张具有诉讼性质，即有审理的必要性和可能性。法官不是当事人的顾问，对当事人提出的任何请求都要表明是非曲直的态度；法院也不是当事人进行日常生活游戏的场所，审判是在执行法律，因此必须具备法律得以执行的最低的条件。当事人必须证明其具备接受审判的事实条件，这就是推进责任。第二个层次是说服责任，法院同意审理（受理）当事人的诉讼主张，并不意味着万事大吉，为了赢得诉讼，当事人还必须提供证据证明其诉讼主张符合实体法和程序法规定，从而使法官确信其诉讼请求是成立的。

（二）德国关于举证责任分类的理论

在德国，占据统领地位的民事证据理论认为举证责任分为客观的举证责任（objektive Beweisbelastung）和主观的举证责任（subjective Beweisbelastung）。客观的举证责任是指在案件事实处于真伪不明状态时起作用的举证责任；而主观的举证责任是指在诉讼过程中，当事人为了推动诉讼进行而提供证据的必要性。

罗森贝克在其专著《证明责任论》一书中提出了三阶段理论，认为审判过程首先是查清和认定案件真实的过程，这个过程可以分为三个阶段：查清案件事实、适用法律、得出法律后果。根据该三阶段理论，适用法律是与查明相应的事实是对应的，如果没有查明案件事实，就不得适用规定该项事实要件的法律条文，因为在这种情况下没有适用法律的条件，法律设立举证责任的目的就是为了查明案件事实。关于举证责任的分配，罗森贝克认为，确定举证责任分配的根据是实体法，实体法分为权利根据规定和权利障碍规定。权利根据规定是指规定作为权利存在的根据即积极的事实要件的法律条文；而权利障碍规定

是指规定妨碍某一个权利存在的根据即消极的事实要件的法律条文。例如，民法通则第 55 条规定："民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。"在该条规定的是民事法律行为成立的积极要件，属于权利根据规定。又如民法通则第 58 条规定："下列民事行为无效：（一）无民事行为能力人实施的；（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违反真实意思的情况下所为的；（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的……。"该条规定的是民事行为不成立的消极要件，属于权利妨碍规定。分配举证责任的基本标准是，实体法规定的事实要件对哪一方当事人有利，哪一方当事人就应当对此承担举证责任；也就是说，如果某一个要件能够给某一方当事人带来有利的法律效果，该方当事人就应当对此承担举证责任。例如，主张民事行为成立的当事人，应当对民法通则第 55 条规定的事实要件承担举证责任；而主张民事行为不成立的当事人，则应当对民法通则第 58 条规定的事实要件承担举证责任。"在无法查明某一个事实是否存在时，规定该事实要件的法规当然无从适用，由此因适用该法规而带来的法律效果也就不可能产生。"

罗森贝克的观点是德国早期关于民事诉讼举证责任的理论，对日本产生了深远的影响。但是，这个理论遭到他的学生莱伊波尔特的全面的批判。莱伊波尔特认为，罗森贝克的理论存在着两个致命的缺陷：第一，权利根据规定和权利障碍规定是对一个问题所作的正反两个方面的规定，相互之间没有截然的界限，无法区分，以对法律条文的这种划分为根据分配举证责任是不能令人信服的。例如，意思表示真实与意思表示没有不真实是同一个问题的两个角度，原告主张民事行为成立，既应当证明意思表示真实的事实，也要证明也不是没有不真实的事实。实际上，确定举证责任分配的根据不是法律条文，而是某一个事实要件对哪一方当事人有利。第二，在案件事实不明的状态下，法官必须将案件审理到底，而不得拒绝适用法律，由此举证责任是在案件事实不明的状态下起作用的一种规则，案件事实不明时法官应当如何处理案件是举证责任的中心问题。关键不是无法查明案件事实就不适用法律，而是确立一种明确分配利益即有利或者不利的规则，这个规则必须是实体法之外的。举证责任正是这种独立于实体法、在案件事实不明状态下分配当事人利益的规则。

罗森贝克和莱伊波尔特的理论使人们认识到了举证责任与实体法、诉讼主张、案件事实的不明状态和裁判的关系，开阔了人们的视野，后人在此基础上对举证责任作了进一步的划分。当事人因实体法的规定而面临的提供证据的必

要性是客观的举证责任，这种举证责任不以法官的主观意志为转移，与诉讼实体裁判紧密联系；当事人因程序法的规定而面临的提供证据的必要性是主观的举证责任，法官可根据查明案件事实的需要界限分配，这种举证责任与诉讼后果没有必然的联系，仅仅表现为当事人进行诉讼的一种必要性。

将德国的理论与英美法系国家的理论相比较不难发现，两者各有所长，相互影响，有许多相同之处。所谓客观的举证责任实际上是说服责任，而主观的举证责任则是推进责任。推进责任与说服责任的划分具有世界性。

（三）我国关于举证责任分类的理论

在我国民事证据理论上，有人根据当事人履行或者不履行举证责任是否产生特定的诉讼后果将民事诉讼举证责任分为行为意义上的举证责任和结果意义上的举证责任。前者是指与特定的诉讼后果没有必然的联系的举证责任，后者是指与特定的诉讼后果具有必然的联系的举证责任。这一分类是我国证据学者在研究举证责任的性质时提出的崭新的概念。作出这种划分的根据是结果意义的举证责任与行为意义的举证责任的区别，有四点：第一，产生原因不同。行为意义举证责任的原因是法院查明案件事实的必要性和谁主张谁举证，而结果意义举证责任的产生原因是案件事实真伪不明时的诉讼后果承担问题。第二，承担的时间不同。行为意义的举证责任在从起诉一直到法庭辩论终结前的任何阶段都有可能发生，而结果意义的举证责任发生在法庭评议阶段。第三，能否由诉讼代理人或者诉讼代表人承担不同。行为意义的举证责任可以由诉讼代理人或者诉讼代表人单独承担，与当事人可以分离，而结果意义的举证责任只能由当事人承担。第四，能否强化不同。行为意义的举证责任可以通过立法加以强化，而结果意义的举证责任不存在强化的问题。

在行政诉讼证据理论上，有人认为，行政诉讼举证责任可以分为实体意义上的举证责任和程序意义上的举证责任，前者是指当事人提出证据证明其实体主张成立的义务，后者是当事人提出证据证明其程序主张成立的义务。程序意义上的举证责任是为了推进行政诉讼的进行，实体意义上的举证责任是为了使审判人员形成有利于自己的确信，从而作出对自己有利的裁判。

尽管英美法系国家的司法制度和诉讼结构与我国不同，但将举证责任划分为推进责任和说服责任是合理的，应当借鉴。

首先，我国三大诉讼法规定的举证责任并不一致，客观上存在着说服责任和推进责任之分。根据行政诉讼法第 32 条规定，如果被告不能证明被诉具体行政行为合法，人民法院只能判决撤销被诉具体行政行为，该条规定的举证责任是说服责任。根据民事诉讼法第 64 条规定，如果当事人不能证明其主张的

案件事实，人民法院可以调查收集证据，以查明当事人主张的案件事实是否成立，当事人的举证责任与诉讼后果没有必然的联系，该条规定的举证责任仅仅是推进责任。在刑事诉讼中，犯罪嫌疑人、被告人对自己无罪或者罪轻不承担举证责任，但是在巨额财产来源不明罪案件中，被告人应当提供证据证明自己的财产来源，被告人承担的这个举证责任显然不是说服责任，而只能是推进责任，因为在被告人举证之后，人民法院还要进一步调查核实，被告人的财产来源归根结底要由人民法院最后证明。

其次，将行政诉讼举证责任划分为推进责任和说服责任是合理的。根据行政诉讼法第31条的规定，被诉具体行政行为的合法性应当由被告最终证明，为此，被告必须提出符合法定的证明标准的证据，否则人民法院就应当作出撤销判决。在被诉具体行政行为的合法性方面，被告的举证责任与诉讼后果具有必然的因果关系，这显然是说服责任。原告为了推动行政诉讼进行，应当首先提出证据证明起诉符合行政诉讼法规定的起诉条件，为了胜诉还必须进一步提出证据动摇被诉具体行政行为的合法性，使审判人员对被告的举证产生怀疑或者认为有进一步调查审理的必要性。由于人民法院的调查职能，原告的举证与受理和审理结果没有必然的联系，这显然是推进责任。

再次，不宜将行政诉讼举证责任划分为行为意义上的举证责任和结果意义上的举证责任。一方面，这两种举证责任都有行为意义，即都包含提出证据行为；另一方面，这两种举证责任都具有结果意义，即都与诉讼结果相联系，其中，说服责任与实体后果具有必然因果关系而推进责任与程序后果具有一定的联系。如果被告不提出证据证明被诉具体行政行为合法，人民法院只能作出撤销判决。如果原告不能提出证据证明起诉符合法定的条件，人民法院可能作出不予受理的裁定；如果被告提出了符合法定的证明标准的证据，而原告不能提出有力的反证，人民法院就会认定没有继续调查审理的必要性，直接进入判决阶段。既然推进责任与诉讼后果具有一定的关系，认为推进责任仅仅是行为意义上的举证责任是不科学的。

最后，将行政诉讼举证责任划分为程序意义上的举证责任和实体意义上的举证责任，不够准确。一方面，推进责任和说服责任都具有程序意义，即都是行政诉讼程序中的举证责任，都具有推动行政诉讼程序的作用；另一方面，说明责任和推进责任的证明对象都包括与实体诉讼主张即与被诉具体行政行为合法性和合理性有关的事实。以实体和程序为标准划分行政诉讼举证责任是不科学的。

基于上述四点理由，我们认为完整的行政诉讼举证责任由推进责任和说服

责任构成，应当分别称为行政诉讼推进责任和行政诉讼说服责任。

四、性质

举证责任的性质在英美法系国家证据法学上似乎不重要，它们对举证责任性质的认识仅仅存在于有关其他问题论述的字里行间，但在我国民事诉讼和行政诉讼法学上，举证责任的法律性质却是一个主要的理论问题，众说纷纭。民事证据理论有关举证责任性质的争议对行政诉讼法学产生了较大的影响。

在我国民事证据理论上，有关举证责任的性质已经出现的观点有权利说、义务说、权利义务说、责任说、权利责任说、效果说、必要性说和败诉风险说和负担说。其中影响较大的是权利责任说、义务说、负担说和败诉风险说。权利责任说认为举证责任首先具有权利的性质，因为提供证据是从当事人的诉权中派生出来的一项权利，但是当事人提供证据又是其要求人民法院确认或者肯定其诉讼主张所应当承担的一种责任。义务说认为举证责任是伴随诉讼针对事实主张而生的诉讼义务，其原因不仅仅是举证责任与诉讼主张不可分割、当事人具有举证的客观条件，而且是因为这是法院查明案件事实、当事人履行其诚实性义务的必要条件。负担说认为举证责任既不是权利，也不是义务，而是当事人为了使法院能够确认、肯定其诉讼主张，作出对自己有利的裁判，避免败诉风险而不得不承受的一种负担。败诉风险说又称为结果责任说，认为在举证责任所包含的两种含义即行为意义的举证责任和结果意义的举证责任当中，"真正能够代表其本质的是结果责任。……那么，将举证责任的性质界定为事实处于真伪不明的状态时产生的不利诉讼结果是有充足理由的。"

与民事证据理论的争议相对应，行政诉讼证据理论关于行政诉讼举证责任的性质也有权利说、义务说、权利义务说、风险义务说、责任说、权利与责任说、负担说、责任负担说、必要性说、法律后果说和法律假定说。其中笔者认为突出的是风险义务说、法律后果说和法律假定说。

风险义务说认为举证责任类似于诉讼义务，当事人必须承担，不得放弃，但是与一般的诉讼义务不同，当事人放弃一般的诉讼义务不一定会遭受不利的诉讼后果，而放弃举证责任则必然遭受不利的诉讼结果，"所以，举证责任是一种加重了的义务，也可称作'风险'义务，它使承担举证责任的当事人在败诉的威胁下，在诉讼前为诉讼的可能到来而收集、审查、保全证据，在诉讼到来时积极举证。"法律后果说认为，举证责任既不是权利，也不是义务；既不是责任，也不是一种负担，而是法律预先设定的一种法律后果，"它所要解决的问题是在一定事实是否存在难于查明、而法院又不能以此为由拒绝裁判的情

况下，应当由谁承担不利的法律后果的问题。”法律假定说认为，“不同诉讼体制中的举证责任的含义，大同小异。在法院作出终局裁决之前，一定事实是否存在难以确定的情况下，例如一定行政处理的要件是否充足地事实不明，是假定有关事实存在而承认处理决定的效力呢，还是假定有关事实不存在，否定处理决定的效力？是对原告作出不利判决，还是对被告行政机关作出不利判决？对于这些问题法律必须预先作出规定，否则，法院将无从作出判决。这种由法律预先规定，在事实的真假虚实难以确定的情况下，由一方当事人承担风险及不利后果的法律假定，叫做举证责任。”

准确认定行政诉讼举证责任的性质所应当着重考虑如下两个因素：第一，行政诉讼当事人。只有当事人在诉讼中才能享有充分的被听取意见的权利，才享有承担举证责任的资格，当事人的诉讼地位是客观上影响和反映着举证责任的性质。原告承担推进责任，被告承担说服责任就与其诉讼地位有关。第二，诉讼结果。行政诉讼举证责任总是与特定的诉讼结果相对应。其中，说服责任与诉讼结果具有必然的因果关系，而推进责任也与特定的诉讼后果具有一定的联系。

我们认为，行政诉讼举证责任既是当事人的诉讼权利，也是当事人的诉讼义务。只有从诉讼权利和诉讼义务两个角度，才能够充分理解行政诉讼举证责任的法律性质。

首先，行政诉讼举证责任是当事人的诉讼权利。这是从主体的角度理解行政诉讼举证责任的性质所得出的结论。在对抗式审判制度中，为当事人提供充分的展示证据的机会，以让其感受到审判的公正性，是对抗式审判制度所追求的目的之一，而这正是行政法学理论上所说的当事人“被听取意见的权利”和“得到通知的权利”的起源。“当事人在离开法院时，应当能够感到他们已经说了所要说的，他们的情况已经以最好的方式进行了说明，而且他们将得到不偏不倚的法官的裁判。”因此，举证首先是当事人的一种权利，只有享有举证的权利即享有举证的资格，才谈得上承担举证责任的问题。摩菲在谈及举证责任的分担时认为，确定举证责任承担的条件有三个，其中第一个就是谁有权在审判中展示证据，即谁应当享受展示证据的充分机会，享有举证权利是当事人承担举证责任的基础。这正是权利说和权利义务说的合理之处，也是笔者认为行政诉讼举证责任是当事人的诉讼权利的根据所在。

其次，行政诉讼举证责任是当事人的诉讼义务。这是从诉讼后果的角度理解行政诉讼举证责任性质所得出的结论。举证责任是通常所说义务的变异形态，而不利裁判正是不履行这种义务的法律后果。反驳义务说的论点是，从权

利与义务的对应关系来看，义务说或者权利义务说有不足的地方。就一般的法理而言，履行义务是为了实现他人即权利人的权利，而举证责任则是为了自己的权利；义务必须履行，但是举证责任不以国家强制力为后盾，不一定非履行不可。“义务之履行，系为权利人之利益为之，故恒有权利人之存在。然举证责任之履行，系为举证人自己之利益，无所谓权利人之存在，当事人不尽其举证责任时，仅对自己不利，与其对反造为有利，殊难认定负举证责任之人不尽举证责任，系对何人违反义务。”“乍一看与义务相似，但是，它与义务有本质的不同。虽然应该认为是很强的义务，但是它是对自己负担的义务，不是对他人负担的义务。”

我们认为，法律义务有实体法义务和程序法义务之分，其中实体法义务与对方当事人的权利有直接的对应关系，是为实现对方当事人的权利而设定的；而程序法义务则是为当事人实现自己的诉讼权利而设定的，与对方当事人的诉讼权利没有直接的对应关系。从诉讼中的法律关系来看，当事人之间只有实体法律关系，而没有行政诉讼法律关系。因此，所谓当事人之间权利义务的对应关系只存在于实体法上，而不可能存在于诉讼程序上。在行政诉讼程序中，原告和被告的诉讼权利和义务就不对等，原告享有起诉权，但是被告不享有反诉权。行政诉讼当事人的诉讼权利只与自己的诉讼义务相对应，当事人不履行其举证责任的法律后果就是败诉或者可能丧失人民法院肯定其诉讼主张的权利。

由于行政诉讼原告的原始身份是公民，而被告的原始身份是国家行政机关，举证责任作为诉讼权利义务对原告和被告具有不同的意义。对原告来说，举证责任主要体现为权利，对被告来说主要体现为义务；不但如此，由于被告是行政权代表者，被告不仅仅要在行政程序阶段调查收集和审查判断证据，保证行政权合法有效行使；而且还应当在诉讼阶段，向人民法院提供证据证明行政权的行使是合法有效的。举证责任对被告来说不是一般的诉讼义务，而是法定职责，被告拒不出庭应诉、拒不向法庭提交证据、不能提供证据证明其具体行政行为合法的，都构成失职。

五、行政诉讼中举证责任与证明责任的区别

在研究行政诉讼的举证责任时，有些教科书和理论文章把举证责任与证明责任等同起来，认为行政诉讼中的“举证责任即证明责任”。在行政诉讼中，举证责任与证明责任虽然有一定联系，但二者有明显的区别：

首先，内容不同。按照我国《行政诉讼法》规定，举证责任的内容是：第一，在行政诉讼中，被告行政机关对自己的具体行政行为应当提供证据；第

二，被告行政机关提供的证据应当能够证明自己具体行政行为具有合法性；第三，被告行政机关对自己的具体行政行为如不能提供证据或提供的证据不能证明其具体行政行为具有合法性，则要受到不利的法律裁判。以上三个方面互相联系，共同构成了举证责任的内容。证明责任的内容是：第一，证明主体负有接受、收集或调取证据的责任；第二，证明主体负有审查判断证据的责任；第三，证明主体负有运用这些证据阐明和确认案件事实的责任。比较上述两个责任的内容可以看出，举证责任的核心是提出证据说明具体行政行为合法；证明责任的核心是审查、判断证据，认定案件真实情况。所以举证责任在被告行政机关提供出自己当初为具体行政行为所依据的“事实和规范性文件”即告完成，而证明责任则不同，它必须经过获得证据材料，审核、鉴定证据材料和依据可靠的证据材料作出裁判这样三个步骤，只有经过这样三个步骤，证明责任才算履行完毕。

其次，主体不同。举证责任的主体是被告行政机关。《行政诉讼法》第32条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任……”。被告行政机关的举证责任是基于行政机关的行政权而产生的。行政诉讼争执的焦点是行政机关作出的具体行政行为是否有合法依据。这个具体行政行为是行政机关在行使行政管理权的过程中单方面作出的，具有行政权力的行政机关对管理相对人的处理或处罚，无须取到相对人的事先同意，并且可以强制执行。而管理相对人对行政机关的具体行政行为所依据的事实和规范性文件并不完全了解，所以只能由被告行政机关来提供证据。规定被告行政机关是举证责任的主体是行政机关享有行政权的一个结果。证明责任的主体是人民法院，人民法院的证明责任是基于它的审判权而产生的。人民法院作为国家的审判机关，对行政诉讼案件行使审判权；人民法院为了正确行使审判权，必须对案件的真实性进行充分证明。审判的过程就是证明责任的履行过程。人民法院只有很好地尽了证明责任才能使案件得到公正地处理，才能维护当事人的合法权益。所以，人民法院成为证明责任的主体是它享有审判权的结果。有人认为在行政诉讼中，被告行政机关的举证起到了证明的作用，并就此认为，被告行政机关即是举证责任的主体，也是证明责任的主体。笔者认为，举证虽然有证明的作用，但不等于证明责任。如前所述，证明责任具有相互联系着的三个方面的内容，并且是基于法院的审判权所产生的，举证责任的主体在任何情况下都不能成为证明责任的主体。

第三，受限制程度不同。《行政诉讼法》第33条对举证作了如下限制性规定：“在诉讼过程中，被告不得向原告和证人收集证据”。这里所说的“诉讼过

程中”是指人民法院受理行政诉讼案件之后和作出判决之前的过程。行政诉讼争执的具体行政行为总是发生在诉讼过程之前，人民法院对具体行政行为的审查判断只能以“之前”的行政行为是否正确、是否合法为标准。如果准许行政机关在诉讼过程中向原告或证人作调查、收集证据就带有被漏洞的性质，不利于案件的公正处理。所以，在行政诉讼中的被告人不能自行向原告人和证人收集证据。而行政诉讼中的证明则不受此限制。人民法院正是在“诉讼过程中”履行证明责任的。

第四，目的不同。按《行政诉讼法》规定，举证责任人如不举证或不能充分举证，原则上人民法院不再收集证据，可直接做出被告行政机关败诉的判决。这种不举证则必然败诉的规定表明，举证责任的目的主要是为了维护举证责任人自身利益，行政机关如甘愿负担败诉的法律后果则可以放弃举证责任。规定举证责任的功效在于促使举证责任人积极举证。而证明责任的目的是维护当事人各方的合法利益，不管情况如何，人民法院都不能放弃这种责任。因为人民法院一旦放弃证明责任就无法正确地行使审判权。规定证明责任的功效在于促使人民法院正确认定案件事实，使案件得到公正的处理。

综上，行政诉讼中的举证责任和证明责任是具有明显区别的两个范畴。证明责任是基于审判权而产生的，由人民法院承担的用可靠的证据材料证明和确定案件真实性的责任，其目的在于促使人民法院正确办案保护当事人合法权益；而举证责任是基于行政权而产生的，由被告行政机关承担的向人民法院提供被诉具体行政行为所依据的事实和规范性文件的责任，其目的主要在于维护被告行政机关自身利益，促使行政机关积极举证。二者不能混为一谈。如果把二者不加区分地等同起来，必然会引起这样两种后果：或者是因阉割证明责任的丰富内容，而使人民法院的审判权简单化；或者是因扩大了举证责任的内容和效力，进而扩大了被告行政机关的权力。这两种后果都有碍于《行政诉讼法》的正确实施，不利于《行政诉讼法》促使行政机关依法行政任务的实现。

第二节　行政诉讼举证责任的分配

一、行政诉讼举证责任分配的根据

罗特斯坦因认为，确定举证责任分配的因素包括：诉讼便利性的考虑，双方当事人的举证能力，是谁打破了现存的法律状态，如果对有关争议问题没有

证明，在法律上什么应当认定为真实的，一方当事人提出的诉讼主张的反常性，诉讼理由是肯定性的还是否定性的，案件是否属于制定法或者一般诉讼规则的例外情形，以及诸如威慑（threat）之类的公共政策等等，这些因素都在考虑之列。参考罗特斯坦因的观点，笔者认为，在行政诉讼中确定举证责任的分配应当考虑如下因素：

（一）行政诉讼的目的

保护公民、法人或者其他组织的合法权益、维护和监督行政机关依法行使行政职权是行政诉讼法第1条明确规定的行政诉讼的三个目的。这三个目的一致要求行政机关对被诉具体行政行为的合法性承担提供符合法定证明标准本证的说服责任，而公民、法人或者其他组织只承担提供初步反证的推进责任。

被诉具体行政行为要么违法，要么合法，没有其他可能性。与此相应，关于证明被诉具体行政行为是否合法的举证责任的分配也有两种方案：一种方案是由原告对被诉具体行政行为违法承担说服责任，原告不能提供符合法定证明标准的证据证明被诉具体行政行为违法的，人民法院应当认定被诉具体行政行为合法。另一种方案是由被告对被诉具体行政行为合法承担说服责任，如果被告不能提供符合法定证明标准的证据，人民法院应当认定被诉具体行政行为违法。第一种方案明显违背行政诉讼的目的。原告不是被诉具体行政行为的作出者，不了解被诉具体行政行为的作出过程，特别是行政机关审查判断证据的过程；我国尚未实行美国那样的行政公开制度和情报自由制度，原告不能向行政机关了解必要的情况，调取必要的材料，其举证能力非常有限，要求原告提供充分确凿的证据证明他人（行政机关）的行为（被诉具体行政行为）违法，实际上是不可能的。另一方面，原告不能证明被诉具体行政行为违法，被诉具体行政行为不一定就合法。在原告不能提供充分确凿证据证明被诉具体行政行为违法的情况下，被诉具体行政行为仍然存在违法的可能性。人民法院如果据此判决维持，很可能放纵行政机关的违法行为。第一种方案不但不利于实现行政诉讼的三个目的，而且会损害人民法院的形象。

相比较之下，第二种方案是唯一合理的选择。被诉具体行政行为是被告作出的，被告对有关的情况最了解，具有充分的举证能力，应当对自己的行为承担全部的举证责任。被告不能提供充分确凿的证据证明被诉具体行政行为合法，既不是因为不了解有关的情况，也不是没有举证能力，而是因为在作出被诉具体行政行为之前没有调查收集到足够的证据，在法律上人民法院也只能作出这样的认定。由被告承担说服责任，不仅仅有利于督促被告严肃行政执法，提高行政执法水平，而且有利于督促被告保护公民、法人或者其他组织的行政

实体权利和行政程序权利。

（二）行政诉讼的性质

首先，我国行政诉讼具有“司法审查”性，体现这一属性的典型例证就是维持判决和撤销判决。行政诉讼的这一性质决定了被告对被诉具体行政行为承担说服责任。被告作出具体行政行为行使国家权力的结果，必须以事实为根据、以法律为准绳，遵循“先取证后裁决”的原则，在作出具体行政行为之前必须保证证据符合法定的证明标准，以行政程序阶段被告对其具体行政行为合法性承担全部的证明责任。行政诉讼是行政程序的上诉审程序，在行政诉讼中人民法院的作用首先表现为对已经形成的具体行政行为进行审查，而不是代替行政机关作出具体行政行为，审查具体行政行为合法性是人民法院调查收集证据的首要的目的，因此人民法院的调查职能对具体行政行为的合法性没有像在民事诉讼中对当事人举证那样的补充作用，人民法院调查的事实，只能用来证明具体行政行为违法，而不可能用于证明其合法。正是因为人民法院的调查活动对于作为当事人之一的被告的举证行为没有任何肯定性的补充作用，被告要证明其诉讼主张成立即具体行政行为合法，只有完全依靠自己的举证行为。行政诉讼的司法审查性使被告对被诉具体行政行为合法性和合理性的举证责任，不论行政诉讼法作什么样的规定，都必然成为说服责任。

其次，我国行政诉讼具有“行政执法”的属性，体现这一属性的典型例证就是调查职能和变更判决、履行判决。一方面，为了查明案件事实人民法院可以调查收集证据，不受当事人举证和请求的限制，这种调查活动与行政执法中的调查一样都具有单方面性。人民法院的调查职能使案件事实的真伪不明状态对行政诉讼举证责任的分配和裁判没有刑事诉讼和民事诉讼那样重要的意义。原告没有证明的案件事实，人民法院应当调查取证予以查明，不能因为原告没有证明就不去查明，因此原告的举证与诉讼后果没有必然的联系。另一方面，根据行政诉讼法第 54 条第 2 款第 3 项和第 4 项的规定，人民法院有权作出履行判决和变更判决。与维持判决和撤销判决不同之处在于，这两种判决在原告和被告之间确立了新的行政法律关系。为此，人民法院必须对案件事实进行全面的调查，既不受被告举证的限制，也不受原告举证的限制，原告和被告的举证对人民法院作出什么样的履行判决和变更判决没有决定性作用。在履行判决和变更判决中，人民法院不仅仅要查明具体行政行为违法（实然状态），而且要在此基础之上更进一步查明被告应当作出什么样的具体行政行为（应然状态），履行行政机关没有履行好的“行政执法”职能，我国行政诉讼因此具有“行政执法”的属性，是名副其实的行政的诉讼，与英美法系国家所说的单纯

的司法审查不同。我国行政诉讼的“行政执法性”是原告不承担说服责任的原因之一。

(三）行政诉讼的结构

举证责任是诉讼程序或者行政程序的一个组成部分，行政诉讼程序是举证责任的运行环境。这一运行环境对举证责任的分配具有深刻的影响，因此举证责任的分配总是与诉讼程序的结构存在着对应关系。

在我国以及外国的刑事诉讼法学上，诉讼结构与诉讼主体、诉讼职能、诉讼目的、诉讼价值的研究相互呼应，在我国其中每一个课题都有专著出版或者博士论文，形成了比较坚实的刑事诉讼基础理论。这一点，我国行政诉讼法学研究目前尚望尘莫及。诚然，由于行政诉讼的特殊性质，上述课题中未必都在行政诉讼法学上值得像刑事诉讼法学那样深入研究，但是不容否认，刑事诉讼法学的研究对于行政诉讼法学来说具有基础性质，可以用作认识行政诉讼的运作原理的引路石。正是出于这种考虑，笔者认为刑事诉讼结构理论是认识举证责任特别是行政诉讼举证责任的一个引路石。

世界各国的刑事诉讼结构大体分为对抗式结构（adversary system)、审问式结构（inquisitorial system）和混合式结构（hybrid system)。对抗式结构与审问式结构的区别表现在：第一，从诉讼主体来看，对抗式结构实行当事人主义，以当事人的诉讼活动为中心，当事人是诉讼的主角，而审问式结构实行职权主义，以职权机关的活动为中心，职权机关是主角。第二，从诉讼目的来看，对抗式结构追求形式真实主义，偏重于程序的公正性，注重对刑事被告人的保护，因此又称为正当程序主义；审问式结构追求实体真实主义，注重案件事实的客观真实，偏重于打击和惩罚犯罪。第三，从诉讼价值来看，对抗式结构特别注重程序本身所具有的公正价值，在价值权衡中将其置于首要的位置。程序的价值包括程序的内在价值、外在价值和次级价值。所谓内在的价值是指程序本身所当然或者说是天然具有的公正的属性，其核心标志是裁判者的中立原则和当事人的参与原则。所谓外在价值是指程序产生公正的结果，其辨别的标准是罪刑相应、罚当其罪。为了做到这一点必须有公正的程序的保障，因此公正的程序保障着和强化着公正的结果。所谓次级价值是指程序的积极性而言，即诉讼效率。与此不同，在审问式结构中，程序被视为实现打击目的的工具，其中心目的是执行刑事实体法，衡量程序价值的标准是打击犯罪的效果，程序本身没有独立的公正价值。总体来看，对抗式结构与程序本位主义理论相对应，而审问式结构与程序工具主义理论相对应。第四，从诉讼职能来看，在对抗式结构中，审判职能的内容比较单一，仅仅是居中裁判和消极的指挥，不进行庭

外调查即没有调查职能；在审问式结构中，法官一身多任，履行审判职能、指挥职能和调查职能。混合式结构兼有对抗式结构和审问式结构的特征。法国、德国等大陆法系国家的刑事诉讼大体属于审问式结构。而英美法系国家的刑事诉讼大体属于对抗式结构，日本和意大利属于混合式结构。相比较之下，我国刑事诉讼的结构基本上属于职权主义模式。

参考上述四个标准衡量，世界各国法院对行政行为进行审查的诉讼也可以分为职权主义模式（审问式结构）和当事人主义模式。一般来说，凡是实行司法审查制度的国家都属于当事人主义模式，而实行行政诉讼制度的国家都属于职权主义模式。

对行政诉讼举证责任的研究离不开对行政诉讼程序结构的分析。从世界各国来看，行政诉讼大体可以分为当事人主义模式和职权主义模式。当事人主义模式的特点是：第一，从证据的范围来看，一切行政诉讼证据都由当事人向法庭提交，法院不从事法庭之外的调查取证活动，仅仅根据当事人提出的证据作出判决。第二，从审查的范围来看，法院往往对“自由”裁量问题作有限的审查，而对纯技术性问题不审查。被诉行政行为被撤销的，由行政机关重新处理，法院不取而代之作出新的判断，不主动形成新的行政法律关系。司法权对行政权保持充分的“尊重”，只进行有限的干预，法院仅仅履行“司法”职能，而不履行“执法职能”。正因为这一点，实行当事人主义模式的国家都将行政诉讼称为“司法审查”。与此相应，职权主义模式的特点是：第一，从证据的范围来看，行政诉讼证据既包括当事人提出的证据，也包括法院自己调查收集的证据，法院认定案件事实的证据不受当事人举证的限制。第二，从审查范围来看，法院可以对“自由”裁量和纯技术性问题进行全面的审查，对行政权进行全面的干预。被诉行政行为因违法被撤消的，法院可以代替行政机关作出判断，形成新的行政法律关系。法院既履行“司法”职能，也履行“执法”职能。正因为这一点，实行职权主义模式的国家都将行政诉讼称为“行政诉讼”。诉讼模式的不同对行政诉讼举证责任的分配起着至关重要的影响，在实行当事人主义模式的国家，行政诉讼举证责任的分配往往实行“谁主张谁举证”的原则；而在实行职权主义模式的国家，举证责任的分配实行“举证责任倒置”原则，被告行政机关在一般情况下都承担说服责任。

总得来说，职权主义模式的中心特点是强调法院的主导作用，法官集调查职能、指挥职能、审判职能于一身，例如德国行政法院法第 86 条规定：“法院以职权调查案情，同时传唤参与人，法院不受参与人提出的意见和证据要求的约束，……审判长应当消除程序的缺陷，阐明含糊的请求或者提出有关的请

求，补充不完整的事实陈述，作出其他一切有关案情决定及其判断的重要解释。”我国行政诉讼法第34条规定：“人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。人民法院有权向行政机关以及其他组织、公民调取证据。”当事人主义模式的中心特点是强调当事人特别是律师的作用，司法审查原则上适用民事诉讼程序。例如，美国司法审查法第2347条第2款第3项规定：“当事人并未要求举行听证会且已提出重要事实的真正争议问题时，将诉讼移交给申请人居住地或主要营业地的地方法院审理。地方法院审理这类案件的程序就适用联邦民事诉讼程序规则。”

在证据学理论上，研究诉讼结构的意义在于从法院与当事人在诉讼证明的相互关系角度认识举证责任的分配和标准等问题。在职权主义模式中，法官履行调查职能，当事人的举证活动并非查明案件事实的唯一手段，其举证负担大大减轻。这正是我国行政诉讼原告仅承担推进责任的主要原因。在当事人主义模式中，法官对案件事实的了解完全取决于当事人的举证，当事人的举证负担不亚于法院的审查证据负担。因此，在实行司法审查制度的国家，公民、法人或者其他组织无论是在行政程序中作为行政管理相对人，还是在司法审查中作为原告，不仅要承担推进责任，而且还要承担一定的说服责任。

（四）当事人提供证据的可能性

可能性是指当事人提供证据的能力。在这一方面，英美法系国家刑事证据理论关于确定当事人举证能力标准的观点值得借鉴，有如下两个：

首先，证据应当或者事实上为哪一方当事人所掌握和控制。刑事被告人虽然不承担证明自己无罪的说服责任，但是一般认为被告人对其所控制和掌握的有关自己情况特别是自己在犯罪行为发生时的精神状态承担提出证据的责任。在加拿大1985年的一个刑事案件中，被告人被指控危险驾驶和不遵守停车命令。被告人辩称在事件发生的当时，他没有意识，不能控制其行为，纯属自发事件，因此自己是无罪的。对这个辩护理由，Goddard勋爵认为：“正如案件事实所表明的那样，（被告人）驾驶是需要运用技术的行为，因此毫无疑问，证明处于自发性状态的责任应由被告人承担。这不仅与精神失常的辩护理由相通，而且是证据法上的规则之一，即为一方当事人所独占掌握的事实，由该方当事人主张时，举证责任由其承担。当然，被告人承担举证责任所应符合的条件不应当比公诉人严格。”Devlin勋爵也认为：“如果（被告人主张的）是法律意义上的精神失常，确定证明责任自始至终由被告人承担是适当的。但是也必须承认，在刑事法律上被告人承担的只是较轻的提供证据的举证责任，这并未解除公诉人必须在最后证明构成犯罪行为的各项事实（犯罪构成要件事实）的

证明责任。”虽然 Goddard 勋爵和 Devlin 勋爵对刑事被告人承担举证责任的程度是推进责任还是说服责任存在着一定分歧，但基本方面是一致的，即刑事被告人应当对由其控制和掌握的本证承担提出证据的责任。

其次，由哪一方当事人承担举证责任所造成的困难最小。在诉讼进行过程中，有的证据到底应当或者实际上由哪一方当事人控制和掌握难以作出准确的判断，在这种情况下，法官可以根据实际情况判断哪一方当事人举证的困难最小，并据此确定由该方当事人承担举证责任。在英国 1816 年的一个刑事案件中，Ellen Borough 勋爵指出：“我想法律规定了十种需要证明的条件，……被告人辩称的正是这一点，如果这样，就不存在作出有罪判决的任何道德可能性了。难道普通观念没有表明证明责任应当由通过证明免责条件才能够进行有效辩护的人来承担吗？…证明（免责条件）对一方当事人（公诉人）来说几乎是不可能的。”按照司法正义的当然要求，公诉机关不仅要证明犯罪构成要件的各项事实，而且还应当证明对被告人有利的情况，但在很多情况下完全由公诉人证明对被告人有利的情况不仅仅是非常困难的，而且实际上使刑事诉讼无法有效地进行。由被告人对有利的情况承担一定的举证责任是必要的，因为被告人为此所遇到的困难远远小于公诉人的困难。完全由公诉人承担一切举证责任对司法效率和司法正义都不利。

上述两点对行政诉讼举证责任分配的参考意义是，被告是被诉具体行政行为的作出者，掌握和控制着证明被诉行政行为的合法性的所有的证据，具有完全充分的举证能力；而原告实际上掌握和控制着对自己有利情况的一些证据，由他们承担相应的举证责任是合乎法理的。在一些证据由被告提供会给被告造成巨大的困难，而由原告提供则比较容易时，正如行政许可案件和不作为案件中经常出现的情况那样，审判人员根据实际情况确定由原告承担举证责任（推进责任）是司法正义和司法效率的要求。

（五）当事人提供证据的必要性

对当事人承担举证责任的必要性可以从下述三个方面分析：

首先，行政诉讼举证责任的分配也应当符合“谁主张谁举证”的原则。主张是指积极的主张而不是消极的否定性主张。行政诉讼原告表面上处于积极主动的地位，所提出的主张是积极性的，但实际情况正好相反，原告有关被诉行政行为合法性和合理性的主张，基本上属于否定的性质，而被告的主张则基本上属于肯定的性质。对此，既不能局限于诉讼主张提出的时间先后，也不能局限于诉讼主张的表面措辞，而应当根据诉讼主张的实质进行判断。“我始终将其理解为一个一般规则，即：如果一方当事人对另一方当事人所掌握的情况作

出了否定声明，另一方当事人对此作肯定性主张的，应当承担证明责任，作否定性主张的人不应当承担。”在行政诉讼中，原告对掌握在被告的手中的有关被诉行政行为合法性或者合理性的证据提出的主张是否定性的。

其次，败诉的风险的客观存在也促使当事人举证。对于被诉行政行为的合法性或者合理性，原告不承担说服责任，但是，如果被告提出的证据构成了证明被诉行政行为的表面证据（Anscheinsbeweis)，原告在这种情况下如果不提出任何反证，败诉的风险无疑会大大地增加。“虽然说服负担总是在公诉人一方，但公诉人可以通过提交初步证据将证据责任推卸到被告人一方。如果出现这种情况，刑事被告人同民事被告一样，须承担以充足证据为根据的不利裁判的风险。尽管他可以决定仅仅等待判决结果，但是提供证据却是明智的选择。”这是对刑事诉讼被告人的忠告，但对行政诉讼原告是适用的。这正是有人认为行政诉讼原告应当“有所作为”或者“并非无所作为”的根据。

再次，当事人承担举证责任是查明案件事实的需要。在德国诉讼法学理论上，由于调查原则（Untersuchungsmaxime）和“无法官即无诉讼”原则的影响，当事人承担举证责任被视为是协助法院查明案件事实的必要手段，在查明案件事实方面，法官和当事人之间存在着配合的关系。法官承担阐明职能（Aufklarungspflicht，直译为说明义务)，将系争问题加以总结并告知当事人，当事人根据法官的指示举证，负有说出真实情况的义务（Wahrheitspflicht)，审理活动从一开始就朝着既定的目标进行。我国可以完全借鉴德国的经验，哪一方当事人举证对查明行政案件的真实情况有利，就可以确定由哪一方当事人承担相应的举证责任。被告对被诉具体行政行为的合法性和合理性承担说服责任显然有利于查明案件事实，如果由原告举证更有利于查明案件的特定事实的，原告就应当承担提出证据的责任（推进责任)。

（六）行政程序证明责任和举证责任

行政诉讼举证责任的分配与行政程序证明责任和举证责任具有对应关系。行政机关在行政执法程序中的证明责任构成了在行政诉讼中承担说服责任的基础，对行政机关来说，行政诉讼举证责任实际上是其行政程序证明责任的延续；而公民、法人或者其他组织在行政执法程序中承担的举证责任构成了它在行政诉讼中承担推进责任的基础。

（七）推定和司法认知

在法律设定了推定的情况下，因推定而获得利益的一方当事人免除举证责任，而反驳推定的另一方当事人则应当承担推翻推定的举证责任；如果人民法

院以司法认知的方式直接认定某一个案件事实的真实性，因司法认知而获得利益的一方当事人免除举证责任，而反驳司法认知的另一方当事人则应当对此承担举证责任。推定和司法认知是举证责任分配中的一个调节器。当然，推定和司法认知是行政诉讼证明的一种手段，其作用不限于影响举证责任的分配。

二、行政诉讼被告的举证责任

（一）行政诉讼被告的举证责任是由行政程序证明责任转化而来

1. 行政程序证明责任

被告在行政程序中是职权机关，对具体行政行为的合法性和合理性承担证明责任。

关于行政程序证明责任，德国的经验值得借鉴。德国行政程序实行职权原则（Prinzip des Amtsbetreibs），在证明上实行调查原则（Untersuchungsgrundsatz），包括三个方面的内容：第一，行政机关自主确定调查的范围。行政机关对于一切于本案有关的事实均有义务进行调查，但是，调查的范围如何可以“自由”裁量决定，不受当事人请求和提出的证据的约束。第二，自主确定调查的方法和时间，不受当事人的约束。行政机关可以采取单方面调查、听证式调查、调取文书和案卷、实地勘验等调查方式，一切当事人和证人都有配合协助的义务。第三，行政机关必须重视当事人提出的证据和请求，不得以当事人的请求或者证据不合法为由予以拒绝，当事人有权参与调查。对于当事人行政机关负有教示义务（其实质是阐明职能），如果当事人提出的请求或者证据方式不适当，行政机关应当告知当事人如何进行纠正。总之，行政机关是行政程序的主人，享有调查裁量权，对证据问题负有全面的调查收集和审查判断的责任。

我国虽然没有统一的行政程序法，但行政机关在行政程序中的地位与德国没有差别，属于职权主义模式。行政处罚法对行政机关调查的方式和范围作了一些规定，非常笼统。不少地方性法规规定了行政机关调查的原则。例如《福建省行政执法程序规定》第22条规定，“对已经立案的案件，行政执法机关应及时组织调查取证。凡能证明案件真实情况的一切事实都是证据。证据必须经过查证核实。行政执法机关调查、收集证据，应遵循合法、客观、全面、及时的原则，既收集对相对人不利的证据，也收集对相对人有利的证据。凡了解案件事实的公民、法人和组织，都有作证的义务。”可以看出，除了没有明确规定阐明职能之外，我国行政机关也有广泛的裁量权，在行政程序中处于主导地位，对具体行政行为的合法性和合理性承担证明责任，包括：第一，取证责任。行政机关应当调查收集为执行法律所必要的证据，有权自主决定调查时

间、调查范围和调查方式，不受当事人请求的约束，但是，应当重视当事人的请求和举证，不得以不合法为由而直接拒绝接受——对于当事人的举证活动行政机关负有教示的义务；调查程序必须合法。第二，审证责任。即审查判断证据的义务。行政机关对于有利于和不利于当事人的一切证据都应当予以注意，全面审查；明确区分可定案证据和一般证据。第三，认证责任。行政机关必须在审查判断证据的基础上进一步根据实体法律规定认定案件事实，从而使案件事实符合法定的证明标准。

2. 行政诉讼被告承担说服责任

由于行政诉讼的司法审查性以及举证能力和举证的必要性等原因，被告对被诉具体行政行为的合法性和合理性稳定地承担说服责任，大体有三种情况：一是对与被诉具体行政行为合法性有关的事实承担说服责任，二是对行政处罚合理的事实和不履行法定职责具有合法理由的事实承担说服责任。这两种情况与行政程序证明责任具有明显的一致性。三是对原告起诉是否达到或者超过起诉期限提出异议的，承担说服责任。对程序法事实承担说服责任是被告说服责任的例外情况，对此，最高人民法院《关于贯彻实施〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第29条规定："对原告是否超过起诉期限有争议的，由被告负举证责任。"有人认为，行政诉讼被告对原告没有达到起诉期限的事实也要承担举证责任（说服责任）。从实际情况来看，由被告对原告是否达到或者超过起诉期限的事实承担说服责任是合理的。原告行使诉权的期限从其知道或者应当知道诉权之日起算，而告知诉权的事实材料是认定起诉期限的关键证据。由于被告在作出被诉具体行政行为时负有告知原告诉权的义务，这个证据只能由被告提供。如果被告对原告起诉期限提出异议，而又提不出充分确凿的证据，只能说明被告没有告知或者没有按照法定程序告知原告诉权，起诉期限只能从原告实际起诉之日起算。

行政诉讼说服责任最为突出的特点是恒定性，始终由行政机关承担。对行政诉讼举证责任的恒定性的认识不能限于我国行政诉讼，在其他国家行政机关既可以作行政诉讼原告，也可以作行政诉讼被告，但都要对被诉行政行为的合法性和合理性承担说服责任，行政机关在行政诉讼中承担说服责任与其作原告还是被告没有必然关系。对行政诉讼举证责任恒定性的原因可以从行政机关作为行政权的代表者身份的角度分析。在宪法上行政机关是代表国家行使行政权的一类国家机构。"行政权的代表者"是行政机关其他一切法律身份的基础，此身份永远不丧失——这就如同自然人不会丧失公民身份和法律主体身份那样，是从成立时就具有的身份。在行政管理活动中行政机关是行政主体（管理

者），代表和维护行政权；在行政诉讼中行政机关作为当事人（原告或者被告）仍然要代表和维护行政权。行政机关对被诉具体行政行为的合法性和合理性承担说服责任是权责统一的要求，说服责任因此具有法定职责的性质，拒绝出庭应诉属于失职行为。

（二）被告行政机关的举证责任

1．被告行政机关负举证责任

我国《行政诉讼法》颁行前后，法学界和实践中的流行观点之一是认为行政诉讼的举证责任，双方当事人都负担，但行政机关负主要举证责任，原告负次要举证责任。这种认识，同设置举证责任制度的目的是相悖的。因为，双方都有举证责任，而且“主要”、“次要”又是不确定的概念，在案件事实难以查清的情况下，将会出现主要、次要责任难定，胜诉败诉难分，法院难以结案的局面。

因此，《行政诉讼法》第32条关于举证责任的明确规定，没有采纳“主要”、“次要”的认识，更不是双方平均负担举证责任，而是确立“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”这一规定，应当是我们认识行政诉讼的举证责任时所应遵守的法律根据。

2．行政诉讼法规定“被告负举证责任”的原因

行政诉讼法确立“被告负举证责任”，其原因，具体表现在以下四个方面：

（1）这是落实原被告双方在行政诉讼中法律地位平等的基本原则的必然要求。

举证责任，是一种法定义务。为什么这种义务只由被告履行，而不由原告履行呢？如前所述，作为行政诉讼被告人的行政机关，与作为行政诉讼原告人的公民、法人或其他组织，它们在行政法律关系中居于不平等的地位。因此，如果在行政诉讼中，象要求在民事法律关系中居于平等地位的民事诉讼原被告双方那样，也规定举证责任（义务）对等，由双方承担，谁主张谁就举证，那么实际上就无法保证双方在行政诉讼中的法律地位平等。只有明确在实体法律关系中单方面就有权作出具体行政行为的行政机关，在行政诉讼中也应单方面承担举证义务，排除原告方的举证义务，才能确保原告方与被告方在诉讼中真正做到“法律地位平等”。

（2）这是行政机关应当依法行使行政权力的必然要求。

尽管行政法律关系中双方地位不平等，但是从依法行使行政权力的社会主义法制原则来说，作为行政权执掌者的行政机关，在单方面作出具体行政行为

时，应当具备法律、法规所规定的事实与法律根据，不应当毫无根据地恣意妄为，在行使行政职权的同时，必然要承担相应的行政责任。因此，在因具体行政行为引起争论被诉诸法院时，被告的行政机关理应承担举证责任，提供事实证据和法律规范根据，证明自己是依法行使权力。

(3) 这是行政机关在客观上具备较强举证能力的必然要求。

在行政法律关系中处于主动优越地位的行政机关，拥有广泛调查取证的权力和手段，有足够的人、财、物力收集到作出具体行政行为的各种事实证据，掌握各种行政管理法律规范性文件。而处于受管理的被动地位的公民、法人或其他组织，尽管有义务“提供或者补充证据”，但举证比较困难，举证能力客观上远不如行政机关，这是由其欠缺知识水平、技术手段、检测工具等，以及不熟悉、不掌握法律规范性文件等条件所限制的。因此，在行政诉讼中，由行政机关单方负举证责任，而不是由原被告双方共同负担，符合行政管理的客观现实，与行政机关能力相适应，比较合理可行。

(4) 这是行政机关活动应接受人民群众监督，增加行政工作透明度的必然要求。

党的十三大报告明确指出：“要发扬‘从群众中来，到群众中去’的优良传统，提高领导机关活动的开放程序，重大情况让人民知道，重大问题经人民讨论。”根据这一原则，近年来在行政管理活动中形成了政务公开制度，即凡行政机关的对外职务行为，除法律明文规定应保密者外，一律向人民群众公开，接受社会监督。因此，行政机关在行使行政职权进行管理时，虽然可以单方面作出具体行政行为，但是在行政诉讼中，它就有责任说清楚这一具体行政行为是凭借何种事实、根据哪条法律法规、按照什么程序而作出来的，当着法庭上旁听群众、新闻舆论工具，公开自己的政务活动过程，接受群众和舆论的监督。可见，行政机关负举证责任，乃是按照党的十三大精神，增加行政工作透明度，接受人民监督，防止滥用行政权力的必然要求与现实体现。

(三) 行政诉讼被告承担举证责任的限制

1. 对行政诉讼被告承担举证责任实行法定限制的表现

行政诉讼法虽然规定行政机关负举证责任，应当提供作出具体行政行为的证据和所依据的规范性文件，但是同时亦规定：“在诉讼过程中，被告的行政机关不得自行向原告和证人收集证据。”(第 33 条)

从这条规定中，可以看出行政诉讼法对行政机关负举证责任的法定限制有三点：

(1) 时间上的限制。即对于行政机关在诉讼过程中的取证行为加以限制，

对于其在诉讼过程外的取证行为则不作此限制。这里的诉讼过程中，也就是从原告起诉，法院受理立案之日起，至法院生效裁定或判决下达之日止的这一段诉讼期间。

(2) 对象上的限制。在诉讼过程中，行政机关的取证对象为原告，为证人者，须受限制，而对于取证对象为原告、证人以外者，不受限制。如收集鉴定结论，重新检验物证等。

(3) 权力上的限制。行政机关在诉讼过程中，没有对原告、证人收集证据的自主决定权，不得自行向这些人取证。否则，取证行为无效。如果确需向原告、证人补充调查取证的，需经法院准许后，才能进行。

2. 对行政诉讼被告负举证责任实行法定限制的原因之所以既要行政机关负举证责任，又要加以必要的限制，其原因有以下几点：

(1) 是由行政诉讼举证责任的特殊性所决定的。按行政诉讼法对举证责任内涵的规定，在原告起诉、法院立案后，作为被告的行政机关即应对被诉具体行政行为负举证责任，而该被诉具体行政行为，是在诉讼前所发生的，因此行政机关应向法院提供的证据，只能是在作出该具体行政行为当时所应当收集到的各种事实证据和所依据的法律规范根据，而不能是在此之外的新的事实证据。否则，行政诉讼法关于举证责任条文的规定将会成为一纸空文，无法贯彻执行。因此，为了保证切实落实被告负举证责任的规定，就有必要限制被告负举证责任的行为，防止"上有政策，下有对策"的行政常见瑕疵影响、干扰、破坏法院对具体行政行为合法性的及时审查。

(2) 是由行政案件及时审理的特点所决定的。行政诉讼法为保证法院及时审理行政案件，改变了过去按照民诉程序审理行政案件没有法定期限的状况，明确规定了起诉立案、审理、执行各诉讼阶段的时间限制。作为被告的行政机关，应当在收到法院送达的起诉状副本之日起 10 天内履行举证责任和书写提交答辩状。不提出答辩状的，不影响法院的审理。但无法在法定期限内向法院提出作出被诉具体行政行为的证据和所依据的规范性文件的，则将受法院的不利裁判。如果不对被告负举证责任实行限制，任期拖延时日，必影响行政案件的及时审理。当然，在法院根据主要证据不足，或适用法律法规错误，或违反法定程序等理由而判决撤销或部分撤销被诉具体行政行为之后，行政机关还可以根据新的事实和理由重新作出具体行政行为。

(3) 是行政行为必须依法定程序进行的原则所决定的。任何行政机关在进行行政行为时，都应当按照法律法规所规定的行政程序进行，不得违反，这是我国行政法近年来随着行政管理科学化发展而产生的一项重要原则。行政程序

中，行为顺序规范相当重要，行政机关在做出行政行为时，必须依法定步骤进行，在顺序上不能颠倒或任意取舍。比如公安机关在对违反治安管理者做出较重处罚时，应依《治安管理处罚条例》第 34 条规定的四个步骤依次进行：传唤→讯问→取证→裁决。如果公安机关先作出裁决，未曾取证，待原告人起诉后，再传唤原告人来讯问，向证人取证，这就意味着，公安机关作出治安管理处罚行为时，已经颠倒、取舍法定的行政行为顺序，那么根据《行政诉讼法》第 54 条第（二）项规定，法院有权以违反法定程序为理由作出撤销判决。如果允许被告行政机关在诉讼过程有权自行向原告和证人收集证据，就有可能纵容行政机关违反行政程序任意用权的违法行为，这是行政法的原则所不允许的。

（4）是确保当事人诉讼中法律地位平等原则所决定的。前已述及，在行政法律关系中被告行政机关与原告公民、法人或其他组织的地位是不平等的，因而为确保原先处于不平等地位的双方当事人在行政诉讼法律关系中处于平等地位，不仅需要由被告行政机关负举证责任，而且还需要对其负举证责任给予必要限制。从而，避免行政机关在行政诉讼过程中，通过自行向原告和证人收集证据的机会，利用行政权对原告和证人施加压力，为其提供有利证据甚至伪证，造成双方在诉讼中法律地位实际不平等状况。

（四）被告负举证责任，并不排除原告举证

行政诉讼法将举证责任交被告承担，并不否定原告举证。原告人为维护自己合法权益，而向法院提起诉讼时，应具备的法定条件之一，便是要有能够证明诉讼请求的事实根据。同时，原告人还应按照要求提供或补充证据。如果原告人对自己的请求都不能或不愿举证，那么诉讼将无法开始，原告实际上也就是无效果的起诉。

当然，由于原告依法不负担行政诉讼的举证责任，因而，原告的举证与被告的举证在性质上和最终后果上不能相提并论。被告举证是法律规定的责任，原告举证则是法律赋予的权利，他认为某事实对自己有利，即可向法院提供，他所提供的证据不足以证明诉讼请求正确时，不一定导致不利己的裁决。

（五）行政诉讼中被告举证责任的特征

我国《行政诉讼法》第 32 条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”因此认识行政诉讼中被告举证责任的特征，其意义是不可低估的。

行政诉讼中被告举证责任的特征，笔者认为有三点：

第一，行政诉讼强调了作为被告的行政机关的举证责任，而将法院的调查取证置于较次要之位置。

我国《民事诉讼法》第 64 条规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据"。"人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集"。十分明显，民事诉讼之中当事人既不能不负举证责任，人民法院也不可因为当事人的举证责任而放弃收集和调查证据。当事人的举证与法院的调查取证是同时存在的两个取证途径，两者从立法上的主次并无十分明显的区分。

行政诉讼中被告的举证责任与此截然不同。我国《行政诉讼法》第 32 条规定："被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件"。《行政诉讼法》第 34 条规定："人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。"十分明显，在行政诉讼法中并没有要求人民法院如同在民事诉讼中那样，去主动收集证据和调查证据。之所以如此，这是由于行政诉讼的特征所决定的，是由行政诉讼中人民法院着重审查被告的具体行政行为是否合法的任务所决定的。

第二，行政诉讼中被告的举证责任是由被告单方面承担的。在民事诉讼活动中，其举证责任是当事人均有的，各方当事人对自己的主张都负有举证的责任，此种责任是双方或多方的。而在行政诉讼活动中，其举证责任是由作为被告的行政机关单方面承担的。这是《行政诉讼法》的立法目的所决定的。《行政诉讼法》是为了保护公民、法人和其他组织的合法权益，为了限制政府个别工作人员越权、滥用政府权力而设置的。《行政诉讼法》的立法目的如此，所以在行政诉讼中被告的举证责任是单方面的，而且是一种加重了的义务。这种加重了的被告举证责任是必要的，它有利于促使行政机关提高"依法行政"的水平，遵循"以事实为根据，以法律为准绳"的原则，切实做到"先取证、后裁决"，避免滥用政府权力现象的发生。反之，行政机关将承担败诉的法律后果。例如：某市中级人民法院受理一起街道办事处不服市城乡建设规划管理局（以下简称"市规划局"）行政处罚一案即是如此。街道办事处为解决职工住房困难，申请建设综合楼，经市计委批准，在街道办事处依法取得土地使用权后，市规划局为其出具了（91 - 200）"红线图"。而后，某长途线务站根据省邮电管理局文件规定的"光缆数字通信系统"设计定点要求，申请在街道办事处尚未开工的用地范围内建设"光缆中继站"。市规划局会同市土地局依照法律规定于 1991 年 7 月 15 日召集两家用地单位举行了调整用地座谈会。两用地单位就调整用地事宜达成了口头协议，但没有制作调查用地协议书。市规划局

即根据座谈会的精神及原则重新出具了（92－133）号调整用地“红线图”，并将“红线图”分别送达两用地单位，但由于办事人员的疏忽，用地单位没有在送达回证上签字。而后，街道办事处仍按（91－200）号“红线图”施工，长途线务站即到市规划局投诉其侵害了土地使用权。据此，市规划局作出了行政处罚决定书，令街道办事处限期拆除违章建筑 80m^2。街道办事处不服，申请复议，市城建委维持了行政处罚决定书，故成讼。此案诉讼期间，街道办事处否定调整用地座谈会曾达成口头协议，又称没有收到（92－133）号调整用地“红线图”，市规划局的处罚没有事实根据，因而法院要求市规划局举证，提供调整用地协议书或送达调整用地“红线图”的证据，由于市规划局没能举证，导致败诉。可见这一特征在立法上及司法实践中都是很重要的。

第三，行政诉讼中被告举证责任不限于法律事实，法律、法规及规范性文件，而且包括技术规范。

我国《民事诉讼法》规定的举证责任的范围仅限于证据，限于法律事实，要求当事人提供足以证明案件真实情况的材料，并没有规定由当事人向法庭提供有关法律、法规依据及技术规范，适用什么法律法规是属于人民法院的职责。而行政诉讼被告的举证责任，不仅要提供作出具体行政行为的证据，而且要提供作出具体行政行为所依据的规范性文件以及诉讼活动中所涉及的技术规范。这十分明显地扩大了举证责任的范围，增加了举证的难度，加强了行政单位的责任。例如：某市一审法院受理李某等二十八位居民请求撤销市规划局已发给市人民医院在人民路 91 号楼南侧的“临时建设工程许可证”一案即是如此。市规划局根据市人民医院职工住房十分困难的实际情况及其申请，同意市人民医院临时建设一层简易房，出具了“红线图”，核发了《临时建设工程许可证》。当市人民医院组织施工时，居民捣毁了施工现场，填埋了墙基。居民代表静坐市规划局“请求”撤销《临时建设工程许可证》，后被驳回。二十八位居民以市规划局核发给市人民医院在人民路 91 号楼南侧的《临时建设工程许可证》的建设工程违反设计规范，影响其通风采光及生命健康为由提起行政诉讼，要求撤销《临时建设工程许可证》。为此，市规划局不仅向法庭提供了作出具体行政行为的法律、法规等规范性文件，为了证明其设计符合技术规范，市规划局还向法庭提供了《城市总体规划》及与通风、采光、间距等有关的技术规范。一审法院到施工现场进行了实地测量，经审理后维持了市规划局核发的《临时建设工程许可证》。二十八位居民不服提起上诉，二审法院驳回上诉，维持原判。

（六）行政机关不举证及法院对策

在行政诉讼中，被诉的行政机关不举证，给人民法院审查具体行政行为带来障碍，直接影响着人民法院在法定期限内审结案件，延误审限，不能及时审结案件。因此，在行政诉讼中，如何排除行政机关不举证而产生的困难，使行政审判顺利进行，是我们必须认真加以研究和解决的问题。

被诉的行政机关不举证的“理由”很多，但归纳起来主要有以下三种：一是行政机关认为管理相对人没有执行具体行政行为而不举证。如，一位个体工商户对税务机关经过复议的决定（复议机关没有明确要求该个体工商户执行原决定就送达了复议决定书）不服，在法定期限内起诉到人民法院，法院决定受理后，税务机关不举证。其理由是这位个体工商户没有按照处理决定补交应纳税款、滞纳金及罚款，违背了不停止执行的原则；并且指责人民法院不应受理此案，要求人民法院裁定不予受理。二是行政机关认为没有作出任何具体行政行为而不举证。如，某公民在公路旁与他人聊天，被公路上一辆胶轮拖拉机上装的铁管刮撞，他当即追上同去医院检查，没发现外伤及病变。事后该公民得脑积水住院一年多而要求交警机关保护。交警机关经调查、鉴定后用调查报告形式认定“王病与外伤无关，不予按交通肇事程序处理和经济补偿”，相对人不服起诉到人民法院。交警机关以没作出任何具体行政行为为由不予以应诉。显然，此案以没作出任何具体行政行为为由不举证是错误的。三是行政机关认为原告起诉后，行政机关已撤销行政决定，因而不举证。如，某个体工商户1981年6月经城建处批准建20平方米临时经商用房，但临建时偏离了城建指定位置，占了规划道且使用5年只交11个月临建费。1986年曾被吊销了临建许可证，但该个体户继续使用。1990年9月，城建处据《城市规划条例》第32条规定分别用《调查处理意见》和《关于拆除某临建房促裁书》决定拆除临建房，该个体户不服，起诉到人民法院，法院送达应诉通知书后，行政机关以原具体行政行为所依据《城市规划条例》已无效，告知法院他们决定撤销原行政决定，并以此作为不举证的理由。根据《行政诉讼法》第51条规定，在原告尚没申请撤诉，人民法院也没有裁定准予撤诉前，被诉行政机关不应诉、不举证，是违反诉讼程序的。其实质是拒绝人民法院对行政机关的具体行政行为审查，阻挠人民法院审理行政案件。

人民法院审理行政案件时，被诉的行政机关不举证，应采取何种对策？有人主张，可以认定行政机关作出具体行政行为的证据不足，且被诉行政机关不举证，也应承担不举证的后果责任。对此应依据《行政诉讼法》第54条第1款第1项第1目的规定判决撤销具体行政行为。笔者不敢苟同。根据《行政诉

讼法》第52条和54条规定，人民法院审理行政案件应当经过审查，根据情况作出不同的裁定或裁决。如果只因为被诉的行政机关不举证，而轻易作出撤销的判决，将会产生两种法律后果，既不利于依法行政，也不利于保护管理相对人的合法权益。从前面列举的被诉行政机关不举证的第一个“理由”例举的案例中可以看到，行政机关强调因管理相对人不执行原具体行政行为而不举证。税务上级机关经过复议并作出了复议决定，因此人民法院判决维持的可能性很大，在这种情况下，轻易作出撤销判决很可能将行政机关处理正确的具体行政行为撤销，应该支持而没有支持行政机关依法行政。从第二个“理由”例举的案例中可以看到，行政机关认为没有作出任何具体行政行为而不举证，其实质是他们认为已经作了法医鉴定，“工病与外伤无关，不予按交通肇事程序处理和经济补偿”的决定，是根据这个法医鉴定作出的。但是我们经初步审查，认为有重新作出鉴定之必要，新的鉴定，将会带来两种结果，一是原鉴定正确，则行政机关的决定也是正确的；二是原鉴定错误，那么人民法院将会判决重新作出具体行政行为或者判决限期履行法定职责。可见，此案例中无论那种结果，都与判决撤销产生的结果相反，其结果势必起到支持行政机关依法行政的积极作用。因此，笔者认为，被诉行政机关因故不举证，就轻易判决撤销，是违背了“保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权”的立法宗旨的。

根据上述分析，笔者主张：在被诉行政机关因故不举证时，首先复查该案是否符合起诉和受理条件；经确认应当受案时，人民法院应当依据《行政诉讼法》第34条第2款和第49条第1款第2项的规定行政职权，向被告调取证据；经调取后，被告无证或证据不足，则人民法院应判决撤销。因此，只有经过向被告调取并认真审查证据，再作判决，才能体现人民法院通过审查行政案件，实现“保护”、“维护和监督”的根本任务，才能保证人民法院正确、及时审理行政案件。

三、行政诉讼原告的举证责任

行政诉讼原告的举证责任与行政程序举证责任具有一定对应关系。原告在行政程序中称为相对人，相对人承担举证责任的事实通常也是原告承担举证责任的事实。

（一）行政程序举证责任

行政程序举证责任是指相对人证明案件事实的责任。该责任是推进责任还是说服责任与行政程序的结构模式有关。在当事人主义模式中，相对人要承担

一定的说服责任；在职权主义模式中，相对人只承担推进责任。美国行政程序是当事人主义模式的代表，我国行政程序属于职权主义模式。

1. 美国行政程序举证责任

美国行政程序奉行“谁主张谁举证”的原则，行政机关和当事人都是行政程序的主人，都有发现证据（discovery）的责任。联邦行政程序法第556条第4款规定，“除非法律另有规定，否则应当由规章或者裁决令的提议人承担举证责任（burden of proof，即证明责任）。”司法部认为，这里的证明责任是指推进责任，联邦最高法院也持这种观点。在1976年的一个杀虫剂案件中，联邦最高法院对指责其误解了联邦行政程序法第556条第4款的说法作出了反应，声称经过进一步的研究，虽然联邦行政程序法“并没有排除命令的提供人承担说服责任”，但是在分析了一系列的案例之后，没有发现任何一个案例认为“根据联邦行政程序法，命令的提议人应当承担说服责任。”而且，根据对议会两院有关联邦行政程序法的报告和司法部长的手册，联邦行政程序法556条第4款规定的证明责任并不是最终的说服责任（ultimate burden of persuasion）而仅仅是推进责任。

联邦最高法院的态度并不稳定。在1960年的一个残疾人救济案件中，联邦最高法院认为，虽然根据社会保险法和联邦行政程序法第556条4款的规定，残疾人救济“申请人承担最终的说服责任。…但是，不能就此认为，在申请人面临严重的困难且部长的驳回申请决定没有充分证据基础的情况下，法院仍然必须维持驳回残疾补助的决定”。因为部长“提供有关申请人能或不能做什么的更好的医学证据并不困难。部长的专家们完全可以保证部长提供证据证明存在适合申请人技能或障碍的雇佣机会，或缺少这样的机会。”戴维斯认为，尽管法院声称申请人承担最终的说服责任，却肯定地认为部长应当承担说服责任，除非部长能够证明申请人享有力所能及的工作机会，申请人应当获得批准。“从表面来看，法院在本案中的做法与联邦行政程序法和社会保险法有关证明责任的规定相左，但是这种做法却符合更深层次的立法目的：给不能得到有机会工作的人提供残疾救助，也符合下述一般的政策：证明责任应当由具备最好的得到证据的条件的当事人承担。行政机关能够容易地提供证据证明具有特殊残疾的人可以得到工作，而申请人却没有这样的能力。”

与这一案件的态度相反，在前例的杀虫剂案件中，联邦最高法院又认为杀虫剂的生产商对行政机关不应当注销药品登记承担说服责任，理由有四个：第一，根据联邦杀虫剂、杀真菌剂和杀鼠剂法的规定，登记申请人有义务保证产品的安全，据此可以理解为该法规定生产商对产品的安全状况对环境保护局承

担说服责任。第二，环境保护局的一个规章也规定在注销程序中“注销提议人承担形成确定的案件的推进责任，而最终的说服责任则应当由登记的提议人（申请人）承担。”这一规定正好符合联邦行政程序法第556条第4款中“法律另有规定的除外”的规定。第三，即使没有法律和规章的规定，也没有案例法来分配证明责任，联邦杀虫剂、杀真菌剂和杀鼠剂法有关保护人类不受迫在眉睫危害的目的也可以解释为说服责任应当由杀虫剂生产商承担。第四，这样认识符合有史以来确立的传统：了解或者掌握主张事实（needed facts）的人应当承担相应的证明责任。

美国联邦最高法院确定行政程序举证责任的做法具有如下特点：第一，认为行政机关与相对人都是当事人，相对人如果是规章或者裁决的提议人，同样应当承担推进责任或者说服责任；第二，将行政程序的举证责任与诉讼程序的举证责任等同对待，行政机关和公民、法人或者其他组织在诉讼程序中的承担的举证责任与其在行政程序中的举证责任相对应，即在行政程序中承担说服责任或者推进责任的，在诉讼程序中同样承担说服责任或者推进责任。第三，根据案件实际情况、司法正义和司法公正的需要灵活确定行政程序举证责任的分配，不拘泥于法律规定。

2．我国行政程序举证责任

关于相对人举证方面的义务，我国现行法律规定大体有以下四种情况：

第一，对于自己的行为已经获得行政机关批准或者许可，应当提供证据证明。例如《城乡集市贸易管理办法》第16条规定：“农民个人出售大牲畜，须持有基层行政单位的证明。个人从事大牲畜肉类经营的，须持有工商行政管理机关发给的工农业执照和卫生检疫部门的证明。在经营活动中，不准收购、宰杀无出售证明的或有使役能力的大牲畜。”又如，商业银行法第16条规定：“经批准设立的商业银行，由中国人民银行颁发经营许可证，并凭该许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照。”

第二，对有利具体行政行为的作出，应当提供自己符合法定条件的证据。例如，商业银行法第12条规定：“设立商业银行，应当具备如下条件：（一）有符合本法和《中华人民共和国公司法》规定的章程；（二）有符合本法规定的注册资本最低限额；（三）有具备任职专业知识和业务工作经验的董事长（行长）、总经理和其他高级管理人员；（四）有健全的组织机构和管理制度；（五）有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。”从证据学的角度来看，上述五个条件实际上是法定的案件事实即证明对象。对这些案件事实的证明，申请人承担提供初步证据的举证责任。对此，商业银行法第

14 条和第 15 条作了细致的规定。第 14 条规定："设立商业银行，申请人应当向中国人民银行提交下列文件、资料：（一）申请书、申请书应当载明拟设立的商业银行的名称、所在地、注册资本和业务范围等；（二）可行性研究报告；（三）中国人民银行要求提交的其他文件、资料。"第 15 条规定："设立商业银行的申请经审查符合本法第 14 条规定的，申请人应当填写正式申请表，并提交下列文件、资料：（一）章程草案；（二）拟任职的高级管理人员的资格证明；（三）法定验资机构出具的验资证明；（四）股东名册及其出资额、股份；（五）持有注册资本百分之十以上的股东的资信证明和有关资料；（六）经营方针和计划；（七）营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施的资料；（八）中国人民银行规定的其他文件、资料。"上述两条的规定首先是一种程序规定，申请人要得到中国人民银行的批准，必须依法逐一提供相应的文件和资料，逐一办理相关的手续。如果申请人不依法提供这些文件和资料，不办理这些手续，中国人民银行是不会受理申请的。但是，从证据学的角度来看，这些文件和资料又对申请人符合法定条件的案件事实起着证明作用，对行政程序的进行起着推动作用，申请人依法提供这些资料和文件实际上是依法举证；而中国人民银行要求申请人提供"其他文件、资料"，实际上也是要求申请人举证，是为申请人施加了举证责任。当然，对申请人的举证，中国人民银行负有"审查"的责任。

第三，对于事件的发生承担如实报告的义务。例如大气污染防治法第 11 条规定："造成大气污染事故的单位，必须在事故发生的 48 小时内向当地环境保护部门作出事故发生的时间、地点、类型和排放污染物的数量、经济损失和人员受害等情况的初步报告。事故查清后应当作出事故发生的原因、过程、危险、采取的措施、处理结果以及遗留问题和防范措施等情况的详细的书面报告，并附有关证明文件。"

第四，配合行政机关和检查监督和调查的义务。例如《中华人民共和国外国企业得所税法》第 12 条规定："税务机关有权对外国企业的财务、会计和纳税情况进行检查，有权对扣缴义务人代扣代缴税款情况进行检查。外国企业和扣缴义务人必须据实报告，并提供有关资料，不得拒绝或隐瞒。"否则，税务机关有权处罚。

在上述四种情形中，第三和第四种情形仅仅是对相对人配合行政执法义务的规定，是以处罚为后盾的义务。这种义务仅要求相对人如实反映案件的真实情况，而不要求其为了自己的主张"证明"案件事实，故不属于证据法学上的证明问题，与以主张为前提的举证责任无关。构成相对人举证责任的只有前两

个，问题在于它们是推进责任还是说服责任。笔者认为，除非法律另有规定，相对人在行政程序中只承担推进责任，上述法律法规规定的举证义务应当认定为推进责任。理由是：第一，我国行政程序属于职权主义模式，相对人承担说服责任与这种结构不协调。行政机关对具体行政行为的合法性和合理性承担证明责任，相对人举证负担相应地得到了减轻，承担推进责任是足够的。第二，相对人的举证与实体败诉后果没有必然因果关系。在行政程序中败诉风险是指具体行政行为是否作出以及应当怎样作出。由于实行职权主义模式，无论相对人举证多么不充分，行政机关都有调查核实的职责，相对人的举证与是否败诉没有必然的联系。第三，相对人承担说服责任有助于查明案件真实情况，但是加重其负担客观上不利于保护其合法权益。

（二）行政诉讼原告的举证责任

由于我国行政诉讼具有“行政执法性”、原告的举证能力和举证的必要性等原因，原告在行政诉讼中只承担推进责任，大体有四种情形：第一，对主张的行政诉讼程序权利承担推进责任，其中主要是符合受理条件的证据。原告的这一个推进责任因为人民法院的调查职能而减轻。第二，对被诉具体行政行为的合法性承担反驳的推进责任，即提出反证以引起审判人员对被诉具体行政行为合法性的怀疑。原告无须提出使审判人员确信具体行政行为违法的证据，如果被告不能充分证明被诉具体行政行为合法，审判人员就只能认定其违法。第三，对行政处罚显失公正的事实和被告应当履行法定职责的事实承担推进责任。由于人民法院的调查职能，原告的举证行为与诉讼后果没有必然因果关系，原告只需对其诉讼主张承担初步的举证责任即推进责任。第四，对自己在行政程序中承担举证责任的事实承担推进责任。行政法律法规有关相对人在行政程序中承担举证责任的规定对行政诉讼具有同样的约束力，是原告承担推进责任的法律根据。原告的推进责任与其在行政程序中承担的举证责任具有对应一致的关系。

综上所述，行政诉讼举证责任分配的一般原则是：被告对被诉具体行政行为的合法性承担说服责任，原告对其违法性承担推进责任；对行政处罚公正的事实和不履行法定职责具有合法理由的事实被告承担说服责任，对行政处罚显失公正的事实以及被告应当履行法定职责的事实原告应当承担推进责任；对行政诉讼程序事实，原告和被告对其诉讼主张各自履行推进责任。

第三节　履行举证责任的基本标准

一、履行举证责任的基本标准

被诉行政机关在什么情况下，才能被认为完全履行了举证责任？我们认为应同时具备以下条件：

（一）具体行政行为所适用的法律预先设定的事实要件得到满足

任何具体行政行为的实施都必须基于一定的事实。而特定的具体行政行为，必须以特定的事实作为基础。比如，行政机关要对一个它所认为销售了假药的人进行处罚，必须有两个事实作为基础：其一，某公民有一个销售“药品”的行为；其二，该“药品”是假药。只有同时具备以上两个事实，药品管理机关才能对该公民实施处罚。

所谓具体行政行为所适用的法律预先设定的事实要件得到满足，包含两层意思：其一行政行为所依据的事实，必须是特定法律所要求具备的事实。如果具体行政行为所依据的事实，不是特定法律所要求的事实，那么适用特定法律、法规规定而为的具体行政行为，事实上就没有合法的事实根据。其二，特定法律、法规有几个事实要件，就必须满足几个事实要件，缺一不可，在前面所举的处罚销售假药人的例子中，必须同时满足两个事实要件。缺少其中任何一个，药品管理机关的处罚决定就不能有效。

（二）每一个事实要件都要相应的证据支持

行政机关如果不是武断专横的话，它所认定的每一个事实都应当有所凭据，而不能凭空捏造和想象，在行政诉讼中，被诉行政机关如果坚持认为具体行政行为是合法的，就应当提供证据证明它所认定的事实确实存在。没有相应的证据所支持，行政机关所认定的事实就是空中楼阁。

（三）用来证实事实根据的每一个证据都是可以定案的证据

所谓可定案证据，是指在证据规则上可以作为定案依据的证据。可定案证据必须具备以下三个特征：

一是具有法律上的真实性或客观性。法律上的真实性通常须达到以下标准：对于直接证据来说，或者有旁证或其他证据证明其真实性，或者经得起反证的反驳，或者被告能够证明原告或其他人提出的反证是虚假的，或者被告提

出的本证比原告提出的反证占有优势。对于间接证据来说，除了必须具备法律上的真实性外，各个间接证据连接起来还必须形成一个“完整的锁链。”尽管每个间接证据对待证事实来说都只能说明一种可能性，但若干个间接证据连接起来能够排除其他可能性。

二是与待证事实具有关联性。各个证据与待证事实（即被诉行政行为所依据的事实）之间存在着内在的关联性，即是说用来作为定案依据的证据，借助形式逻辑能够或多或少地说明待证事实的存在或不存在，或者能够说明待证事实一部或全部特征，一部分内容或全部内容，或者某一方面的情况。

三是取得证据的合法性。现代法治国家对以非法获取的证据（尤其是以侵犯公民基本权利的方式获取的证据）都不加承认，即不承认这种证据的效力。在司法惯例上或立法上都禁止将这种证据作为定案根据。因为承认这种证据的效力就是对违法行为的公开认可。在我国，一些法规或规章已经开始规定取证的方式或注意事项，这些规定应当遵守，否则，将影响证据的效力。

二、履行举证责任应当注意的若干问题

行政机关履行举证责任应当注意以下几个问题：

（一）坚持“先取证、后裁决”的原则

《行政诉讼法》第33条规定：“在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。”这说是说，行政机关举出的证据主要应是在行政程序中收集和调查的证据，在行政诉讼程序开始后，它就丧失了独自取证的权利（人民法院要求其收集和调查的除外）。这就要求作为被告的行政机关在行政程序中应当遵守“先取证、后裁决”的规则。

所谓“先取证、后裁决”是指行政主体为行政行为必须先取得实施该具体行政行为的事实根据，然后才能作出影响相对人权利或义务的决定。之所以要遵循这一原则，理由在于：

第一，任何行政行为都必须以一定的事实要件为基础。没有一定的事实要件作基础的行政行为无疑是专断的行政行为。

第二，由于具体行政行为是影响相对人权利义务的行为。慎重对待相对人的权利和义务，是人民政府对人民负责的具体表现。

第三，“先取证、后裁决”是我国著名的法律公式“以事实为根据，以法律为准绳”在行政程序方面的具体运用。我国目前虽然没有制定统一的“行政程序法”，但不少行政机关已有这方面的规定。因此，是否“先取证、后裁决”实际上是个是否坚持依法行政的问题。

第四，遵守“先取证、后裁决”的原则不仅是个法律程序问题，而且是个思想路线问题，是一个是否坚持唯物主义世界观、根据实事求是的原则管理国家事务的问题。

第五，只有“先取证、后裁决”，具体行政行为才可望有一个客观的基础，才不至于在行政诉讼中陷于被动。

（二）在行政程序中收集、审查、认定证据应注意全面、客观、合法

收集、审查、认定证据是确定具体行政行为的事实根据的必经阶段。在每一个阶段中，行政执法人员均应注意全面、客观、合法。

所谓全面，就是要注意所有与案件相关联的证据材料，不能遗漏基本证据。不仅要注意本证，而且要注意反证；不仅要注意有利于自己主张的证据，而且要注意不利于自己主张的证据；既要注意不利于行政相对人的证据，也要注意有利于行政相对人的证据。

所谓客观，就是收集、审查、认定证据时，应力求排除主观倾向，排除先入为主，排除不相关因素的干扰。要善于去伪存真、由表及里、由此及彼。要根据每一个具体证据的特点、性质及其与待证事实之间的关系，进行具体分析，进而作出实事求是的认定。

所谓合法，就是不能以侵犯相对人或有关人基本权利的方式获取证据，在收集证据时应严格遵守有关的法律、法规及规章的规定。例如，在通过拷打相对人而获取证据的场合，不仅拷打者要承担一定的法律责任，而且通过拷打而获取的证据也不能用来作为定案依据。

（三）注意保全证据

保全证据又叫证据保全。证据保全是指在证据可能灭失或难以取得的情况下，有权机关采取有效方法，以保存证据的证明作用的措施。

在行政执法过程中，经常遇到证据可能灭失的情况（如证人濒临死亡，物证将要腐败、变质等）和证据以后难以取得的情况（如证人将要出国等）。遇有这类情况，应针对不同情况，采取有效措施，以确保证据的证明力，如将物品或标本固定或保存，使其不至于损坏或变质，或对该证据制作笔录，或拍照保存外观形象等等。行政机关在执法过程中保全证据，应当注意自己的职权范围，尊重相对人、证人的基本权利。

在诉讼过程中，如果遇到证据可能灭失或难以取得的情况，应当主动向人民法院申请保全证据。提出申请时，应写明保全证据的形式、内容、地点、申请保全的原因和理由，以便人民法院审查决定是否准许。

（四）举证应当十分注意证据的证明力和证明规则

举证不在于多，而在于所举证据有无证明力，能否用来作为定案根据。一个有证明力或者说可以作为定案根据的证据必须具备以下条件：

第一，用来具有证明力的证据必须是客观存在的事实，任何错误的、伪造的或虚假的材料都不能作为定案证据。

第二，具有证明力的证据必须与案件的事实具有一定的关联性，与案件事实无关的材料或手段，即使是真实无误的，也不能作为定案证据。

第三，具有证明力的证据能够确凿无疑地证明一个事实的存在或不存在，能够经得起反证的反驳，能够排除其他可能性。直接证据应经得起其他证据的反驳；间接证据除了本身应经得起其他证据的反驳以外；而且需要若干间接证据能够形成一个完整的锁链。

第四，具有证明力的证据应当是在合法性方面无可挑剔的证据。即是说，取证的方式或手段没有侵犯公民或组织的基本权利，也没有违反有关程序规定。

一个证据如果具备以上条件就具备了一定的证明力。但在某些时候，证据本身的真实性难于判断，证明材料就有一个可信度或证明力大小的问题。因此，行政执法人员在取证时，应特别注意获取那些证明力较高的证据：对于专门性问题，应当提供鉴定结论。例如，认定某一食品为有毒食品，不能仅凭执法人员的感官检验，而应当有鉴定结论，并且应经检验机构的审查、确认和盖章。属于现场处理的，应当提供现场笔录。例如，对违反交通规则的人进行处罚，就必须制作现场笔录。现场笔录应交当事人阅读并签名盖章。当事人拒绝签名盖章的除记明情况和原因外，应尽可能地争取在场人签名盖章。

（五）在诉讼过程中依法收集、提供或补充证据

作为被告的行政机关在行政诉讼开始之后不得自行向原告和证人收集证据。但经过人民法院的批准，仍然可以收集证据。此外，被告还可以在人民法院的要求下向人民法院提供和补充证据。

作为被告的行政机关在诉讼中收集和补充证据的范围，是一个有待于进一步研究的问题。

有一种观点认为，作为被告的行政机关在诉讼过程中收集和补充证据只能是非主要证据或非基本证据。还有一种观点认为，被告在行政诉讼过程中收集或补充的证据只能是形式上有瑕疵而需要完善的证据。另有一种观点认为，被告在行政诉讼过程中收集或补充的证据只能是由于发现了新问题而需要再提供

的证据。

我们认为，解决被告在诉讼过程中收集补充证据的范围问题的实质是在什么情况下，作为被告的行政机关在诉讼过程中收集补充的证据能够证明先前业已作出的行政行为的合法性。基于这一原理，我们认为，只有当原告在行政诉讼程序中提出了在行政程序中没有提出的证据（有的是故意隐瞒）的情况下，被告行政机关才可以针对原告提出的新的证据，收集或补充反驳原告提出的新的证据的证据。人民法院也只能在这种情况下，才能同意被告向原告和证人收集证据，要求被告补充证据。当然人民法院要求行政机关补充证据不受此限。

（六）有理有据地反驳原告提出的相反的证据

根据举证责任规则，如果原告提出的反证能够成立（即无法否认其客观性、相关性及合法性）或者原告提出的反证足以动摇被告提供的证据的真实性，被告就应因未能完成举证责任而败诉。在行政诉讼中尽管被告承担举证责任，但原告有提供证据和陈述、辩论的权利。这就是说，原告可以通过行使提供证据或陈述，辩论权而阻止被告举证责任的完成，从而使自己在诉讼中处于有利地位。

当然，原告提供的证据不一定是真实的，不一定是定案证据。因此，如果发现原告提供的证据不具备定案证据的特征，应根据具体情况，指出其不真实性、与本案无关以及证据缺乏合法性等情况，并以相应的证据加以证明。

反驳原告的证据必须有理有据，切忌以势压人，无理取闹，更不能颠倒是非，伪造证据。因为这些表现不仅反映行政执法人员或应诉人员的个人品质和工作作风，而且极易损害行政机关的威信。

（七）及时调整诉讼主张，主动纠正违法行为

作为被告的行政机关如果在诉讼中发现自己的诉讼主张没有事实根据，应当及时放弃或改变而不能坚持错误主张。对于原告一方提出的有事实根据并有确凿充分的证据支持的主张或请求，亦应以客观的态度承认。

根据《行政诉讼法》第51条的规定，被告在行政诉讼过程中，可以改变被诉具体行政行为。应诉人员如果发现被诉行政行为没有或缺乏足够的事实根据或主要根据不足，就应当及时撤销或变更该决定。这样不仅可以减轻应诉答辩的负担，可以缩短诉讼进程，而且表明我们的政府是对人民负责的政府，是一个有错必纠、知错就改的政府。被诉具体行政行为如果先天不足，无论怎样“辩论”和“补充”证据，都只能适得其反。

第四节　不作为行政案件的举证责任

我国行政诉讼法规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，即把行政诉讼举证责任的范围界定在被告作出的具体行政行为上。而对行政机关不作为行政行为的举证责任应由谁承担，立法尚未明确规定，理论界也没有足够重视，所以在司法实践上认识不尽一致。笔者认为，不作为行政案件应由相对人负举证责任。本文就此问题作一些探讨。

一、意义

不作为行政案件实行相对人负举证责任具有十分重要的意义。

我国《行政诉讼法》第32条关于举证责任的规定，仅仅局限于行政机关作为的案件，而对行政机关不作为的案件则没有明文规定。《行政诉讼法》第11条规定的人民法院8项收案范围，其中有3项属于行政机关不作为的情况。在现实生活中不作为行政案件所占比例比较大。司法实践中，由于对这类案件应由谁负举证责任，做法不统一：如，有的实行相对人负举证责任，有的实行谁主张谁举证原则，有的实行行政机关负举证责任，于是造成执法混乱，违背严肃执法。因此，从立法上确认相对人负举证责任是完善行政诉讼法，健全社会主义民主和法律的需要。

人民法院审理不作为行政案件主要是审查相对人的适法行为，而相对人的适法行为是相对人作出的，只有相对人才能提出能够证明其适法行为是否合法的证据。法律规定相对人举证责任制度会促使承担责任的相对人对自己的主张积极地提供证据加以证明，如果提不出证明将会承担败诉的后果。这样做有利于保护相对人的合法权益不受不作为行政行为的侵犯，也有利于调动相对人配合人民法院解决纠纷的积极性，防止无理缠诉，减轻人民法院的工作负担。

在不作为行政案件中，作为被告的行政机关必须从自己掌握的事实和法律角度提出证明相对人适法行为无效的证据。而在行政诉讼中又不允许被告及其委托律师在诉讼期间向原告和证人取证，客观上造成行政机关所举证据不多，可能承担败诉的结果。法律设立相对人举证责任制度，对防止行政机关官僚主义，不履行法律规定的义务采取消极的不作为行为和侵犯公民、法人或其他组织的合法权益，对行政机关提高法制观念、积极发挥管理职能、改进工作作风、增强工作责任心、依法行政，无疑都具有重要促进作用。

由于不作为行政案件的特殊性，行政机关往往不能举证，此时人民法院需进行大量的调查取证工作，客观上形成人民法院负举证责任的局面。法律设立相对人举证责任后，由相对人提出证明其适法行为是否合法的证据，为人民法院准确地认定案件事实提供依据，就能使人民法院将主要精力和时间放在适用证据、查明案件事实、分清是非、依法做出正确裁决上，有利于人民法院对行政案件正确、及时地审理，提高审判效率和质量。

二、特点

举证责任是指法律规定的当事人对自己的主张负有提供证据予以证明，若提不出证据将会承担败诉后果的一种法律责任。这种责任是当事人为实现其权利，证明自己主张的正确性或为了避免承担某项义务而必须承担的责任。应当由当事人举证而拒绝举证的，当事人将承担可能因此而出现的败诉后果，其权利有可能得不到保障。我国《行政诉讼法》第32条规定："被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政作为的证据和所依据的规范性文件"。由此可知，我国行政诉讼实行的是举证责任倒置原则，即被告负举证责任。

作为与不作为尽管都是行政机关的行政行为，但两者具有许多不同之处：

一是相对人行为性质不同。行政机关作为行为是基于相对人的违法行为；而行政机关不作为行为一般是基于相对人的适法行为。二是行政行为性质不同。作为行为是指行政机关针对相对人的违法行为，经过一定的行政程序，作出的能够引起一定法律后果的行为，是行政机关的积极行为；作为行为是指行政机关应为而不为，没有经过任何行政程序，是行政机关的消极行为。三是人民法院审查的内容不同。作为的行政案件，人民法院审查的行政机关作出的具体行政行为的合法性；不作为的行政案件，人民法院只审查相对人适法行为是否合法有效。四是裁判结果不同。对作为的行政案件人民法院根据不同情况可以作出维持、撤销或变更的裁判；对不作为的行政案件则是判决驳回诉讼请求或判决限制作为。

由于不作为行政案件性质的特殊性，决定了它不能适用举证责任倒置原则。而应实行相对人负举证责任，即相对人必须提供能够证明自己主张成立的全部证据，如果拒绝举证或证据不充分，经人民法院调查收集也不能得到时，相对人就应承担败诉的法律后果。

根据一般证据规则，如果一方当事人提供了证据，即使这些证据是虚假的，但另一方当事人提不出足够推翻这些证据的反证，法院又发现不了证据的

疑点，那么提出证据的一方就有可能获得胜诉。因此当事人为了胜诉，在自己力所能及的范围内，往往积极主动提供证据，给适用相对人举证的原则提供了可能。

三、相对人举证责任

相对人举证，是指相对人在行政诉讼中向人民法院提供事实和法律方面的证据，并运用这些证据证明自己适法行为合法有效的诉讼活动。在行政诉讼中相对人的举证责任与行政机关的举证责任有不同的特点：

第一，相对人所举的证据是证明其适法行为合法有效的证据。相对人适法行为是相对人行为的一种，是指相对人旨在引起行政法律后果的行为，属于行政行为的前提条件。例如：行政诉讼法第 11 条规定的受案范围中的第 4、5、6 项相对人申请行政机关颁发许可证和执照、申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责和认为行政机关没有依法发给抚恤金等均属于相对人适法行为。而作为的行政案件中，行政机关所举的证据是证明其具体行政行为合法的证据。

第二，相对人所举的证据是在行政程序发生前获得的。因为不作为行政案件的实质就是行政程序没有进行，而相对人要求行政机关进入行政程序。作为的行政案件，行政机关所举的证据是在行政程序阶段获得的，举证责任将行政程序中的收集证据和诉讼程序中的举出证据紧密联系在一起，不可分割。

第三，相对人举证责任，只要求相对人提供证据，证明事实。而作为行政案件，行政机关举证责任，既包括收集和提供证据，也包括证明事实，即行政机关在法庭上通过出示各种证据以及质证和论证进而证明具体行政行为合法的诉讼活动。

根据法律规定，相对人举证责任范围既包括实体方面的证据也包括程序方面的证据，既包括事实证据也包括法律证据，还包括向人民法院提供有关证据线索。相对人并不是对所有事实都要举证，有些诸如双方当事人都承认事实，众所周知的事实，根据法律规定而推定的事实，公证文书的事实，无足够证据推翻的，就应予认可，相对人无需举证。

在不作为的行政案件中，相对人主要举出其适法行为有效的证据，包括以下几方面：1. 主体合格的证据；2. 意思表示真实完整的证据；3. 内容和目的合法的证据；4. 符合法定程序的证据；5. 符合法定行为形式要件的证据；6. 行政机关违法不作为的证据；7. 符合行政诉讼法受案条件的证据。

四、人民法院审查范围

人民法院审理不作为行政案件是审查相对人的适法行为。相对人适法行为可分为合法行为与无效行为两类。所谓相对人合法行为，是指相对人依法进行的，能够引起其预期行政法效果的法律行为。所谓相对人无效行为，是指相对人有意识从事的，因不具备合法行为要件因而不能引起其预期的行政法效果的行为。

人民法院主要是审查相对人适法行为是否遵循了以下生效规则：

1. 审查主体是否合格，即相对人是否具备行政法上的权利能力和行为能力。没有达到法定年龄或不能控制自己行为的精神病人不能从事有效的适法行为。2. 审查意思表示是否真实完整，即相对人从事行政法上的行为不是基于受欺骗或误解；并且其意思表示内容完整，明确其预期的法律意图。凡基于欺骗和误解而作出的行为，或者意图表示不明确的行为不具有合法的效力。3. 审查行为内容和目的是否合法，即相对人所作出的行为在内容与目的上不与法律相抵触，特别是不违反限制性规则。4. 行为程序是否合法，即相对人从事的适法行为符合法定程序和法定行为形式的要求，违反程序的行为属于有瑕疵的行为，不发生合法行为效力。

凡符合上述四项行为规则的构成合法行为。如果行政机关不作为，人民法院就可依据行政诉讼法第54条第3款的规定，判决行政机关在一定期限内作为。凡不符合上述行为规则的行为则构成无效行为，不发生行政法律效果，人民法院则可判决驳回原告诉讼请求。

在不作为行政诉讼中，作为被告的行政机关尽管对相对人适法行为知之不多，但可以从自己掌握的事实和法律角度提出证据，提交答辩状，对原告主张进行反驳，如果行政机关提不出足够的证据证明自己的反驳成立时，就有可能承担败诉的后果。

五、应注意的问题

实用相对人举证责任原则应注意的问题：

1. 不作为行政案件在诉讼过程中，被告及其委托的律师亦不得自行向原告和证人收集证据。因为在行政诉讼中，原告与被告的法律地位是平等的。如果允许被告在诉讼过程中向原告和证人取证，被告就可以继续行使其特有而原告没有的行政权力，不仅会造成诉讼中原、被告的地位不平等，容易使取证变为一种交易，产生伪证；而且使“取证”成为对诉讼活动的妨害，不利于法院对案件的审判。

2. 人民法院在行政诉讼中不负有举证责任，只负有全面、客观地审查、核实证据的责任和确认证据效力的责任。在当事人因条件所限不便或无法提供证据，或者双方证据相互矛盾的情况下，人民法院也可以取证，但这种取证责任是有条件的和有限的，主要是为确定当事人证据效力，为审证、评证的辅助行为。

3. 关于举证期限。由于行政诉讼法没有规定举证期限，以致一些当事人常以允许举证为由，拖延诉讼时间，甚至造成人民法院办案期限的延长。因此，应当设立举证期限制度。实践中，对不作为行政案件相对人的举证期限，可以考虑以法律规定的诉讼期限为举证期限。

第五节 常见行政案件的举证范围

一、治安行政案件的举证范围

（一）当事人自然情况的证据。

1. 原告方面：

(1) 原告是公民个人的，其自然情况的证明；

(2) 原告是法人或其他组织的，其法人登记证明、法定代表人身份的证明；

(3) 有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

2. 被告方面：

(1) 被告系作出原处罚决定的公安机关，其单位名称、法定代表人及职务的证明；

(2) 被告系复议机关的，其单位全称、法定代表人及职务的证明；

(3) 有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

（二）认定原告违反治安行政管理的证据：

1. 原告违反治安行政管理行为发生的时间、地点、手段、性质、造成后果的证据；

2. 对原告违反治安行政管理的处罚通知书、决定书；

3. 原告不服处罚提出复议的，复议机关的复议决定书。

（三）作出处罚决定所依据的法律、法规及规章。

（四）行政机关认定危害结果的鉴定。

二、环境保护行政案件的举证范围

（一）当事人自然情况的证据。

1．原告方面：

(1) 原告系公民个人的，其自然情况的证明；

(2) 原告系法人或其他组织的，其法人名称及登记、法定代表人姓名、职务的证明；

(3) 公民、法人或其他组织经登记机关核准的经营范围的登记证明；

(4) 有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

2．被告方面：

1．被告系作出原处罚决定的环保行政主管部门或者依照法律规定对环境有监督管理权的部门，其单位名称、法定代表人姓名、职务的证明；

2．被告系复议机关的，复议机关的名称、法定代表人姓名及职务的证明；

3．有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

（二）认定原告违反《中华人民共和国环境保护法》的证据：

1．原告违反《中华人民共和国环境保护法》的时间、地点的证明；

2．被污染和被破坏的环境种类的证明；

3．造成环境和其他公害的具体危害物名称的证明；

4．造成的后果及程度的证据。

（三）认定原告违反《中华人民共和国环境保护法》行为性质的证据：

1．拒绝环境保护行政管理部门监督管理的证据；

2．拒报或谎报规定的有关污染物排放申报事项的证据；

3．不按规定缴纳超标准排污费的证据；

4．未经批准，擅自拆除或闲置防治污染的设施的证据；

5．已造成严重污染，被限期治理，逾期未完成治理任务的证据；

6．建设项目的防治污染设施未建成或未达到规定要求，投入生产或使用的证据；

8．其他违反《中华人民共和国环境保护法》行为的证据。

（四）被告针对原告违反《中华人民共和国环境保护法》行为作出的处罚

通知书、决定书。

（五）经复议机关复议的，复议决定书。

（六）有关污染或被破坏环境的鉴定结论。

（七）行政机关作出处罚决定所依据的法律、法规及规章。

三、土地行政案件的举证范围

（一）当事人自然情况方面的证据。

1. 原告方面：

(1) 原告是公民个人的，其自然情况的证明；

(2) 原告系法人或其他组织的，其法人登记证明及法人名称、法定代表人姓名、职务的证明；

(3) 有代理人的，代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

2. 被告方面：

(1) 被告系作出原具体行政行为的土地管理部门的，该部门名称、法定代表人姓名、职务的证明；

(2) 被告系复议机关的，其复议机关名称、法定代表人姓名、职务的证明；

(3) 被告系作出具体行政行为的乡（镇）人民政府的，该乡（镇）政府名称，法定代表人姓名、职务的证明；

(4) 有代理人的，代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

（二）证明行政管理相对人违反《中华人民共和国土地管理法》性质的证据：

1. 系非法占用土地的，其非法占用土地的时间、地点、手段、面积、用途的证明；

2. 系土地所有权、使用权争议的，争议的时间、地点、原因、争议面积、争议发生、发展和现状的证据；

3. 买卖或以其他形式非法转让的，当事人买卖、出租或以其他形式非法转让土地的时间、地点、手段和方法及非法转让的面积和非法所得数额等方面的证据；

4. 不履行或者不按规定履行土地复垦义务的，当事人不履行或不按规定要求履行土地复垦义务的时间、地点，逾期不改正、不履行或不按规定履行土

地复垦义务的情节、面积的证据；

5. 其他有关事项的证据。

（三）行政机关作出的行政处罚决定书及经复议的复议决定书。

（四）行政机关作出处罚决定所依据的法律、法规及规章。

四、食品卫生行政案件的举证范围

（一）诉讼当事人自然情况的证据。

1. 原告方面：

(1) 原告系公民个人的，其自然情况的证明。有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属自然情况的证明；

(2) 原告系个体工商户的，其户主自然情况、字号的证明及工商注册、登记证书；

(3) 原告是法人或其他组织的，法人注册登记证明或单位名称、营业执照、法定代表人姓名、职务的证明；

(4) 有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、逾期的委托书。

2. 被告方面：

(1) 被告系作出原具体行政行为的食品卫生行政机关的，其名称、法定代表人姓名、职务的证明；

(2) 经复议的，复议机关的名称、法定代表人姓名、职务的证明；

(3) 有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

3. 有第三人参加诉讼的，其自然情况的证明。

（二）证明行政管理相对人违反《中华人民共和国食品卫生法》行为的证据：

1. 违反食品卫生管理时间、地点、方式的证明；

2. 违法生产或经营禁止生产或经营的食品的证据；

3. 违法生产或经营食品种类的证据；

4. 违法生产或经营食品的方法、手段及主观状态的证据；

5. 违反食品添加剂、食品容器、食品包装材料、食品用工具以及设备的卫生标准和管理办法的时间、地点、内容、方式的证据。

（三）证明行政管理相对人违反《中华人民共和国食品卫生法》造成后果的证据：

1．行为人非法先生、经营禁止生产、经营的食品，造成的是食物中毒还是其他食源性疾病的证据；

2．食物中毒或食源性疾病的人数、范围及其他损失的证据；

3．违反卫生标准和管理办法后果的证据；

4．行为人违反食品卫生管理后果的证据。

（四）食品卫生管理部门针对行政管理相对人违反《中华人民共和国食品卫生法》所作的处罚通知书、决定书。

（五）经过复议的，复议机关的复议决定。

（六）有关因违反《中华人民共和国食品卫生法》造成的后果的鉴定证明。

（七）行政机关处罚决定所依据的法律、法规及规章。

五、城市规划行政案件的举证范围

（一）当事人自然情况的证据。

1．原告方面：

(1) 原告是公民个人的，其自然情况的证明；

(2) 原告系法人或其他组织的，法人登记证明及法人名称、法定代表人姓名、职务的证明；

(3) 有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

2．被告方面：

(1) 被告系作出原具体行政行为的县级以上人民政府的，其法定代表人姓名、职务的证明；

(2) 被告系城市规划行政主管部门，其单位名称、县级以上人民政府授权证明及法定代表人姓名、职务的证明；

(3) 有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

（二）证明行政管理相对人违反《中华人民共和国城市规划法》行为的证据：

1．系违法占用城市土地的，违法占地的时间、手段、方式、面积、（范围）及造成的影响的证据；

2．系违法建设的，进行违法建设的时间、地点、方法、面积、现状及造成影响的证据；

3．证明其他违法行为的证据。

（三）被告针对行政管理相对人违法行为作出处罚的通知书、决定书。

（四）经复议的，复议机关的复议决定书。

（五）行政机关作出处罚决定所依据的法律、法规及规章。

六、计划生育行政案件的举证范围

（一）当事人自然情况的证据。

1. 原告方面：

(1) 原告系公民个人的，其自然情况及子女人数、年龄的证据；

(2) 原告系法人或其他组织的，法人登记证明、法人名称、营业执照、法定代表人姓名、职务的证明；

(3) 原告系个体诊所业主的，其自然情况、营业执照、字号、地址的证明；

(4) 有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

2. 被告方面：

(1) 被告系作出原具体行政行为机关的，其名称、法定代表人姓名、职务的证明；

(2) 被告系复议机关的，其机关名称、法定代表人姓名、职务的证明；

(3) 有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

（二）证明行政管理相对人违反计划生育法规行为的证据：

1. 系计划外生育的，该子女姓名、性别、出生时间、地点、为计划外生育采取手段的证明；

2. 系非法做假节育手术、滥发生育指标、出具假证明使他人计划外生育的，其具体时间、地点、手段、目的、动机、后果的证明。

3. 系破坏计划生育管理的，其时间、地点、行为性质、后果的证明；

4. 因失职行为造成人口失控的，行为人的职务、分管工作、原因、手段（或行为形式）以及由此造成的后果的证明。

（三）计划生育管理部门对行为人的违法行为进行处罚的通知书、决定书。

（四）经复议的，复议机关的复议决定。

（五）计划生育管理部门作出处罚决定所依据的法律、法规及规章。

七、商标行政案件的举证范围

（一）当事人自然情况的证据。

1．原告方面：

(1) 原告系公民个人的，其自然情况的证明；

(2) 原告系个体工商户的，业主姓名、性别、年龄、民族、住所、工商登记证明、营业执照及工商字号的证明；

(3) 原告系法人或其他组织的，法人登记证明、营业执照、法定代表人姓名、职务的证明；

(4) 有代理人的，其代理人的身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

2．被告方面：

(1) 被告系原处罚决定机关（或部门），其机关（部门）名称、授权证明材料、法定代表人姓名、职务的证明；

(2) 被告系复议机关的，其机关名称、法定代表人姓名、职务的证明；

(3) 有代理人的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

(二) 认定行政管理相对人违反《中华人民共和国商标法》行为的证据：

1．系违反商标管理的，其违反时间、地点、方法、手段、危害结果及危害程度、非法经营额及非法所得的证据；

2．系侵犯他人注册商标专用权的：

(1) 其行为性质、侵权时间、地点的证据；

(2) 侵犯商标注册人注册的商标权名称、图形或商品以及方法、手段的证据；

(3) 给被侵权人造成的损失的证据；

(4) 非法经营额和非法所得的证据；

(三) 被告针对原告违法行为所作出的处罚通知书、决定书。

(四) 复议机关的复议决定书。

(五) 行政机关作出处罚决定所依据的法律、法规及规章。

八、药品管理行政案件的举证范围

(一) 当事人自然情况的证据。

1．原告方面：

(1) 原告系公民个人的，其自然情况的证明。有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属的自然情况的证明；

(2) 原告系法人或其他组织的，其名称、法人登记证书、工商登记证明及

法定代表人姓名、职务的证明。有权提起诉讼的法人或其他组织终止，承受其权利的法人或其他组织的自然情况的证明；

(3) 有代理人代为诉讼的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

2. 被告方面：

(1) 被告系作出原具体行政行为的卫生行政部门的，其名称、法定代表人姓名、职务的证明；

(2) 有代理人代为诉讼的，其代理人身份的证明及代理事项、权限、形式、期限的委托书。

3. 有第三人参加诉讼的，其自然情况的证明。

(二) 认定原告违反《中华人民共和国药品管理法》行为的证据：

1. 证明原告在何时、何地违反《中华人民共和国药品管理法》生产、销售假药，或者生产、销售劣药的证据；

2. 证明原告未取得《药品生产企业许可证》、《药品经营企业许可证》、《制剂许可证》，生产、经营药品、配制制剂的证据；

3. 证明原告擅自生产、收购、经营毒性药品，或者擅自生产、配制、经营放射性药品、精神药品以及违反药品生产、经营管理其他规定的证据。

(三) 证明原告违反《中华人民共和国药品管理法》及有关规章生产、经营假药等非法活动的规模、范围、质量、非法所得、受害人遭受的经济损失的证据。

(四) 有关危害后果的鉴定结论。

(五) 证明原告违反《中华人民共和国药品管理法》及有关规章、其他法律事实的证据。

(六) 行政机关针对原告违法行为所作出的具体行政处罚通知书、决定书。

(七) 经复议的，复议机关的复议决定书。

(八) 行政机关作出处罚决定所依据的法律、法规及规章。

第五章　行政诉讼中的推定和司法认知

第一节　行政诉讼中的推定

推定是法律预先设定两种事实之间常态因果关系的证明规则。根据该规则，法院一旦查明了某一事实，即可以直接认定另一事实；主张推定的一方当事人对基础事实的存在承担举证责任，而反驳推定的一方当事人对基础事实和推定事实的不存在都应当承担举证责任。作为一种特殊的证明规则，推定对举证责任的分配、法院调查和认定案件事实具有特殊的作用。下文试图介绍英美法系国家和我国有关推定的一般理论，然后以此为基础研究推定在行政诉讼证明中的作用，特别是对行政诉讼举证责任分配的影响。

一、推定的一般理论

英美两国的证据法学者研究推定的方法存在着一些有意思的区别，主要表现在两个方面：一是英国证据法学者倾向于对推定进行个案的研究，不同情况不同对待，不同的推定所包含的原因和法律效果各不相同，对于推定的一般理论没有什么兴趣；而美国证据法学者醉心于推定的一般原理，试图探索和制定出适用于一切推定的法律规则。第二次世界大战以来，美国掀起了统一法典运动，证据法典是其中之一，推定是其中必不可少的内容。但是，英国证据法学者似乎对美国证据法学者的研究方法并不欣赏，在英国的证据法律规定中很少设立单独的章节或者条文规定推定，而是分散在各种实体法或者程序法中根据不同情况作不同的规定。摩菲认为尽管美国证据法学者一直努力研究推定的一般原理和原则，但是最终的结果却是连他们自己也认为一无所获。二是在有关

推定在证据法学中的地位方面，英国证据法学者着重推定的法律效果，即推定对举证责任的分配和证明标准的影响，推定本身似乎没有独立的研究地位，依附于举证责任，作为举证责任中的一个问题研究，例如摩菲在其《证据法实用指南》一书中就将推定放在举证责任和证明标准一章中，而不单独另立章节。美国证据法学者的做法正好与英国证据法学者相反，推定是单独问题，在证据法学研究中具有独立的地位，证明责任与证明标准在某种程度上甚至依附于推定。例如罗特斯坦因在其《证据：州与联邦规则》一书中就将证明标准和举证责任放置在推定一章中研究，研究举证责任和证明标准以推定为条件并是为阐述推定服务的。总体来看，美国证据法学的研究方法与我国接近，但是英国证据法学者的研究对我国的借鉴意义并不亚于美国。

（一）推定的范围

"推定"是立法和执法的常用语，但是有的并非证据法上的"推定"，不是真正的推定；有的虽然不具有推定的完整的构成要素，但也属于证据法上的推定。

定义直接影响推定范围的界定。关于推定的定义，不同的学者有不同的说法。乌尔曼（Ullman）认为，推定是"为了作出各种诉讼裁判（而存在的）理性的、先定的要求"。Stephens 认为，推定意味着一种法律规则，即法官应当从特定事实或特定证据得出特定的结论，除非和直到这种推断的真实性被否定。Jones 认为，可将推定界定为一种为法律规则所要求的推断（inference），即从已经查明的基础事实中得出另一个事实存在的结论。从已经查明的事实中假定另一个事实，是事实推定；法律规则要求作出某种假定的，是法律推定。泰勒认为，推定是推理（reasoning）和辩论（argumentation）的辅助手段，是出于特定的调查目的而假定特定事实的真实性。"推定可能以一般的经验或任何可能性为基础，也可能仅仅出于政策和便利。无论其基础是什么，通过预想某事物存在或者假定某事物的存在，推定都在辩论或证据（产生）之前发生作用。…在这一术语被合理地适用时，它确立的是允许对假定事件继续进行调查的规则或主张。初步假定（Primafacie assumption）的准确范围和作用是给推定对其不利的当事人在辩论或证明过程中，施加针对有关问题推进（程序）的义务。…推定、假定，想当然（taking for granted），只不过是在诉讼或程序中辅助或者便利调查和辩论的不同名称而已。…推定的规则不仅意味着某种事情是可接受的，从其他事实中作出的正常的推断，而且还意味着不存在其他情况时，其作用应当总是如此。"

从上述定义可以得出如下结论：第一，推定一般由基础事实和推定事实构

成，是规定这两种事实之间常态联系的法定证明规则，是一种形式化的证明方式，具有法定证据制度的某些特征。但是，为了重大的公共利益，法律可以设立无基础事实的推定。无基础事实的推定同样是确定案件事实证明方向的一种形式化的规则。第二，对执法人员来说，推定预先设定了调查和认定案件事实方向，推定规则要求执法人员在作出符合法定方向的认定结论。第三，对当事人来说，推定影响举证责任的分配。当事人可以对推定进行反驳，但是必须对此承担举证责任。

涉及推定范围的主要问题是：

1、不可反驳的推定

不可反驳的推定（irrebuttable presumption ，preasumptiones Juris et de jure）又称为终局性推定（conclusive Presumption），与可反驳的推定（rebuttable presumption）相对。例如加里福尼亚州刑法典第 621 条中规定："妻子在与没有行为能力的丈夫在共同居住期间所生的子女终局性地推定为婚生子女。"英美两国的证据法学者一致认为不可反驳的推定是一种实体法规则，即法律规定一旦出现某种情况应当如何处理，与一般的实体法规定没有什么区别，只不过是借用了"推定"一词罢了。美国证据法学者罗特斯坦因通过一个例子作了如下解释："假定任何人知道法律'就是一个终局性（不可反驳的）推定，其真正的含义是被告人是否知道法律与本案无关——不知道法律并不是辩护理由，即使被告人作出了证明也是如此。与此相应，这种事实也不能成为证明对象。换言之，这种'推定'的作用是假定某一种事实与本案不相关或者不重要。采用另一种措辞也许会更好一些：（当事人）是否知道法律在法律上不作任何区别对待。"艾里欧特也认为，所谓不可反驳的推定是指一旦出现某种情况特定的结论就必须作出，执法人员和当事人都没有选择余地，在法律上没有接受反驳证据的可能性。"实际上它们根本不是推定，而是实体法规则。"

在我国，通行的观点与英美证据法学相同。笔者认为，不可反驳的推定既然不允许当事人提出证据反驳，也不允许执法人员作出其他判断，实际上是一种必须执行的法律规定，本身不涉及基础事实和推定事实之类的推理，其性质是"设定"或者"规定"，而不是"假定"，与证据法学上的推定没有任何关系。

2、事实推定

事实推定（presumption of fact）是指法律没有规定，但在实践中习惯上运用的推定。例如，一旦某人占有最近失窃的物品即推定具有偷窃的故意。事实推定是在实践过程中由于一种事实与另一种事实的联系反复出现，证据法学教

科书自然而然地把这种联系纳入了推定的范畴。关于事实推定的形成过程，艾里欧特认为，在一般情况下，如果从第一个事实可以推断出第二个事实，第一个事实是第二个事实的情况证据，尚不至于构成推定。但是如果这种推理联系"一而再、再而三地发生，就造成了在教科书中陈列它们的趋势，以致最终将它们描述为事实推定。"〔1〕事实推定虽然来源于执法人员的逻辑推理过程，但是经过理论和实践的长期的总结，变成了先定的作出某种结论的规则即推定规则，已经形式化，与一般的执法人员的日常推理有别，因此在英美法系国家通常被认为是推定。

在我国，有人认为事实推定也是推定，理由是：事实推定和法律推定的根据都是事实之间的常态联系，法律只能对重要的推定作出规定，不可能完全一一列举，法律推定是较少的，而事实推定则较多，因此不能排除事实推定。另外，否认事实推定不利于发挥执法人员的主观能动性。笔者认为，事实推定只是执法人员的一种稳定的推理经验，而不是推定。执法人员在长期适用法律的过程中，从一种事实中总是能够推断出另一种事实，可能积累一些稳定的推理经验，但是，这仅仅是经验，而不是法律规定，没有法律约束力。诉讼证明是为了作出具有法律效力的裁判，必须依法进行。如果认为事实推定具有法律推定那样的作用，实际上就是承认执法人员的经验具有与法律同等的效力，必须遵照执行，这是不符合依法审判原则的。总之，无论两个事实之间的联系具有多么大的稳定性和常态性，在法律作出规定之前，都只能是事实，而不是法律，因此对当事人和执法人员都没有先定的约束力。

3、无基础事实的推定

无基础事实的推定是有基础事实的推定的对称。法律规定从基础事实中可以或者应当推断出推定事实是证据法上的的推定的一般规则。但是，并不是所有的推定都需要有基础事实。例如，公民死亡之推定就是有基础事实的推定，只有特定的事实（失踪事实）得到了证明，才能够得出死亡的事实；无罪推定和平等推定则是无基础事实的推定，在没有相反的事实的情况下，任何人都是无罪的，都应当得到平等的对待。有基础事实的推定通常只着眼于个别的诉讼案件，而无基础事实的推定是适用范围比较广泛，不仅仅适用于特定的诉讼案件，而且适用于其他任何情况。例如，无罪推定不仅仅适用于刑事被告人，而且适用于任何公民、法人或者其他组织；任何公民、法人或者其他组织都应当被假定为无罪，无论其是否介入了特定的行政程序或者诉讼程序。与此同理，任何公民、法人或者其他组织在法律面前都假定为平等的，都应当得到平等的

对待。尽管案件的具体情况不同，处理结果也不相同，当事人实际享受的权利义务不一定相同或者对等，但是在法律面前一律推定他们是平等的。

由此可见，基础事实只是推定的一般构成要素，而不是必备的构成要素。“推定可以界定为一种没有相反证据时可以或者必须作出的结论。有时只有在一些基础事实得到证明的情况下推定才得以产生，而有时无须任何基础事实推定就在所有的案件中存在。”无基础事实的推定虽然不同于正常的推定规则，但是所形成的效果即对举证责任和证明标准的影响与有基础事实的推定没有什么区别，因此，无基础事实的推定应当属于证据法上的推定的范畴。

（二）推定的属性

英美两国的证据法学者对性质、属性、特征之类的纯理论问题不感兴趣，但推定却是例外，有关推定的法律性质虽然没有形成百家争鸣的局面，却在有关的专著或者文章中令人意外地占据了一定的篇幅。他们认为，推定具有如下法律属性：

1、先定性和偏见性

所谓先定性是指推定作为一种调查和认定案件事实的规则，事先确定了两种事实之间的证明关系，基础事实与推定事实证据可能有逻辑证明关系，也可能没有任何实质联系，无论是那一种情况，推定规则在它们之间都建立了形式化的、稳定的证明关系，一旦推定规则得到适用，调查和认定特定的事实的方向就因这种证明关系而事先确定下来。正是由于这种先定性，推定规则不可避免地带有偏见性，推定规则事先将举证责任推向了一方当事人，“如果从法律得出的一个推断具有专断性和某些人为的性质，而且对法官和陪审团具有强制性，那么，这就是一个真正的推定。”“推定中不仅包含有专断和人为的因素，而且具有偏见的成份。假如某待考虑的事实问题具有两种可能的答案，即‘是’或者‘不是’，推定规则因此偏向一方，从而使其预先优越于另一方。”“推定是用于处理事先作出的假定，是提出某种未经完全证实的、但也并非完全无据的认识。毫无疑问，在推定中具有想当然的成份，是试验性的，允许反驳。…与其将推定视为某些先于理论探索的假定，不如将推定视为先于实际调查的假定。…不但如此，不能将推定视为先定的进行理论调查的逻辑要求——在这里当事人提供‘证据’，因为即使全部‘证据’都被提供时，推定也要适用。推定涵盖了辩论、法律上的推理（包括法律推理和事实推理）。”

2、实体性和程序性

在事实没有查明或者没有更多的证据提供的情况下，由于推定规则的存在，法官可以按照推定规则的方向认定案件事实，并据此作出裁判，确定当事

人之间的权利义务关系。推定规则开辟了从基础事实到推定事实的可行通道，具有实体性。但是，推定规则还有程序性的一面，推定的主张者（presumption proponent）有权要求事实审判者以推定事实为基础继续诉讼，推定反对人（presumption opponent）有义务证明推定事实不真实，而且，直到推定反对人卸掉其举证责任之前，推定规则始终存在。

（三）推定的设定根据

关于推定规则的设定根据，乌尔曼教授在《论推定》（On Presumption）一文中作了全面的论述，引证如下：

1、逻辑证明关系

乌尔曼教授认为，在绝大多数情况下，基础事实与推定事实之间是存在着一定的逻辑证明关系的。关于这一点可以从推定规则的产生过程看出来。由于某一个事实在司法实践中总是与另一个事实之间具有因果关系或者先后关系，人们就习惯上认为这两种事实之间存在着逻辑证明关系，这种逻辑证明关系再经过法律的形式化规定，就成为推定规则。但是，逻辑证明关系并不是推定规则的必备要素，法律设定推定规则时还要考虑其他因素，特别是价值选择因素，往往超过了逻辑证明关系，在有些情况下，法律为了实现司法正义，完全不予考虑逻辑证明关系，无罪推定就是一个典型的例证。"对这种或者类似情况的解释是，基于某些公共政策的原因，法律人为地淡化了基础事实的逻辑价值，公共政策与逻辑并非总是一致。"因此，认为从基础事实必须得出推定事实的结论是不正确的，推定规则只是为从基础事实达到推定事实提供了一种合法的道路，"推定规则不含有推定事实真实价值的义务或者保证。…该规则只是允许诉讼主体认为推定事实是真实的，以对未决问题作出实际的决定；推定既不要求也没有允许某人相信推定事实是真实的。""推定规则是有关或者确立假定的规则。……是为诉讼主体开辟了从基础事实到推断事实的通道。更准确地说，这一术语在运用时是指推定规则开辟了从基础事实到推定事实的一个实用通道。"

2、给未决的案件提供一个合法的出路（a way out）

乌尔曼教授认为，如果案件事实是明确肯定的，推定规则将毫无用场。因为事实审判者（trier of fact）只需要根据查明的案件事实作出裁判就可以了。但是，在有些情况下，案件事实在诉讼的某一个阶段不能够迅速查明，而诉讼亟待进行下去；或者，到了诉讼终结时，案件事实还是没有查明，但是法院不能因此拒绝"司法"、作出裁判。在这种情况下，为无论是当事人还是法院本身客观上都需要一个合法的解脱的办法，"在法律上，情况是：事实审判者应

当得出从基础事实到推定事实的推断。但是在法律之外，考虑到一些比较宽松的和更为实际审查（deliberation）模式，答案就不那么清楚了。我倾向于认为推定规则提供的是一种出路（a way out）。…重要的是推定允许（entitle）判断者（deliberator）作出通过其他方式不能正当作出的假定，以为后来的诉讼进程奠定基础。”“毫无疑问，没有解决的调查状况并非不可解决。但是，从调查者（deliberator）的立场来看，我们可以想象他们面临的时间压力、情感压力，误入歧途的可能性和体力耗费等等。调查者需要一些解脱的手段。因此，专业学者们提出和发现了各种各样的规则、策略以及其他次要的诉讼理由。…应当认为，推定规则是为满足一些需要才出现的：推定是从调查未决的程序中解脱出来的方法之一。其作用是为作出无证裁判提供一个程序。”对于自己的观点，乌尔曼教授以无罪推定为例证进一步作了说明，认为如果当事人提供的证据是终局性的，有关被告人有罪或者无罪没有任何疑问，问题就不会发生。但是如果有疑问存在，法官是不能够以优势的证据作出裁判的。在这种情况客观上需要一个解脱的办法。无罪推定的作用不是为特定案件调查程序提供替代物（surrogate），而是为所有调查未决案件的解决提供一般的方向。任何被告人要么因缺乏无罪证据而被认为有罪，要么因缺乏无罪证据而被判决有罪。“结构性地说，这两种截然相反的推定都是可行的；它们都为无充分证据判决提供了一个程序”。实际上，在旧的审判模式中，实行水审、火审或决斗，都是以有罪推定（presumption of guilt）为基础的。某人一旦被指控犯罪，除非他能够证明自己清白或者使自己清白，就应当受到惩罚。关于在这两种推定选择其一的问题，涉及推定规则的第三个理由了。

3、价值选择

乌尔曼教授认为，推定规则既然是作为从事真伪不明状态中解脱出来的正当方法而存在的，这种解脱方法就不可避免地带有偏见性、专断性，但是这是唯一的方法，因为任何一种选择都具有偏见性。但是，解脱的这一个政策本身尚不足以成为推定成立的充分理由。在两者之间进行选择还涉及一个价值判断问题，以及权衡利弊的问题。因此，不能单纯地从一般的证明关系来认识推定规则。否则，基础事实就与一般的证据事实没有什么区别了。即使基础事实与推定事实之间存在着证明关系，从基础事实中得出推定事实的决定性因素仍然是价值判断，逻辑证明关系仅是推定规则成立的根据之一。在有些情况下，即便没有任何基础事实，也认定推定事实存在。例如无罪推定，不仅与刑事被告人有关，实际上与任何人都有关，任何人都推定为无罪。仅就刑事被告人来说，虽然绝大多数情况下都被判决有罪，真正无罪的只是极少数，但诉讼仍然

必须假定被告人无罪为基础进行，这是司法正义和社会安定性的需要。如果说逻辑证明关系是说明推定错误的可能性的话，价值选择是为了说明错误的可接受性。

（四）推定的作用

1、推定是认定案件事实的快捷方式

执法人员和审判人员通过证据认定案件事实，必须经过庭外调查、庭内调查、当事人辩论等程序，手续繁琐，速度缓慢；但是，根据推定规则，执法人员和审判人员在查明法定基础事实情况下，可以绕过调查、辩论手续，直接认定另一个案件事实，速度较快。从证明的角度来看，推定是为了作出各种诉讼裁判（而存在的）理性的、先定的要求，是一种立场（prepositional），它预先确定了执法人员和审判人员认定案件事实的方向（ostensibility）。“推定指示诉讼主体有权认为推定事实是真实的，从而（相应地）在诉讼中采取某种立场（foothold）。从另一个角度来看，其指示是：如果基础事实存在，就可以将推定事实作为其他实际推理问题的前提。”如果在实践中总是能够从某种基础事实中推断出推定事实，坚持要求在每一个案件中都要调查核实从该种基础事实是否真的能够推断出推定事实，实际上是浪费时间。相比较之下，只要基础事实存在，就认为推定事实存在，并以此为基础将诉讼进行下去，是一种更为明智的选择。在正常情况下，适用推定规则出现错误的可能性是很小的。由于允许反驳，即使是出现了错误也容易得到纠正和弥补。推定的首要作用在于使执法人员和审判人员顺利地处理其他各种事务，排除障碍，便利和加速诉讼程序。

另一方面，适用推定规则还是可能出现错误。为了避免这一点，执法人员和审判人员在适用推定规则时应当对基础事实和推定事实分别进行审查，应当给当事人提供反驳的机会。关于对基础事实和推定事实的审查，美国 1954 年统一证据规则草案和 1969 年 3 月的联邦证据规则草案作了详细的规定。

统一证据规则草案第 904 条规定，“③如果在诉讼中基础事实已经查明，但有证据展示，证明推定事实不存在，那么：（一）如果基础事实作为推定事实的证据没有什么证明价值，那么对推定事实存在或不存在的审查判断就如同推定不存在那样进行；（二）如果基础事实作为推定事实的证据具有一定的证明价值，无论是否足以支持有关推定事实的认定结论，主张推定事实不存在的一方当事人承担说服事实审判者认定推定的事实不存在比存在更有可能的责任。”

联邦证据规则草案在统一证据规则草案的基础上作了更为细致的规定：“①对基础事实证据的审查。如果没有展示与推定事实相反的证据，推定事实

的存在取决于基础事实的存在，应作如下审查判断：（一）如果合理理智都认为有证据证明基础事实的存在比不存在更有可能，法官应当指示陪审团认定推定事实存在；（二）如果合理理智都会认为有关证据未使基础事实的存在比不存在更有可能，法官应当指示陪审团作出与推定事实相反的认定；（三）如果合理理智未必都会认为基础事实的存在比不存在更有可能，法官应当将这种情况告诉陪审团，并指示：如果他们认为基础事实的存在比不存在更有可能，就作出有利于推定事实存在的认定结论；否则，就作出与推定事实存在相反的认定。②对推定事实证据的审查。如果合理理智都认为有证据证明基础事实的存在比不存在更有可能，对有关推定事实的证据应作出如下审查判断：（一）如果合理的理智都会认为推定事实的不存在比存在更有可能，法官应指示陪审团作出与推定事实存在相反的认定；（二）如果合理的理智都认为现有证据未使推定事实的不存在比存在更有可能，法官应当指示陪审团作出有利推定事实存在的证据。（三）如果合理理智未必都会认为推定事实的不存在比存在更有可能，法官应当将这一情况告知陪审团，并指示：除非认为推定事实的不存在比存在更有可能，应当认定推定事实存在；即使是在一般事件中应作出推定事实不存在的认定，亦是如此。③对基础事实证据和推定事实证据的审查判断。如果证明基础事实存在的证据未能使合理的理智都认为基础事实不存在的证据也未能使合理的理智都认为推定事实的不存在比存在更有可能，法官应当将这种情况告知陪审团，并指示：如果他们认为基础事实的存在比不存在更有可能，就应当认定推定事实存在；如果认为基础事实的不存在比存在更有可能，就应当作出推定事实不存在的认定。”

借鉴美国的经验，笔者认为我国执法人员和审判人员应用推定规则时，应当注意的问题是：第一，只有在查明基础事实的前提下才能直接认定推定事实；第二，允许反驳当事人基础事实和推定事实，执法人员和审判人员应当将对基础事实和推定事实的认定情况告知当事人，说明推定对举证责任分配、对作出处理决定和裁判的影响，并且指示当事人提供证据。第三，一旦查明基础事实或者推定事实不成立，推定规则即丧失对证明的约束力，对案件事实的认定应当如同推定规则不存在那样进行。

2、推定是分配举证责任的直接根据

从推定对其有利的一方当事人的角度来看，推定的法律效果是指推定如何减轻了该方当事人的举证责任，例如由说服责任减轻到推进责任，或者当事人在不提供充分证据的情况下如何得以顺利地通过法官，以推进诉讼。从推定对其不利的一方当事人的角度来看，推定的法律效果是指哪一方当事人应当承担

反驳推定的责任，以及为了反驳推定应当提供多少证据。“只有证据才能反驳推定，因此要反驳推定必须提供证据。由于在对抗式制度中证据只能由一方或其他当事人提供，因此法律必须明确谁应当提供反证。”

关于推定对举证责任分配的影响，泰勒认为，推定原则上只影响推进责任。在通常的推定规则中，基础事实得到证明，推定事实视为已经得到证明，除非对方当事人已经提供了证据反驳了推定，尽管他无须推翻推定。如果对方当事人作到了这一点，推定就不复存在，举证责任的承担就如同从未有过推定一样进行。“初步假定（prima，facie assumption）的准确范围和作用是给推定对其不利的当事人在辩论或证明过程中，施加针对有关问题推进（程序）的义务。”推定的消失使这种理论被称为“爆炸的水泡”（Bursting bubble）理论或者证据推定（evidential presumption）理论。

摩根认为推定影响说服责任，如果基础事实得到了证明，说服责任转移到对方当事人，其提供的证据必须达到一定标准，才能取消推定。当事人通过反证所取消的只是推定事实而不是推定规则，推定规则是自始至终存在着的，当事人没有反驳的余地，只有立法者或者法官才能够取消或者创设推定规则。由于推定规则在诉讼过程中始终存在，而且只有足够的证据才能推翻推定事实，这种理论为“说服性推定”（persuasive presumption）理论。

美国学者在明确区分推进责任与说服责任的基础上，分别研究推定对两种举证责任的影响，从中总结出影响推进责任的推定和影响说服责任的推定，证据法典也对此作了明确的规定。例如加利福尼亚证据法典第 601 条规定，“任何一个可反驳的推定都是：（一）影响提供证据责任的推定；（二）影响举证责任（例如说服责任）的推定。”第 604 条规定，“影响提供证据责任（推进责任）的推定的效果是要求事实裁判者认定推定事实存在，除非（当事人）展示了作出相反认定的证据——如果出现这种情况，事实裁判者对推定事实存在或者不存在应当审查判断，无须考虑推定。本条规定不得用于阻止作出任何适当的推断”。第 606 条规定，“影响证明负担（说服责任）的推定的效果是给推定对其不利的一方当事人施加证明推定事实不存在的举证责任”。

关于推定对举证责任分配的影响，笔者认为：第一，所有的推定都影响着推进责任。推定规则预先确定了调查和认定特定案件事实的方向，如果没有反证，执法人员就应当作出与推定规则一致的认定结论，反对推定的一方当事人为了反驳推定就必须承担推进责任了。第二，只有很强的推定才能够影响说服责任。强度推定是包含有重大的社会政策和司法价值的推定，逻辑证明关系在这种推定中往往居于次要的地位，例如无罪推定。一般的推定，即逻辑证明关

系在其中比较重要的推定，例如公民死亡之推定，是不影响说服责任的。第三，反驳推定所需要的证据与推定的强度成正比例关系。从法律效力来看，推定可以分为强度推定、中度推定和弱度推定。有关强度推定（strong presumption）的推定规则可以表达为“基础事实引起有关推定事实的强度推定”，也就是说，“假如基础事实是真实的，就应当继续进行诉讼，如同推定事实是真实的那样，除非或者直到有终局性（conclusive）的理由确定推定事实不是真实的。”有关中度（inter mediate # strength）推定的推定规则可以用良好的（good）或者表面的（pima facie）理由推翻，而有关弱度推定（weak presumption）的推定规则只需要一些（some）理由就可以推翻。

二、推定的运用

我国行政诉讼的理论与实践尚未充分认识推定的作用。综合推定的一般理论，结合我国行政执法和行政审判实践，笔者认为：

（一）推定使相对人或者原告承担说服责任

相对人和原告承担推进责任的一般规则有可能因为推定规则而反过来。在行政程序中，相对人为了使自己不承担法律责任，必须提供充分确凿的证据证明自己行为合法或者应当免除责任，即承担说服责任；而行政机关只要调查收集到初步的证据证明相对人是应当处罚的行为的实施者，即可以直接作出处罚决定，只承担推进责任。与此相应，在行政诉讼中，被告只需提供初步的证据就可以证明被诉具体行政行为合法，而原告为了证明被诉具体行政行为违法，必须提供充分的证据。

例如《道路交通事故处理办法》（1991 年 9 月 22 日中华人民共和国国务院令第 89 号发布）第 17 条规定，“公安机关在查明交通事故原因后，应当根据当事人的违章行为与交通事故之间的因果关系，以及违章行为在交通事故中的作用，认定当事人的交通事故责任。当事人有违章行为，其违章行为与交通事故有因果关系的，应当负交通事故责任。当事人没有违章行为或者虽有违章行为，但违章行为与交通事故无因果关系的，不负交通事故责任。”据此，在一般情况下道路交通管理部门（交通警察大队）为了处罚交通肇事者必须查明：第一，交通事故结果；第二，当事人的交通行为情况；第三，当事人本人的情况；第四，当事人的交通行为与交通事故之间有因果关系；第五，当事人的交通行为违法交通管理法律法规。也就是说，道路交通管理部门对处罚决定的合法性承担证明责任。该证明责任在行政诉讼中则演变成为被告的说服责任。

该办法第 20 条规定：“当事人逃逸或者故意破坏、伪造现场、毁灭证据，

使交通事故责任无法认定的，应当负全部责任。”如果当事人在交通事故发生之后逃逸，道路交通管理部门只需要查明上述第一、第二和第三项事实，以及当事人逃逸的事实，就可以直接作出在一般情况下不能作出的处罚决定，至于当事人的交通行为是否违法，是否与交通事故有因果关系，在所不问；当事人为了使自己不受处罚，必须提供充分的证据证明：第一，自己的行为不构成逃逸行为；第二，自己的交通行为没有违法交通管理法律法规；第三，自己的交通行为与交通事故没有因果关系。如果当事人提供的证据不足于证明这三种情况，道路交通管理部门在就可以作出处罚决定，即便是当事人在一般情况下根本不应当承担处罚责任。

《道路交通事故处理办法》第 20 条的规定将道路交通管理部门（职权机关）的证明责任减轻为推进责任，即调查收集和认定表面证据或者初步证据的责任，而同时给当事人（相对人）施加了证明自己没有过错的说服责任，即提供充分的证据证明自己“无罪”的责任。《道路交通事故处理办法》为什么要采取这种立场？笔者就此问题专门请教了一些交通警察。他们认为，“交通事故发生之后，只要当事人逃逸就推定其违法，应当承担全部责任。”这是因为：第一，是保护公民生命和财产的安全需要。在一般情况下，司机如果遇到生命或者财产面临危险的人，有给予救助的道德义务，而在他人的生命和财产所面临的危险与自己直接相关时，自己就具有给予救助的道德和法律上的双重义务。无论自己是否有过错，都应当提供帮助。如果丢下受害人不管，就会导致损失过大，许多本来可以得救的人因为事件发生后另一方当事人逃逸，而丧失生命。推定逃逸者承担全部责任，有助于保护受损害一方当事人的生命和财产安全。第二，是查明案件事实的需要。交通事故发生在道路上，现场极容易被破坏，如果一方当事人逃逸，就会使道路、交通管理部门无法查清案件的事实真象，这既然是由当事人逃逸造成的，那么由其承担全部责任也是合情合理的。

从证据法的角度来看，交通警察的上述解释是完全正确的，其中对价值选择的说明是精辟的。笔者认为，《道路交通事故处理办法》的这些规定实际上是确立了违法推定规则，类似于刑事诉讼中的有罪推定。只要一方当事人逃逸，就推定其违法，承担全部责任，道路交通管理部门只要调查收集初步的证据，就可以直接作出处罚决定。虽然这种做法很可能产生错误，但是，由于其中的价值选择，使这种错误具有可接受性，是合法的错误。该推定是一个强度推定，逃逸的一方当事人必须提供充分确凿的证据证明自己没有任何过错。只要逃逸的当事人作到了这一点，道路交通管理部门应当给予认定，按照案件事

实客观真相作出处理决定。这样才符合实事求是、合法合理的原则。

由于行政诉讼举证责任与行政程序的证明责任和举证责任具有对应一致的关系。逃逸的一方当事人起诉后，由于违法推定规则的作用，应当承担自己没有过错的说服责任，否则，被告只要提出初步的证据证明原告逃逸的事实以及相应的法律根据，法院就应当维持处罚决定。

（二）应当在一般行政许可案件中设立相对人过错推定规则

药品管理法第5条规定，"开办药品生产企业必须具备以下条件：一、具有与所生产药品相适应的药师或者助理工程师以上技术人员及技术工人。中药饮片加工企业没有药师或者助理工程师以上技术人员的，应当配备熟悉药性并经县级以上卫生行政部门审查登记的药工人员。二、具有与所生产药品相适应的厂房、设施和卫生环境。三、具有能对所生产药品进行质量检验的机构或者人员以及必要的仪器设备。"根据本条规定，药品生产企业的开办人必须符合上述三个条件，卫生行政部门才能颁发《药品生产企业许可证》。在证据法上，有关这三个条件的事实称为证明对象。

该条规定只是确立了案件的证明对象，没有回答这些事实应当由谁来最终证明，没有解决证明责任（举证责任）的分配，卫生行政执法人员不能直接根据本条规定决定这些事实应当最终由自己证明或者由开办人最终证明。卫生行政部门在立案之后，必须在法定期限内对开办人的申请作出处理，不能因为案件事实没有查明就拒绝"执法"，推脱职责，在这种情况下就产生了如下问题：与这些条件有关的事实应当由谁来最终证明？如果开办人是否符合法定条件的事实不能在法定期限内查明，不利的后果应当由谁承担？也就是说，卫生行政部门是颁发或者不予颁发《药品生产企业许可证》？要顺利解决这些问题，不能限于本条规定——因为该规定不能回答这些问题，而需要另外一个专门的证明规则，这个规则正是推定。

关于推定的设立，有两种方案可供选择。第一种方案设立开办人符合法定条件的推定，根据这种推定，卫生行政部门应当承担证明责任，最终证明这三个案件事实。如果卫生行政部门在法定期限内不能证明开办人不符合法定条件，则推定开办人符合法定条件，卫生行政部门应当颁发《药品生产企业许可证》。第二种方案是设立开办人不符合法定条件的推定，根据该推定，开办人应当承担举证责任（说服责任），最终证明这三个案件事实。如果开办人在法定期限内不能证明这三个案件事实，卫生行政部门无须调查，可以直接根据该推定作出不予颁发《药品生产企业许可证》的处理决定。

相比较之下，第二种方案更为科学合理，在找出更合适的措辞之前，笔者

姑且称这种推定为相对人过错推定规则。笔者认为：

第一，相对人过错规则有利于督促开办人遵纪守法，迫使相对人在提出申请之前认真作好准备工作，从而根本上有利于保护社会的利益。众所周知，假冒伪劣产品和劣质服务是我国的一大公害，每一个人在每一时刻都可能受害。加大打击的力度、提高民族素质当然是消除这种公害的方法，但是，从个案行政执法的角度来看，设立相对人过错推定规则能够迫使相对人事前积极创造有利的条件，避免开工生产后再出现问题。该规则使开办人预先知道自己对符合法定条件的事实承担最终的举证责任，要想获得《药品生产企业许可证》，必须提供符合法定证明标准的证据证明自己已经具备法定条件，而提供这些证据的前提是自己客观上已经具备了法定条件。如果开办人实际上不符合法定条件，开办人就没有提供相应的证据的基础。除非伪造证据或者"走后门"，相对人是不能在尚不具备法定条件的情况下提供自己符合法定条件的证据的。

第二，相对人具有承担举证责任的充分的能力，过错规则不会损害相对人的合法权益。药品生产企业的开办人往往是有雄厚资金的企业，不但具有相应的专业技术人员，而且具有先进的技术设备。对自己是否符合法定条件，开办人最清楚；开办人掌握着有关的证据材料，由开办人承担证明其符合法定条件的举证责任，不会给其造成什么困难。如果开办人举证有困难，恰恰说明其不符合法定的申请条件，不应当获得《药品生产企业许可证》。在自己已经具备法定条件的情况下，开办人举证是不会困难的。相对人过错推定规则有利于调动开办人举证的积极性，发挥开办人举证的优势。

第三，相对人过错推定规则符合案件事实的常态联系，设立该规则有利于提高行政效率。案件事实只有两种可能性：开办人符合或者不符合法定条件；案件的处理结果也只有两种可能性：颁发或者不颁发《药品生产企业许可证》。开办人不能证明其符合法定条件，在绝大多数情况下是因为的确不具备法定条件。在开办人不能证明其符合法定条件的情况下，卫生行政部门一次又一次地调查其是否真的不符合法定条件；如果符合法定条件，作出颁发《药品生产企业许可证》的决定，精神固然可贵，但是会加大行政资源的耗费，实在不是一个明智的办案方式。相对人过错推定规则虽然可能出现一些失误，例如开办人没有证明其符合法定条件，但是实际上他完全符合法定条件，但是，由于该规则所具有的保护社会利益的价值，这种错误是可以接受的。

相对人过错推定规则并没有消除卫生行政部门的审查判断责任。对开办人提供的证据，卫生行政部门应当进行全面的审查，认为其符合法定的证明标准的，才能推翻相对人过错的推定，作出颁发《药品生产企业许可证》的处理决

定。如果经审查认为开办人提供的证据不足于证明其符合法定的申请条件，相对人过错推定规则仍然存在，卫生行政部门只能根据该规则认定开办人不符合法定条件。相对人过错推定规则在行政诉讼中同样适用，开办人（原告）在诉讼中主张自己符合法定条件的，应当对此承担说服责任；如果开办人不能提供符合法定证明标准的证据，行政审判人员可以根据相对人过错推定规则直接认定其不符合法定条件。

以上分析虽然限于药品管理法，但是其中的法理对其他行政许可案件乃至一切有利具体行政行为案件都适用。但是，推定是一种具有偏见性的证明规则，应当限制其适用范围：一般行政许可案件，主要是指直接影响公民生命健康的许可案件，具体来说包括卫生许可案件、食品生产和经营许可案件。诸如规划许可案件、环境许可等案件虽然也直接影响公民的生命健康，但是这些案件影响重大，案件事实的证明往往涉及立法性事实、预测性事实和行政案卷之外的事实，应当完全由行政机关证明，没有设立相对人过错推定规则的可能性。

（三）应当在行政侵权赔偿诉讼中设立过错推定规则

一般认为，在行政侵权赔偿诉讼中，原告应当承担说服责任，原告不仅要提供具体行政行为存在的证据（推进责任），而且要提供证据证明自己受损害的事实，以及具体行政行为与损害的因果关系（说服责任）。但是，已经有学者认识到了这种观点的局限性，认为行政侵权赔偿诉讼的举证责任既与民事诉讼不同，也与行政诉讼不同，原告只要提供初步的证据证明损害的存在和损害与具体行政行为的因果关系即可，被告应当承担不存在因果关系，或者即使有因果关系，自己也不应当承担赔偿责任的充分确凿的证据，否则法院就可以根据“初步证明理论”认定被告承担赔偿责任。

从其他国家的法律规定来看，第二种观点更为合理。例如奥地利国家赔偿法（1948 年 12 月 28 日）第 2 条规定，“请求官署损害赔偿时，不必指出机关的特定姓名，仅需证明损害是由被诉的官署的机关的行为所引起。”奥地利公职责任法第 2 条第 1 款规定，“提出赔偿请求不必指出一个确定的机关成员，只要证明损害只能是被控告机关的成员违法行为所致即可。”据此，原告只需提出证据证明损害只能是由被诉机关，而不是其他机关的违法行为所引起，请求即成立；也就是说，原告只需要证明：第一，违法行为存在；第二，违法行为只能是被诉官署的行为；第三，损害与被诉的违法行为有客观上可能的联系。被告应当提出充分的证据证明自己不应当承担赔偿责任，包括：第一，原告已经通过其他途径获得了赔偿；第二，原告自己存在着过错；第三，违法行

为与损害证据确实没有因果关系。又如英国王权诉讼法第40条第3款规定，证明“国务大臣的证书（1）被指控的与联合王国政府的原因而引起的政府的责任；（2）证明政府提起的诉讼不是以联合王国政府的权利提起的。为本法之目的，证书对其所证明的事项应是结论性的。”据此，被告对原告无权提出赔偿请求、以及原告提出赔偿请求的原因与政府无关，承担提供终局性(conclusive)的证据的责任（说服责任）。总之，相比较之下，被告承担的举证责任显然要比原告承担的举证责任重得多。据此可以认为，原告承担的是推进责任，而被告承担的是说服责任。

在行政侵权赔偿诉讼中原告承担推进责任，被告承担说服责任是合理的：第一，是查明案件事实，顺利进行诉讼的需要。原告调查收集证据的能力远远比享有国家权力的行政机关弱小；原告的法律知识，特别是专业技术知识，远远比拥有大量的行政专家的行政机关落后；原告的财力和物力也不可能与拥有国家财政支持的行政机关匹敌。如果将应当赔偿的说服责任完全施加在原告身上，就会给原告进行诉讼和生产生活造成巨大的困难；将不应当承担赔偿责任的说服责任赋予被告（行政机关），困难则要小得多。举证能力是一个必须考虑的因素，查明案件事实是诉讼的当然要求，而“实现这一要求所面临的困难、拖延和成本最低的当事人承担举证责任”。第二是实现司法正义的需要。“正义即公平”，而公平的首要的原则是“平等分配基本权利和义务”。无论是在行政程序中还是在行政侵权赔偿诉讼中，公民、法人或者其他组织都是弱者。在行政程序中，公民、法人或者其他组织的财产权或者人身权处于行政机关的控制之下；在行政侵权赔偿诉讼中，原告的各个方面的能力也弱于被告。赋予原告以说服责任，虽然是一个可行的办法，但对保护他们的权益极为不利，他们在行政程序中已经处于不利的处境，而在行政侵权赔偿诉讼中还要处于不利的地位。被告在行政程序中处于极为有利的地位，在行政侵权赔偿诉讼中承担比较重的举证责任（说服责任）符合公平正义的原则。第三，是实现行政侵权赔偿诉讼目的，即保护公民、法人或者其他组织的权益、监督行政机关的客观需要。如果原告提不出充分确凿的证据证明被告应当承担赔偿责任，而被告也提不出充分确凿的证据证明其不应当承担赔偿责任，案件事实处于不明确肯定的状态，是判决被告承担赔偿责任，还是判决被告不承担赔偿责任更有利于实现行政侵权赔偿诉讼的目的？相比较之下，判决被告承担赔偿责任更有利于实现行政侵权赔偿诉讼的目的。一方面，这种选择有利于原告——这种“有利”并非毫无根据，因为原告已经提出了初步的证据；另一方面客观上会迫使被告在行政程序中更加谨慎地作出具体行政行为，特别是更加全面细致地

调查收集证据，遵守法定的程序，从而使行政侵权赔偿诉讼真正成为名副其实的威慑力量。

为此，法律应当确立责任推定规则，一旦具体行政行为被确认违法，即推定原告所遭受的损害是由具体行政行为造成的，被告应当承担赔偿责任。只要被告不提出充分确凿的证据证明自己不应当承担赔偿责任，人民法院就应当判决被告承担赔偿责任。确立过错推定规则，可能产生错误，但由于前文所述的价值选择，这种错误是可以接受的“合法的”错误。

第二节　行政诉讼中的司法认知

司法认知（judicial notice）是法院在审理过程中以宣告的形式直接认定某一个事实的真实性，以消除当事人无谓的争议，确保审理顺利进行。司法认知在我国行政诉讼法学上是一个崭新的问题，下文主要介绍英美法系国家关于司法认知的理论，并结合我国行政执法和行政审判的实际情况进行初步的探讨。

一、司法认知的一般理论

关于司法认知一般原理，1940 年英国的马克奎科诉哥德达得案件（下文简称为骆驼案件）既典型又生动。该案的案情是：原告在被告的公园中被骆驼踢伤。原告为求得赔偿，主张骆驼是野生动物，根据有关实体法规定，骆驼的主人（被告）如果不能证明对骆驼伤人的本性尽到了足够的注意，应当承担绝对的赔偿责任。双方当事人就骆驼是驯化动物还是野生动物产生了分歧，一审法院的法官对骆驼是驯化动物的事实采取了司法认知，认定骆驼是驯化了的动物，上诉法院肯定了原审法院的意见。大法官 Scott 的意见是，“我认为，被告的证人很明确地证实世界各地自从 1938 年以来就不再存在野生骆驼。没有野生骆驼可供捕捉和象大象那样被驯化。世界上尚存野生大象，在亚洲和非洲都有，而且数量巨大。尽管它们可以被驯化，可以被教养得非常聪明，就像 Burma 柚木森林和印度的大象那样。但是，保护野生大象还是有必要的，尽管在特定情况下它们会伤害人类。但是与大象不同，骆驼在世界各地不存在野生状态，它们是家畜，用于载运人或货物，或者用于其他应付干旱的目的。在本案中，上诉人强烈地辩称世界所存的骆驼与英国普通的骆驼属于不同的种类，因为，在英国骆驼还没有变成驯化的动物。我认为这种理由是荒谬的。如果某种动物在世界范围已不存在野生物种，它就不再是野生动物，无论是在英国还是

在其他国家。骆驼是家畜，已被训练的专为人类所用，毫不夸张地说，骆驼已经习惯于与人类共同生活。因此，上诉人的理由是失败的，有鉴于此还应记住下述问题：应当由法官而不是陪审团来决定某种动物是驯化的还是野生的。”

Clauson 大法官认为，“我同意 Scott 大法官的意见。我要说的是我没有发现下级法院的判决有什么错误，但是，我乐于对有关骆驼自然本性事实的证据说上两句。该证据并非一般意义上的用于证明系争事实的证据，这一点必须弄明白。我认为，这是应当采取的正确的立场。法官可以采取司法认知。在本案中，对骆驼不同于其他动物的自然本性的事实可以采取司法认知。出示该证据的理由是它有助于法官对该事实的通常状况形成自己的意见，一般认为法官以对这种事实具有充足的知识。……对此 Stephens 的《证据法纲要》（Digest of the Law of Evidence）第 60 页作了最好的解释：‘法院采取司法认知的事实无须由主张其存在的当事人提供，如果当事人要求采取司法认知，法官本人对此类事实不熟悉，可以向某人、某事或者某个文件求助，以形成自己的确信，也可以拒绝采取司法认知，除非或者直到请求采取司法认知的当事人提供了可供参考的文件或者书籍。’这些文件或书籍记载了熟知这些特殊的自然现象的人的知识。在本案中，由于一本参考书籍中有关系争事实的声明在某种程度上似乎存在严重的缺陷，法官认为允许对自然发展史具有专门知识的人向其提供口头证言是适当的和有必要的。一旦提供了这种证据并且与参考书籍的陈述相权衡，系争事实就变得非常简单了，法官可以毫不费力地对系争的被要求采取司法认知的自然现象作出正确的声明，我同意驳回上诉。”

本案案情带有一定的戏剧性，Scott 法官和 Clauson 法官的意见不无讥讽之意。但就司法认知而言，本案的案情和大法官的意见却比较全面地揭示了一般的问题，下文结合其他案例和我国的实际情况探讨。

（一）司法认知的范围

司法认知的范围是指法院可以对哪些事实采取司法认知，在确定司法认知的范围方面，比较突出的问题是：

1、无可争议的事实和可争议的事实

法院可以对明显的、不可争议的事实采取司法认知，这是各国证据法学者的共识。例如日历、自然科学定律、官方统计数据、众所周知的事实，对这些事实采取司法认知，直接确认其真实性，一方面可以免除当事人的举证责任，避免当事人在这些事实上进行无聊的、琐碎的争议，拖延诉讼；另一方面法院也可以借此合法地将这些事实列为定案的根据，防止其判决在上诉审程序中被撤销。摩根（Morgen）认为，对于当事人不能提出合理争议的、明显的事实，

法院应当采取司法认知。“正如法院不能采取行动，除非法官了解法律，以及法官和陪审团了解对社会上所有有知识的人来说是普通的知识或者一般推理过程中常见的知识那样，如果法院允许当事人对与合理争议无关的、明显真实的事实产生争论，并努力追求相反的结果，或者允许当事人对凡诉讼当事人都能知晓的、能够通过无争议的材料所直接和准确证明的事实提出质疑，法院就无法调整社会关系，实现创建它的目的。应当承认，这就是司法认知得以确立的原因和政策。…其目的是为了保证司法认知的可靠性使理智的人明确认为没有争议。”伯纳德·施瓦茨也持这种观点，他认为，司法认知必须限定在一定的范围之内。除法律知识之外，法官被假定为平常的人。因此，“司法认知限于众所周知的事实或任何人都能通过日历、年鉴等可以准确确证的事实。”

其他一些学者认为，法院不但可以对没有争议的事实采取司法认知，而且可以对当事人能够提出合理争议的事实也采取司法认知。麦克米克认为，司法认知的事实不一定是确定的和无可置疑的事实，法院对存在着合理争议的事实同样可以采取司法认知。泰勒认为，司法认知不过是推理的一种方法，是对特定的案件事实的初步的承认，允许当事人提出反驳，因此法院可以对可争议的事实采取司法认知。“采取司法认知并未使事件不可争议，司法认知不过是表面的承认（prima facie recognization）而已，对司法认知的事件提出异议的大门仍然是敞开的，…在许多案件中，采取司法认知仅仅意味着假定或者假设某事件是真实的，直到有理由认为应当作出其他认定。法院可以对许多他们不能被要求熟知的事件采取司法认知。”麦克米克和泰勒之所以认为法院可以对有争议的事实采取司法认知，是因为他们将司法认知仅仅视为法院初步认定案件事实的证明方法，当事人可以对此加以反驳；如果当事人反驳合理，法院可以及时撤销司法认知。这正是骆驼案件中法院所采取的立场。

在我国，人民法院只对不可争议的事实采取司法认知。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 75 条第 2 项、第 4 项和第 5 项规定，“下列事实，当事人无需举证：……（2）众所周知的事实和自然规律及定理；（4）已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实；（5）已为有效公证书所证明的事实；……”最高人民法院没有使用司法认知一词，但是其基本法理与司法认知是完全一致的。当事人无须举证的事实，对人民法院来说即是可以直接确认的事实，而这正是英美法系国家所说的法院可以司法认知的事实。

与骆驼案件中法院的立场相比较，我们认为我国人民法院的做法是科学的，对存在合理争议的事实，人民法院不得采取司法认知，而只能通过庭外调

查取证、庭内调查辩论的方式予以查明。根本原因在于，作为法院直接认定案件事实的证明方式，司法认知应当是严肃的、认真的，既应当符合法定的形式，也应当具有法定的证明力。如果允许人民法院对存在合理争议的事实采取司法认知，不但会损害审判的严肃性、可信度，客观上剥夺当事人的质辩权，而且会给一些审判人员指鹿为马、枉法裁判提供便利条件。司法认知是人民法院直接确认某一个事实的真实性，具有法定的证明力，除非人民法院自行纠正或者上级人民法院裁定撤销，对当事人具有约束力，当事人不能通过举证加以推翻。法定的证明力和法定的表现形式是互为表里的，既然司法认知具有法定的证明力，人民法院在采取时应当办理必要的手续。我们认为，这个手续以裁定为宜。人民法院在作出裁定直接认定某一个案件事实的真实性时，应当简要说明理由。裁定可以书面形式作出，也可以由审判长在法庭调查过程中直接以口头方式作出，并入卷备查。

2、本国法律和外国法律

对事实的司法认知称为事实司法认知（judicial notice of law）。那么，法院是否可以对法律采取司法认知呢？对此，英美法系国家的证据法学者认为，法院可以认知本国的法律，但是不得对外国法律采取司法认知。对本国法律的司法认知称为法律司法认知（judicial notice of law）。

加拿大的做法比较典型，该国有关法律明确规定法院在必要情况下应当对本国法律采取司法认知。加拿大证据法第 18 条规定："即使没有请求，对加拿大议会颁布的所有法律都应当予以司法认知，无论是公法还是私法。"安大略法律解释法第 7 条规定："（1）任何法律都应当由法官、军事法院法官以及其他法官予以司法认知，即使当事人没有申请。(2) 任何（官方）声明都应当由法官、军事法院法官以及其他法官予以司法认知，即使当事人没有提出申请。"

加拿大证据法第 17 条规定："英国议会颁布的所有法律，国务院总理颁布的所有的条例，省长颁布的条例，已经成为或者将要成为加拿大一部分的殖民地总督颁布的条例，都应当予以司法认知，无论是在 1867 年英国北美法（the British North America Act, 1867）之前还是之后通过。"英国法律对加拿大来说属于外国法律，之所以能够采取司法认知是因为加拿大与英国的特殊英联邦关系，只是一种例外情况。作为一般原则，法院是不能对外国法律采取司法认知的。理由是：第一，法官负有掌握本国法律的义务，被强制性地推定为本国法律的专家，但是法官没有掌握外国法律的义务，当事人对于其主张的外国法律规定应当提出证据证明。摩根认为，法官负有了解本国法律的职责，如果他没有掌握本国的法律知识，他就必须去学习。"国内法的知识以及掌握这些知识

的能力都是履行职责必备的条件。有关将国内法适用于事实的规则的知识，同样如此。有关法官具有这些方面的知识的假定是强制性的。如果法官缺乏这些知识，或者缺乏其中的任何一个要素，他就应当努力去掌握。原审法官的任何缺点应当由上诉法院的法官纠正；这些缺陷在终审法院的法官身上应当假设为不存在的。”第二，从维护司法主权立场出发，外国法律规定只能被认为是事实问题，即是否存在规定以及规定的内容是什么；而不能认为是法律问题，即是否具有法律约束力。在1933年的一个案件中，英国法院认为苏联法律是事实问题，应当由当事人提供证据证明，法院不能采取司法认知。在1929年的一个案件中，安大略上诉法院认为，“一国是不能对另一个国家的法律采取司法认知的。如同其他事实，外国法律必须经过证明。”

即使是本国法律，法院也并非都能够采取司法认知。约瑟夫认为，法院不能对委任立法采取司法认知，因为委任立法没有正式立法那样的明显性和可接受性。但是，对地方性法规和规章，法院在其地域范围之内可以采取司法认知。

我们认为，英美法系国家的做法将简单的问题复杂化了，我国人民法院不得也没有必要对法律采取司法认知。首先，人民法院不得对外国法律采取司法认知。从维护外国司法主权的立场出发，外国法律对我国人民法院没有直接的约束力，外国的法律是否存在、是否有效，对人民法院来说首先是事实问题，而不是法律问题。人民法院在适用外国法律之前，首先应当进行严格的调查，确认外国法律的真实性，然后根据惯例和国际条约确认其适用性。其次，对我国法律，人民法院没有必要采取司法认知。我国的法律法规是由法定的机关按照法定程序制定的，一经公布，即视为被法官和公民所知晓，当事人没有提出异议的可能性，人民法院也没有采取司法认知的必要性。当事人不了解我国法律法规的，可以查阅有关的法律法规汇编；法官不了解我国法律的，应当进行培训。司法认知对确认我国法律的真实性没有任何意义。虽然我国的立法体制复杂，享有地方立法权的权力机关和行政机关众多，要求法官了解和掌握所有的地方性法规是不可能的，但解决这一问题的方法是培训，而不是司法认知。

3、法官个人的经验

法院并非对所有的事实都可以采取司法认知。司法认知属于外在的证明方式，除此之外法院还要使用大量的内在的证明方式，例如逻辑推理、猜测、设想等等，内在证明方式所使用的事实主要是法官个人的法律知识和经验，是不可能在法庭中公开证明的。泰勒认为，司法认知的应用往往与其他证明方式交织在一起，法官在应用司法认知时不但要使用本案证据，而且要使用个人的经

验和理性，后者是不可能一一说明的。"司法认知并不仅仅属于证据法，而且也属于法律或司法推理的一般课题。实际上，它已被编织到司法职能的网络系统中了。司法推理的过程，正如其他推理的过程那样，每一步都离不开一些未经证明的事情。这样做的权力，以及合格的判断力和效率，是赋予法官和陪审团的部分的必要的精神装备之一。""法官在权衡某个证据的证明价值与其偏见性以确定是否采纳时，必须要考虑一些未经证明的事情。这些情况都需要采用司法认知吗？法官有必要告知当事人在作出裁定时所考虑的各种情况吗？有必要告知当事人在作出裁判时所考虑的案卷之外的事实吗？有必要告知当事人他主持审判时为评价证人的人格可信性所根据的各种事实吗?"显然，法官是不会也不可能告诉当事人他所考虑的全部情况的。对于内在证明方式所涉及的事实，法院不可能也没有必要采取司法认知。

综上所述，笔者认为，人民法院只能对明显的、没有合理争议的事实采取司法认知。

（二）司法认知的作用

司法认知的作用表现在如下两个方面：

1、司法认知是一种快捷的法定证明方式

当事人举证、庭外调查取证、庭审调查、逻辑推理、推定和司法认知都是法院查明和认定案件事实的证明方式。与其他证明方式相比较，司法认知的特点是快捷性，它不仅仅是法院采纳证据的一种快捷证明方式，也是法院认定案件事实的一种快捷证明方式。如上文所述，司法认知主要适用于明显的、没有合理争议的事实。对这些事实采取司法认知，一方面法官可以有效地指导当事人明确案件的争议点，使当事人的举证集中在刀刃——可争议的案件事实上，避免当事人东拉西扯，进行无聊的、琐碎的争议，从而提高诉讼效率；另一方面可以以合法的形式采纳证据、认定案件事实，保证裁判的合法性。"要求法官与任何在法院的人都知道的事实隔绝，并坚持要求以口头方式证明法官作为常人比向其陈述的证人还要了解的事实，是一个很容易变成迂腐或无用教条的规则。…司法认知所涉及的情况是，在有关的事实得到证明时，特定的事实肯定是成立的，即使没有宣誓证言、经适当保存的书证来证明其成立。司法认知所指向的事实是法官可以采纳并旨以为据的事实，无论该事实是从其一般知识中得出的，还是通过调查所获得的信息中适当地推断出来的。"

2、司法认知影响举证责任的分配

司法认知的法律效力在于确认某一个证据或者案件事实的真实性。经司法认知的事实，其真实性已经为法院所确认，因此主张的一方当事人无须举证证

明，反驳的一方当事人应当承担举证责任。问题是：司法认知影响的是推进责任还是说服责任？

笔者认为，司法认知对举证责任分配的影响因当事人的主张而异。对主张某一案件事实的当事人来说，司法认知免除了其说服责任；对反对该案件事实的当事人来说，司法认知只是为其施加了推进责任。一方面，司法认知具有确认某一个案件事实真实性的法律效果，在反对的当事人提出有效的反证之前，其真实性已经为法院所肯定，主张的一方当事人无须说服法官，其说服责任因司法认知而免除。另一方面，司法认知是法院行使职权的行为，其有效性应当由法院自己最终证明，反对的一方当事人虽然应当承担提出反证的责任，但是该责任与人民法院是否修正其司法认知没有必然的因果关系，即便是反对的一方当事人没有提出有效的反证，法院一旦查明司法认知的事实不成立，也应当自行修正司法认知。在司法认知中，法院以自己的职权行为确认了案件事实的真实性，其正确性自然应当由法院负责，反对的一方当事人没有是否说服法官修改司法认知的义务。

（三）司法认知的应用

法官在应用司法认知时应当注意的问题是：

1、严格掌握司法认知的范围

明显的和没有合理争议的事实是司法认知的对象。什么是“明显的”和“没有合理争议的”，需要法官根据案件的具体情况作出判断。一些事实在某个地区是众所周知的、明显的，但是在另一个地区却是需要当事人举证证明或者法院调查查明的；法官认为是明显的、没有合理争议的，但是当事人却认为存在着合理的争议。掌握司法认知的范围是诉讼证明中的一个难题。

在英美法系国家，学者们认为采取司法认知是法院的裁量权，由于司法认知有利于发挥法官的主观能动性，提高诉讼效率，应当鼓励而不是限制法院应用司法认知。泰勒认为，司法认知的范围因案而异，应当由法官根据案件的具体情况裁量，而不宜作全面的界定。“司法机关可以或者应当对什么样的事实在未经证明的情况下采取司法认知？只能准确地列出其中的一部分。有些是根据明确的法律条款采取的；有些是参考先例采取的；而在参考先例时，往往选择其中的一部分，以不符合一般原则的作法忽视另一部分；其他是根据推理的成熟规则和良好的理智采取的，这主要取决于裁判机关的裁量权，在任何理论探讨中，司法认知的范围只能例证而不能界定。”威格摩尔更进一步，认为应当鼓励法院采取司法认知，以提高诉讼效率。司法认知“是一个非常有用的工具，虽然并非由法官所发明创造，请允许法官自由地使用，以避免司法程序因

人为的软弱而出现大量的和不必要的失败。”

在实践中，法院倾向于扩大司法认知的适用范围，法官因此经常出现失误，许多案件因司法认知不当被撤销。在美国1947年的一个案件中，法官对“良好道德”采取了司法认知。公诉人对此不服，提出上诉。法院是否可以对“良好道德”采取司法认知成为上诉法院审理的焦点。上诉法院法官Frank认为，“良好道德”是一个抽象的标准，其具体内涵难以确定，法官本人的认识不一定反映了公众的认识，实际上关于什么是“良好道德”，上诉法院自己的意见也是“试验性”的。另外，法院在对这种抽象的标准采取司法认知时，通常不使用证据，这使司法认知的可靠性更加令人怀疑。“司法认知允许法官对这类情况进行适当的非正式的调查。但是，正是因为这种目的（正如履行其他司法职责那样），法院并不总是具有充分的条件，因此，‘司法认知’有时实际上意味着‘司法疏忽’（judicial ignorance）。”在准确调查案件事实方面，“法院并非无能为力，司法的软弱是有限度的。如果所涉及的系争事实对人的生活影响重大，我认为我们没有必要、也不应当诉诸未以调查核实的猜测，完全使‘我们的结论丧失证明手段’”。“因此，我们认为在这种缺乏查明当今公众反应的手段的案件中，我们应当指示地方法官：法官应当允许上诉人和政府提供吸引法官注意力的与主题有关的情况，法官可以以任何适当的方式进行补充。以这种方式获得的所有材料都应记入案卷。基于上述理由，（地区）法官应当重新考虑其判决，作出新的认定结论。唯有此，在出现另一个上诉时，我们才能够避免只有自己才能明白的猜测，才能作出为公众接受的判决。”

我们认为，英美法系国家扩大司法认知适用范围的做法不足取，我国人民法院应当严格掌握司法认知的适用范围。凡是当事人能够提出合理争议的事实，人民法院不得采取司法认知。如果说“明显”是审判人员确定司法认知范围的裁量标准，那么，当事人是否能够提出合理争议是审判人员在根据案件的具体情况认定司法认知的适用范围时必须严格执行的硬性标准。

2、采取司法认知之前应当进行充分的调查

为了正确地采取司法认知，法院应当进行调查研究，具体方式包括听取当事人陈述、询问证人和专家、参阅书籍等等。在采取司法认知之前或者之后，法院都应当听取当事人的意见。“法院可以运用自己的首创精神，参阅历史著作和文件，法院也可以从中作出推断。…在采取司法认知之前，法院甚至可以听取宣誓证言。”虽然“法官的调查和结论是不受限制的。他可以驳回任何一方或者双方当事人提出的意见，可以考虑任何适当的材料，也可以不这样做。法官可以独自调查具有说服力的材料，也可以仅仅以本人现有的或者当事人提

供的材料为根据，他可以作出与现有材料的证明力一致或者相反的结论，”但是，法官不能因为采取司法认知，变相剥夺当事人的质辩权。

需指出，调查使司法认知与一般的采纳证据的过程极为相似，在这种情况下法官应当特别注意司法认知与一般证明方式的区别。克劳斯（Cross）认为，“如果法院在采取司法认知之前进行了调查，采取司法认知的过程与采纳证据的过程是模糊不清的。……证据是根据传闻证据规则的例外采纳的，还是通过司法认知采纳的，很难分得清楚。如果在采取司法认知之前听取宣誓证言，司法认知与采纳证据的相似性更为明显。”但是，司法认知是法院以宣告的形式公开、直接地采纳证据，确认案件事实的真实性，具有法律效力，而一般的采纳证据和认定案件事实过程没有这种正规的形式，也没有这种效力。由于其正规的形式和法律效力，司法认知排除一般证据规则的适用。“即使采取司法认知的过程与采纳证据的过程极为相似，两者还是有本质区别的。…本质区别在于，在法官采取司法认知时，传闻证据规则不适用。”

3、采取司法认知时应当允许当事人反驳

司法认知的法律效力最终取决于本案判决的效力，在本案判决生效之前，司法认知只具有形式上的证明力，并没有最终确定。司法认知并不意味着调查程序的完结，案件事实只能在作出裁判时确定下来，司法认知没有最终确认案件事实真实性、结束调查程序的作用。“采取司法认知并未使事件不可争议，司法认知不过是表面的承认（prima facie recognition）而已，对司法认知的事件提出异议的大门仍然是敞开的，…在许多案件中，采取司法认知仅仅意味着假定或者假设某事件是真实的，直到有理由认为应当作出其他认定。”为了保证司法认知的正确性，保护当事人的知情权和质辩权，法院在采取司法认知之前和之后都应当给当事人提供反驳的机会。应当认为，查明案件事实真相的最有效的和最后的手段仍然是调查，而不是司法认知。

另一方面，在采取司法认知时，如果法院能够告知当事人所认知的事实，并且给当事人提供反对意见的机会，就会增加当事人对审判的信任，尽早息诉执行。“秘密使用司法认知往往会引起对待当事人的公正问题，由于没有被给予提出相反证据以支持相反意见的机会，当事人必须经常猜测法官采纳了哪一种事实。如果当事人知道法院采纳的事实，并且被给予提供反对意见的机会，当事人就会对裁判更为满意，法院自己也可以了解到更多的情况。”戴维斯认为，采取司法认知时是否给当事人提供反驳的机会，取决于对程序公正性和便利性的权衡。如果便利性的考虑大于公正性的考虑，可以不给当事人提供反驳的机会；否则，就应当允许当事人反驳。笔者认为，这种看法实际上会导致剥

夺当事人质辩权的不良后果，便利性和公正性是抽象的标准，为法院借口便利性大于公正性提供了可乘之机。当事人的质辩权是一个不可动摇的标准，无论是哪一种考虑，法院都应当给当事人提供反驳的机会。

二、行政诉讼中的司法认知

人民法院在行政诉讼中采取司法认知是保证诉讼顺利进行、提高诉讼效率的需要。结合司法认知的一般原理，笔者认为，在采取司法认知时人民法院应当注意如下两个问题：

（一）合理掌握司法认知的范围

1、人民法院只能对明显的并且没有合理争议的事实采取司法认知

与司法认知的一般原理一致，人民法院在行政诉讼中只能对明显的并且没有合理争议的事实采取司法认知。具体来说包括：第一，众所周知的事实，例如某天的天气、习惯风俗、长期形成的历史性事实等等。第二，自然科学定律。第三，官方统计的数据和官方公报的事实，例如国家统计局统计的年度平均工资数据、人民代表大会公报的事实、政府公报的事实、最高人民法院公报的事实、最高人民检察院公报的事实。第四，人民法院生效判决确认的事实。第五，行政机关生效处理决定确认的事实。第六，有效的公证文书确认的事实。第七，明显的、没有争议的事实。

（二）遵守司法认知的一般程序规则

司法认知的一般程序规则包括：

第一，人民法院可以依职权或者应申请对特定的事实采取司法认知。当事人提出申请的，其申请对人民法院没有任何约束力。

第二，为了保证司法认知的准确性，人民法院可以在采取司法认知之前进行调查，除了一般的调查方法之外，可以咨询专家、参考权威书籍，进行检测和试验。已经采取了司法认知的，人民法院可以在作出裁判之前修改。

第三，无论事实是什么，在采取司法认知之后，人民法院必须将认知的事实、效果告知当事人和其他利害关系人，并且给他们提供反驳的机会。通知和反驳可以口头的方式进行，也可以以书面的方式进行。

第四，当事人对司法认知的事实提出反驳的，应当提出初步的证据证明。

第六章　行政诉讼中的查证

第一节　行政诉讼证据的收集和保全

一、证据的收集

证据的收集是指人民法院依照职权调取、征集与行政诉讼相关联的各种证据材料的活动。《行政诉讼法》第 34 条第 2 款规定：“人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。”行政诉讼实际上就是一个收集证据、审查证据和运用证据的过程。从这一角度而言，当事人提供证据、补充提供证据及人民法院依职权调取证据，都应属于证据的收集这一范畴。但我们这里所讲的证据的收集则专指人民法院依职权调查收集证据的活动。

（一）证据收集的必要性

举证责任制度的意义本可以将人民法院从调查收集证据活动中解放出来。但我国《行政诉讼法》在规定举证责任制度的同时，又规定了人民法院有权调取证据。法律这样规定的理由是认为在行政诉讼中，人民法院有必要依职权收集证据。

首先，人民法院依职权调取证据，有利于查明案件事实，为人民法院正确审结行政纠纷案件提供事实基础。以事实为根据，是人民法院审理行政案件应当遵守的一项原则，而要做到这一点，就必须有充分确实的证据为依据。由于与案件的利害关系和胜负的荣辱观，都使得当事人在提供证据、补充提供证据方面有一定的立场倾向性。所以，强调被告及其他当事人提供证据及补充提供证据的责任，人民法院虽然也能够收集到大量的证据，但各种证据不一定都充分可靠，相反的却有明显的局限性。因而，如果人民法院仅靠当事人提供的证据来认定案件事实，也就难免会有局限性而达不到以事实为根据的要求。

其次，依职权收集证据能够促进行政诉讼的顺利进行，及时审结行政案件。当事人举证，或由于经验不足，或由于诉讼地位的倾向性，其所提供的证据可能存在片面性或达不到法律规定的形式要求，这些都会影响诉讼活动的顺利进行，延误行政案件按时审结。此时，如果坐待当事人觉悟，必将旷日持久，而主动走出院门，深入调查，收集证据，则能及时分辨是非，顺利审结案件。

再次，有利于保护公民、法人或者其他组织的合法权益。行政诉讼的争议焦点是行政行为是否合法，被告行政机关或授权组织对被诉的具体行政行为的合法性承担举证责任。这些证明被诉具体行政行为合法性的证据，不仅是被告在行政程序中收集的，而且还可能是被告在行政程序中制作的（如立案审批手续、勘验笔录、现场笔录）。从行政诉讼实践中暴露出来的问题及当事人的诉讼心态，都说明了行政机关或授权组织在举证时，可能会选择对己有利的证据而不提供那些有利于行政管理相对人的证据材料，而由于行政管理相对人在行政程序中的地位及收集拥有证据的能力，他们往往不能够拥有这些证据材料。这种局面必然会恶化公民、法人或其他组织的处境。但人民法院依职权进行调查取证，查看行政主体行政活动的原始记录及其他档案，就能够打破这一局面，使行政管理相对人的合法权益不至于因为被告的选择举证而受损害。再者，有些对自己有利的证据，行政管理相对人及其委托的诉讼代理人却没有能力收集提取，这就有必要申请人民法院依职权收集，才能真正维护自己的合法权益。

第四，依职权调取证据，是实事求是、没有调查就没有发言权的优良传统在行政诉讼中的体现。我国行政诉讼虽强调当事人举证责任，但并不实行绝对的当事人主义，全心全意为人民服务仍然是人民法院司法审判活动的宗旨和根本目的。审判制度中的庭审改革，固然要杜绝“当事人动动嘴，法官跑断腿的现象”，但也应反对“坐堂问案”方式的片面应用。而且，我国当前的经济文化发展程度、法制观念及各机关的办事规则，都导致当事人及其委托代理人包括代理律师调查取证的困难，甚至无法调查取证。所以，我国行政诉讼法在规定当事人负举证责任的同时，规定人民法院有权依职权调取证据是符合中国国情的。

（二）调查取证的范围

人民法院在审理行政案件过程中依职权调取证据，是在强调当事人负举证责任的前提下实施的。如前所述，人民法院依职权调取证据很有必要，但这种必要性并不能改变当事人负举证责任的规定，而应协调好当事人举证和人民法

院调取证据的相互关系，坚持当事人举证为主，人民法院调取证据为辅的原则。根据行政诉讼的特点及被告对被诉的具体行政行为负举证责任的法律规定，我们认为，人民法院依职权收集证据的范围，应按下列规则进行确定：

1. 应首先告知各方当事人的举证责任，要求各方当事人根据各自的责任范围提供证据。

2. 对各方当事人提供的证据进行审查，确定补证范围和项目，要求当事人补充证据。这种要求既可以口头形式作出决定，也可以书面形式作出。口头决定应当面告知当事人并记入笔录，书面决定应送达当事人。要求当事人补充证据，一般是根据下列情形作出的：①当事人提供的证据不足以充分证明其提出的主张；②当事人只提供对自己有利的证据，而没有提供对自己不利的证据；③当事人虽然拥有相应的证据材料，却出于种种原因没有向法院提供或全部提供；④当事人所提供的证据在形式上有瑕疵，如提供书证不提供原件，仅提供复印件或节录件；⑤其他认为当事人有能力提供而未提供的证据材料。

3. 在当事人提供及补充提供证据之后，人民法院仍然未能拥有足够的证据量，未排除一切合理的怀疑，不能对案件形成事实清楚、证据确实充分的认识局面，就必须尽可能依职权收集证据，拥有新的证据量，来认识案件事实。一般而言，下列情形，人民法院应依职权收集证据：(1) 被告明显有隐瞒证据的可能或所提供的证据有在具体行政行为形成后制作收集可能性的；(2) 当事人无法收集的证据；(3) 本证和反证针锋相对，单凭双方当事人提供的证据无法定案件事实；(4) 当事人所提供的证据可靠性、真实性很低，仅能作为调取证据的线索之用，而当事人又无力进一步取证的。必须注意，由于具体行政行为在形成作出时，就必须具备确实充分的证据，而被告对被诉的具体行政行为负举证责任，且被告也有权力和能力在行政程序中收集到足够的证明具体行政行为所认定的事实客观存在的证据量，因此，人民法院依职权收集证据往往是从原告利益角度考虑收集的范围和项目的，人民法院没有必要也不应当代替行政机关或授权组织收集在行政程序中就应当收集的证据，何况，“事后”收集的证据也不能用以证明具体行政行为的合法性。所以，如果是被告负举证责任的证明对象具备前述 (2)、(4) 情形，人民法院可以不依职权进行调查。

（三）调查取证的方法

根据行政诉讼实践，人民法院依职权收集证据的方法有以下形式：

1. 查阅行政机关或授权组织的档案，调取有关书证、物证。

这种方式是针对被告明显有隐瞒证据和事后补证的可能性进行的。一般是将被告的有关档案材料、有关文件的形成过程的记载调出查阅，进行复制或摘

录，或直接提取。

2．向有关当事人或经办人进行询问，制作笔录，如果是当事人（原告或被告）的陈述形成的笔录，属当事人陈述，如果是当事人的经办人（非诉讼代理人）所作的陈述，则为证人证言。

3．向相关的单位和个人调取他们持有的相应的证据材料，询问有关知情者，甚至可以依职权通告他们出庭作证。

4．对有关现场、物证进行勘验，收集相关的痕迹、数据等。

5．对涉案的有关的专门性问题进行鉴定。鉴定应当交给法定的鉴定部门进行，没有法定的鉴定部门，则应交由具备鉴定能力的机构进行鉴定。

二、证据的保全

（一）证据保全的含义

所谓证据保全，根据《行政诉讼法》第 36 条规定，是指在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，人民法院根据诉讼参加人的请求或依职权予以确定和保护。

除了在行政诉讼中的证据保全之外，还有在行政诉讼前的证据保全。也就是在行政诉讼开始前（亦即原告还未向法院起诉，法院未正式立案），根据《公证暂行条例》第 4 条（十一）项及第 16 条规定，当事人可向公证机关提出证据保全的正式申请，由公证机关采取公证的方式保全证据。在诉讼开始后，当事人即可向法院送交关于证据保全的公证文书；法院对经过公证证明的证据事实，除在相反证据能够推翻公证证明外，应当确认其证据效力。

（二）行政诉讼保全证据的条件、方式、方法

1．证据保全的条件。在行政诉讼中证据保全，是在两种条件下才进行：

一是在证据有可能灭失的条件下，即现存的证据以后有不存在的可能。比如某些物品将因质体腐烂、变形而丧失其物证形态，证人因病有死亡危险，而证言有取不到的可能。

二是在证据以后难以取得的条件下，即证据虽不会丧失无存，但经过一定时间或错过一定机会，取证就困难。比如证人将要出访外国，不及时取证便很难保证在法定审理期限内取得其证言。

只要存在一项条件，法院即可采取证据保全措施。

2．证据保全的方式。行政诉讼中证据保全，通过两种方式进行：一种是当事人、第三人、诉讼代理人等诉讼参加人，向法院提出申请，陈述证据保全的条件及请求法院及时保全证据。

一种是法院发现已存在证据保全的条件时，依职权主动保全证据。

3．证据保全的方法。行政诉讼中证据保全，不论采取何种方法，均只有法院才有权保全证据。法院保全证据的方法，因被保全证据的特点而选用，对证人可采取询问、制作笔录或进行录音、录像等方式保全其证言；对物证的保全，可采取封存、扣押等保存原物的方法，或采取勘验、制作勘验笔录、绘图、拍照、录像等方法；对书证可采取复制、拍照等保全方法。

第二节　行政诉讼案件现场的司法勘查

一、行政诉讼案件现场司法勘查概述

行政诉讼案件现场的司法勘查，是根据我国《行政诉讼法》第三十一条规定勘验笔录、现场笔录为行政诉讼七种证据之一，第三十四条规定“人民法院有权要求当事人提供或补充证据。人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据”，结合其它有关条款规定和当前司法实践发展的需要提出的。显而易见，行政诉讼案件现场的司法勘查，是国家法律赋于人民法院调查收集证据职权中的一种职责与权力。诚然，这种职能活动范围是有限的，是仅对人民法院受理的行政诉讼案件中，证据不够确实、充分，需要进行勘验取证的这部分案件，采取的一种现场勘验和现场调查访问等收集证据的专门调查活动。实际上是人民法院对原行政机关查处过的行政案件现场等进行的复勘或复查。

（一）行政诉讼案件现场的概念、特点

1．行政诉讼案件现场的概念

行政诉讼案件现场，是指人民法院受理的当事人不服行政机关处理或处罚决定提起的诉讼，人民法院认为证据不够确实、充分，需要勘验和调查取证的原行政案件发生地和遗留有与该案有关痕迹、物品的处所。其基本构成要件：

（1）必须是人民法院决定受理的行政诉讼案件

人民法院受理的行政诉讼案件，必须是公民、法人或其他组织不服行政机关的处理或处罚决定诉至人民法院，人民法院经审查认为符合起诉条件，决定依法受理的行政诉讼案件。如不服土地管理行政处罚案件，不服工商行政管理处罚案件，不服物价行政管理处罚案件，不服治安管理部门处罚的案件等等。此外，未经审查立案或正待行政机关查处的案件，都不是本处研究的内容。

（2）必须是证据不够确实、充分，需要进行现场勘验、调查取证的行政诉讼案件

诉至人民法院的行政诉讼案件，如证据不够确实、充分，可要求当事人提供或补充，还可由人民法院调查取证。只有其中一小部分才是需要进行勘验、调查取证的行政诉讼案件现场。

（3）必须是原行政案件的发生地

需要勘验、调查取证的案件现场，必须是原行政案件的发生地。它既是查处原行政案件的客观事实，也是查明当事人不服行政机关查处是否合法的客观依据。只有原行政案件发生地才能反映案件的本质，才具有能够查明案件真实情况的证据材料。

（4）必须是遗留有与案件有关痕迹、物品的处所

遗留有与案件有关痕迹、物品的处所，是案件现场的组成部分。在司法实践中往往把它称为关联现场，它与行政案件有密切联系。行政案件的发生发展往往导致周围环境或相关地点发生变化，遗留下与案件有关的痕迹、物品，对这些地方进行勘验调查取证具有重要意义。如没遗留有与案件有关痕迹、物品的处所，则不为案件现场。

2. 行政诉讼案件现场的特点

（1）现场情况复杂、各异

行政诉讼案件的特点是案件类型多，涉及面广，情况复杂，专业性强。不同种类行政诉讼案件有不同特点，这就决定了行政诉讼案件现场的复杂性、多样性、专业性和差异性。

（2）现场易发生变动或破坏

行政诉讼案件现场易发生变动或破坏主要表现为：一是从行政案件的发生到人民法院受理，大多经历了一段时间，在此期间往往会受到来自于天气的风、雨、雪、雾、霜或来自于禽、兽动物对案件现场的变动或破坏，有些痕迹、物品还会随着时间的推移而自行变化或灭失；二是案件现场多为人们日常生产、工作、生活等场所，加之人们对行政案件现场的保护意识较弱，现场极易受到人们有意无意的变动或破坏；三是人民法院受理的行政案件现场大多为行政机关勘查取证过的，因此经过实地勘查、检验，极易使案件现场发生变动或某些部位的毁损。

（二）行政诉讼案件现场勘查的概念、意义

1. 行政诉讼案件现场勘查的概念

根据我国行政诉讼法规定，行政诉讼案件现场勘查，是指法定的审判人

员，为查明案件事实，依法对证据不够确实、充分的存有原行政案件标的物和发案地，以及遗留有与案件有关痕迹、物品的处所，进行勘查、检验和现场调查访问取证活动的总称。不是单就发案现场的勘验。

根据《行政诉讼法》的规定，现场勘查的人员应由审判员、书记员各一人共同依法进行。在勘查时必须出示人民法院的证件，讲明来意，说明身份。现场勘验时，应邀请当地基层组织或有关单位派人参加。当事人或其成年家属应当到场，拒不到场的，不影响勘验的进行。

2．行政诉讼案件现场勘查的范围

行政诉讼案件现场勘查的范围不是每起案件的现场和证据材料，而是仅指对证据不够确实、充分的原行政案件的现场进行的勘查。如果不是原行政案件现场，或不属于证据不够确实、充分和需要勘查取证的案件现场，则不属于勘查的范围。

3．行政诉讼案件现场勘查的对象

（1）勘验取证的对象

根据我国行政诉讼法规定和行政诉讼活动的特点，勘验取证的对象，是指对存有原行政案件标的物和发案地，以及遗留有与行政案件有关痕迹、物品和场所，进行的勘查、检验、测量等收集证据的活动。鉴于实践中具体案件情况的不同，勘验的对象也不相同。有的证据不够确实、充分需要勘验的案件现场和标的物有关痕迹、物品均处于完好状态此种情况通过现场实地勘查、检验就可获取证据；有的虽也属证据不够确实、充分和需要勘验取证，可是案件现场已荡然无存，仅有的标的物或与案件有关的痕迹、物品等保存在某处，那就只能对这些物证材料进行勘查、检验取得证据了。

（2）现场调查访问的对象

在行政诉讼案件现场调查访问中，调查访问的对象主要是当事人（原告和被告）、第三人（与行政案件处理结果有法律上利害关系的公民或法人）、证人、有关行政机关及其他组织或公民等，虽然与一般证据不够确实、充分的案件调查对象相同，但这里主要是围绕案件现场或物证材料勘验进行的一种专门调查活动。

4．行政诉讼案件现场勘查的基本原则

在行政诉讼案件现场勘查中，必须对原行政案件现场的勘查、检验和现场调查访问，严格遵守以事实为根据、以法律为准绳的法制原则，坚持迅速及时、客观全面和认真细致的原则。绝不可以有先入为主或主观随意的思想与行为。一定要从实际出发，认真发现、固定、提取或收集一切可以证明案件真实

情况的证据材料。只有按照上述原则进行勘查，才能实现勘查的目的，防止与案件有关证据材料的毁损或灭失，保护公民、法人或其他组织合法的权益和维护与监督行政机关依法行政。

5. 行政诉讼案件现场勘查的意义

证据不够确实、充分和需要对案件现场进行司法勘查取证的，只是行政诉讼案件中的很少一部分，但是，它却关系到维护行政诉讼法的严肃性，保障合法权益和依法行政，确保社会秩序稳定的大事情。具体表现在以下几个方面：

(1) 是为查明案情在必要时采用的一种法定程序

人民法院调查与收集证据，是我国诉讼制度特点在证据制度上的具体反映。我国行政诉讼法规定中，既规定当事人的举证责任，又规定要发挥人民法院的职能作用。人民法院有权调查与收集证据，有权为查明案件事实的需要，依法对原行政案件现场或物证材料等进行勘查、检验和调查取证。

(2) 是深入实际收集和审查证据的重要途径

行政诉讼案件现场勘查从本质上来说，是对原行政案件现场的一种复勘或复查活动。虽然经过行政机关的勘查，然而作为原行政案件的发生地和遗留有与案件有关痕迹、物品的场所，仍不失为记录案件发生过程的原始依据。通过深入案件现场进行实地勘查、检验和现场调查访问等活动，可以进一步获取证据材料，尽管还需对其经过审查判断或科技鉴定才能成为证据，但是，这一活动毕竟为案件现场和证据材料起到了固定和保全的效果，为收集证据和审查判断行政机关提供的证据是否真实可靠起到了重要作用。

(3) 有利于辨明是非，正确处理行政案件

人民法院进行现场勘查，客观真实性较大，有助于查明案件真实情况，分析案情，确定案件性质。特别是在仅有当事人提供证据，而且对证据的真假虚实难以判断或当事人提供的证据不够充分，案件事实难以认定的情况下，显得尤为重要。现场勘验笔录及检测、绘图、拍照、摄（录）像等各种证据材料，只要真实地反映现场情况，就可以用来审查判断其他证据，通过互相印证作为认定事实的依据。

(4) 有利于维护合法和依法行政

人民法院进行的司法勘查，是站在公正的立场，实事求是客观地发现、固定和提取有关的痕迹、物品等证据材料，并通过认真细致的勘验、调查、核实、查证案件事实。只有证据确实、充分，才能查明案件的真实情况，正确及时地审理行政案件，保护公民、法人和其他组织的合法权益，才能维护和监督行政机关依法行使行政职权。因此，对需要勘验和调查取证的行政诉讼案件现

场，开展勘查是十分必要的。

（三）行政诉讼案件现场勘查的性质、任务

1．行政诉讼案件现场勘查的性质

行政诉讼案件现场勘查，是法律授予人民法院依法进行的一种职权活动。通过这种职权活动，调查收集证据材料，查明案件真实情况，依法解决行政争议，正确处理行政案件。从而实现行政法和行政诉讼法的任务，制止行政违法，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政管理职权，促进社会主义建设顺利进行。

2．行政诉讼案件现场勘查的任务

（1）发现、固定、提取和收集证据材料

现场是基于行为人的活动而形成的，这些活动必然会引起案件标的物和所处环境的变化，这些变化直接或间接地反映出行为人的活动与案件之间的联系。反映为留在案件标的物及其所在地上的各种痕迹、物品，如人的行为痕迹、工具痕迹及有关物品等。它们是客观存在事实，要使这些客观事实成为证明案件真实情况的证据，就要靠办案人员深入案件现场，全面细致、认真地去寻找、发现，去利用各种方法、手段固定、提取和收集，从而获取一切与案件有关或可资证明案情的各种痕迹、物品等证据材料。这是行政诉讼案件现场勘查的重要任务。

（2）查明案件性质

通过现场勘查，找出与案件有联系的各种事实情况，经过综合分析判断，查明案件性质。只有在查清案件性质的情况下，才能区别情况，分别处理。

（3）查明与案件有关的事实

行政案件现场状况，是行政违法行为人行为造成的结果，因此，通过对现场勘验、调查和对收集到的各种材料分析研究，推理判断，可以弄清与案件有关的事实。由于案件的种类性质不同，需要进行勘查、检验和调查访问的内容也不尽相同。如果被侵害的对象是人身，应当通过勘查、检验和现场访问，查明被害人伤势部位、轻重及危害后果；如果被侵害的对象是财物，则应当通过勘查、检验和现场访问，查明财物的特征数量及其被毁或损失情况等。

人民法院的勘查，实际上多为复勘或者认为有必要进行的勘查。从这个意义上说，它既是对原行政查处的一种复查，也是对案件现场的再认识，以保证公正、合法和依法行政。

行政诉讼案件种类繁多，情况各异，由人民法院受理并需要勘查现场收集证据的虽仅是一部分，但也非本书皆能阐清的。为深入进行研究以利于司法实

践与理论的发展，本章仅就污损文物、古迹受行政机关处罚不服案件现场、饮食单位不服卫生行政部门处以“吊销卫生许可证”案件现场和诉行政机关不制止伤害他人行为案件现场的勘查做一介绍。

二、污损文物、古迹受行政处罚不服案件现场勘查

无论哪一级文物、古迹，均受国家法律保护，行为人一旦对其予以污损，即应当追究相应的法律责任。但不是所有的被污损文物现场都要勘查、追究法律责任。需要和应该勘查的只是其中某些被污损严重，文物行政管理机关依法对行为人予以处罚行为人不服，人民法院认为证据不确实、充分，需要由人民法院调查取证的案件现场。

（一）污损文物、古迹受行政机关处罚不服案件现场的概念、特点

1. 污损文物、古迹受行政机关处罚不服案件现场的概念

是指人民法院受理当事人不服文物行政管理机关处罚的案件，法院认为证据不够确实、充分，需要勘验、调查取证的污损文物、名胜古迹行为实施地，以及遗留有与案件有关痕迹、物品的处所。其基本构成要件：

（1）必须是人民法院受理不服文物行政管理机关处罚，符合法定需要勘查取证的案件现场

人民法院受理的原告人不服行政机关对其污损文物行为查处的案件，只有人民法院认为证据不够确实、充分，需要勘验、调查取证的案件现场，才是污损文物受行政机关查处不服的案件现场。如未经行政管理机关的查处，或没有提起诉讼，或虽提起诉讼但人民法院认为不需勘验取证的案件现场，则不是这里研究的污损文物受行政机关查处不服的案件现场。

（2）必须是原告人实施污损文物、名胜古迹行为的场所

污损文物受行政机关处罚不服案件现场，必须是原告人实施污损文物、名胜古迹行为的场所。即原告人在具有文物、名胜古迹的场所，对某种文物、名胜古迹实施了污损行为使文物、名胜古迹受到侵害或毁损，如乱刻乱画、用污物涂抹，或用工具砍砸，造成各种污损或变化的痕迹。这种变化反映了案件事实与污损行为有着客观的联系，能够反映案件的本质特征。通过勘查，能够获得认定和处理案件的证据。如果是与原告人实施污损行为无关的场所，或原告人实施的行为与文物、名胜古迹没有关系，都不能认为是污损文物、名胜古迹的案件现场。

（3）必须是遗留有与污损文物案有关痕迹、物品的处所

遗留有与原告人实施污损文物、名胜古迹行为有关痕迹、物品的处所，不

仅限于被污损文物、名胜古迹的所在地。可能在与之相关的周围环境或地域存放、埋藏着实施污损文物、名胜古迹的工具、涂料等物品，通常称为案件的外围现场或关联现场。通过勘查可发现、固定、提取与案件有关痕迹、物品等证据材料，为查明案情服务。

2．污损文物、古迹受行政机关处罚不服案件现场的特点

（1）现场多在公共场所

文物、名胜古迹具有历史、文化、艺术等科学价值，多被作为我国优秀历史文化遗产，进行爱国主义、革命传统、民族团结、建设社会主义精神文明教育和参观游览的公共场所。如古长城、黄帝陵、孔庙（府）、故宫博物院、井冈山、延安枣园，以及分散在全国各地的名胜、古迹、文物等。一旦发生污损都会造成恶劣影响。

（2）现场易受自然或人为的干扰或毁损

由于现场多在参观、游览的公共场所，且很多文物、名胜古迹自然暴露于外界之中，故此类案件现场易受自然或人为因素的干扰或毁损，如自然界的风、霜、雨、雪，参观游人有意或无意的触动等。因此，在这些地方发生的案件，必然会给我们保护现场、现场勘查带来很大困难，这是勘查中必须认真考虑的问题。

（3）文物、名胜古迹是否受污损明显可见

文物、名胜古迹受国家保护，一般有专人负责日常的修缮及保养工作。文物、名胜古迹如受污损，必然留下违法行为的痕迹，这种痕迹一般明显可见。故从现场来看，如文物未受污损，文物则清晰完整，外观形象及整体结构保持原有状态。如受污损则必然会留下被破坏、涂抹的痕迹、断离物或粉碎物，或者是使该处发生某种变化。这些都有利于我们勘查工作，在勘查中应尽力发现、固定与提取，并在现场访问中注意提醒被访者回忆、提供其所见的真实情况。

（二）污损文物、古迹受行政机关处罚不服案件现场实地勘验的重点

1．勘验、检查案件所指的文物、名胜古迹是否受到污损

人民法院审理被诉污损文物行政案件所依据的事实，就是文物、名胜古迹是否受到污损这个基本事实。只有当行政管理机关认定的这个事实真实存在，行政管理机关的具体行政行为才具有合法性。因此，在实地勘验中必须以文物、名胜古迹是否受到污损为重点。一般来讲，文物、名胜古迹若受污损，现场必然留下某些痕迹、物品，而且比较明显可见，但也要注意自然界或人为因素影响造成现场痕迹、物品的变化。必须坚持现场勘查的基本原则，特别要注

意认真负责、全面细致、实事求是，必要时应聘请文物、古迹专家、学者或借助科学仪器进行，以保证准确无误和证据的真实可靠性。

2. 注意勘验污损文物、名胜古迹的方法、手段和污损的程度

勘验污损文物、名胜古迹的方法、手段和污损的程度如何，既是查明案件事实，弄清行为人主观心理状态的需要，也是关系到行政管理部门查处活动合法性、准确性的问题。行为人使用什么方法、手段污损文物、名胜古迹，以及污损文物、名胜古迹的严重程度，可反映出行为人的动机、目的和故意或过失。比如一个是在古代石狮上凿刻自己的名字，一个是不注意弄脏了古代石狮，两相对照明显看出前者主观上就具有明知违法和放任性，危害性就比较严重，而后者则是疏忽大意，危害性就比较轻微。因此，在实地勘验中必须仔细寻找和发现行为人用何种方法、手段实施的污损行为和污损的程度，以保证查清案件事实。

3. 发现、固定、提取一切与污损行为有关的痕迹、物品

现场勘验从本质上来说，是一种收集证据活动，也是固定和保全证据的一种方法。原告人的污损行为，必然会引起被污损文物、名胜古迹的变化，其主要表现为现场和有关物质发生位移、增加、减少、破碎、分离等痕迹、物品。办案人员在勘验中一定要从案件现场实际出发，采用相应的对策和方法、手段，耐心细致地寻找和发现可疑的痕迹、物品。有时要利用光照和不同角度去寻找发现，有时还需借助仪器勘测检查。要将所发现的有关痕迹、物品原原本本地通过照相、绘图、笔录等形式固定、提取、保全下来，以备科技鉴定和查证属实证明案件真实情况。

（三）污损文物、古迹受行政机关处罚不服案件现场访问的重点

1. 现场访问的主要对象，是举报人、目击者、文物单位的负责人和知情人

（1）举报人，是指向文物行政管理机关检举、揭发文物被污损的人。举报人一般是对违法行为人出于义愤和维护公共利益，并掌握有一定的证据或线索，也可能是直接或间接了解案件情况的人。

（2）目击者，是指污损文物、名胜古迹行为实施时在现场，直接了解案件情况的人。他可以陈述亲自耳闻目睹的事实，其陈述材料是一种重要证据。

（3）文物单位的负责人，是指文物单位的具体维修、管理和负责领导的人员。他们一般都掌握文物的情况，可以了解被污损文物的历史及现实社会价值，污损前的情况，文物被损害的程度及污损行为可能造成的严重后果。

（4）知情人，是指和原告人有某种关系，了解污损事件全部或一部分内

情，但不一定在被污损现场看见过事态的发生，一般情况下可提供有价值的情况。

对目击者和知情人现场调查访问时，要帮助他们回忆，为他们创造有利回忆和回答问题的安静条件，并根据不同心理状态做好思想工作。

2. 现场访问的主要内容

(1) 了解文物、名胜古迹是否受到污损，污损的情况有无变化

这是确定案件性质及是否发生污损文物案件的重要依据。通常说只要行为人实施了污损行为，就会有污损后果，使文物古迹形象、状态等发生变化。现场访问中应使被访问人回忆文物、古迹是否受到污损，被污损前后文物、古迹以及周围环境有无变化，是否出现某些痕迹、物品等现象。

(2) 了解文物、名胜古迹受污损和发现被污损的时间、地点、条件和经过

查清文物、名胜古迹被污损的时间、地点（部位）、条件和经过，对于该案是否发生和怎样发生具有重要价值，离开具体时间、地点等要素的污损行为是不存在的。向被访问者问明这些有利于获取确实、充分的证据。

(3) 了解污损文物、名胜古迹的行为人数、体貌特征和行为方式、手段

这对分析案情、研究案件性质、确认、查获污损文物古迹行为人很重要。目击者、知情人等往往能直接提供实施污损行为人的人数、衣着体貌及其各人人身形象特征，以及在现场的活动情况，采用什么手段、用什么工具、以什么方式实施的污损行为。如涂抹、刻画、或用其他什么工具损毁等。

(4) 了解污损文物、名胜古迹受污损的危害后果和严重程度

这是查明案件事实，确认行政处罚准确性的重要依据。这项内容主要是向文物单位的负责人了解，他们了解被污损文物的历史及社会价值，如被污损文物是属于一般的文物还是属于具有重大历史、艺术、科学价值的国家重点保护文物，故对于文物、名胜古迹被污损所造成的危害后果及严重程度，能够提供出具有较为科学、正确的估计和评述材料。

(四) 污损文物、古迹受行政机关处罚不服案件现场分析的重点

1. 分析确定文物是否受到污损、污损的程度如何

通过现场实地勘验获取的有关证据材料及现场访问了解到的情况，分析确定文物是否受到了污损，是查明事实、辨明是非真相的需要。文物受到污损在现场必然留下涂抹、损坏等污损或损坏的残留物、工具等。这样，我们就可以根据勘查所得的各方面材料、信息，以及被访问者提供的证言，分析确定文物、名胜古迹是否受到污损和污损的程度。必要时可请有关文物研究部门或专家进行鉴定。

2. 分析判断实施污损行为人和行为方式、工具

根据目击者和知情人的陈述，结合现场遗留的文物被涂抹、刻画的形态、位置、面积、被工具损毁的痕迹状况、遗留的分离物、碎片、残留物等，可以分析判断行为人是使用何种工具、采用何种行为方式实施的污损行为。以便进一步确定行为人有无过错和严重程度。

3. 分析判断行为人有无故意或过失

根据文物、名胜古迹受污损的情况，现场受破坏的情况，以及证人证言提供的事实进行综合分析判断，是可以确定行为人有无故意或过失的。如有预谋、准备的污损行为，一般来说事前有所表现或流露，其行为活动的时间、地点、条件等都有所选择，后果也比较严重；如随意刻画、涂抹、玷污，一般则不具上述特点，而且污损程度较轻。诚然，这不能绝对，还应考查行为人的一贯表现、精神状态等情况进行全面分析。但对分析判断行为人有无故意或过失，对认定案件性质和妥善处理案件是有重要意义的。

4. 分析判断污损文物行为的性质

分析污损文物行为性质的目的，在于判明发生的污损文物、名胜古迹的行为是一种违反行政法的行为，还是违法犯罪行为，行为的性质不同，处理方法必然不同。有的只需批评教育即可，有的则要追究相应的法律责任。为了判明行为的性质，要细致地分析现场痕迹、物品和有关证据材料、文物、名胜古迹被损坏的程度，以及目击者、知情人提供的情况。

5. 对现场如何处置提出意见

通过实地勘查、检验收集证据材料，对现场的痕迹、物品应进行录像、拍照、测量、绘图、提取原物、做好现场勘验笔录，将这些材料固定、提取保存入卷。一般情况下，应及时清理、消除现场，如果认为案情特别重大，为防止现场勘验有遗漏，可建议暂时封存，待结案后或适当时机再作最后处理。

三、不服卫生部门“吊销卫生许可证”处罚案件现场勘查

（一）饮食单位不服卫生部门处以“吊销卫生许可证”案件现场的概念、特点

1. 饮食单位不服卫生行政部门“吊销卫生许可证”案件现场的概念

饮食单位不服卫生行政部门“吊销卫生许可证”案件现场的概念，是指生产、经营饮食的单位，违反我国食品卫生法，被卫生监督部门处以“吊销卫生许可证”不服，诉至人民法院，法院认为证据不够确实、充分，需要勘验取证的原生产、经营饮食的场所、设施，以及遗留有与案件有关痕迹、物品的处所。其基本构成要件：

(1) 必须是人民法院认为需要勘验取证的案件现场

饮食生产、经营单位不服卫生监督部门处以“吊销卫生许可证”的案件现场，必须是人民法院受理，且认为证据不够确实、充分，需要勘验取证的案件现场。如未经人民法院受理，或虽经人民法院受理，但不需要勘验取证的不服卫生部门处以“吊销卫生许可证”的生产、经营饮食的场所，则不属于本处所研究的案件现场。

(2) 必须是生产、经营饮食的单位，从事违反食品卫生法生产、经营饮食的场所

生产、经营饮食单位不服卫生监督部门“吊销卫生许可证”案件的现场，必须是违反我国食品卫生法，非法生产、经营饮食的场所，如食品生产、经营单位中直接接触食品的机械、管道、容器、用具、餐具，或与食品的卫生有密切关系的仓库、厂房、餐厅等不符合国家卫生标准和卫生管理办法，虽经多次检查，责令改正，却不见行动，且有发展又不接受批评，遂被当地卫生行政部门处以“吊销卫生许可证”，其场所就为这类案件现场。如果未被“吊销卫生许可证”的饮食生产、经营单位的场所，或虽被宣布为“吊销卫生许可证”，但该饮食单位服从卫生部门的处理或未向法院起诉的，均不属此类案件现场。

(3) 必须是遗留有与本案有关痕迹、物品的处所

生产、经营饮食单位不服卫生监督部门处以“吊销卫生许可证”案件的现场涉及面广，除违法行为实施的场所、设施外，生产、经营的有关环境，遗留有与违法行为有关的痕迹、物品的处所，也是人民法院需要进行勘验的现场。如与食品生产、经营中相关的处所、周围环境、污物垃圾比比皆是，或者是存放、隐藏不符合食品卫生法标准的食品、添加剂、包装物等处所，也是案件现场的组成部分，它能够反映案件的某些方面情况，应认真全面、深入细致地进行勘验，以便获得证明案件真实情况的证据材料。

2. 饮食单位不服卫生监督部门处以“吊销卫生许可证”案件现场的特点

(1) 现场多有伪装、改变或破坏

有些饮食单位因违反有关法律规定，被卫生监督部门处以“吊销卫生许可证”后，无视卫生部门的处罚，在生产、经营饮食的场所制造假象，继续营业，或者故意掩盖转移视线，破坏现场痕迹。有些人进入现场或行政机关工作人员在查处取证过程中未注意保护现场，可能无意中损坏了现场上的痕迹、物品。有时由于时间的推移和自然条件的原因，也会使现场遭到破坏或发生变化。

(2) 现场涉及面宽

饮食单位是从事食品生产、经营的，根据食品卫生法的规定，食品生产、经营是指食品生产、采集、收购、加工、储存、运输、陈列、供应、销售等一系列活动，这些活动既有横向、纵向地与有关企事业单位或个人间的交往，也有接触种类繁多的物品，总之涉及的面相当广泛。即使是单独从事某一项饮食生产、经营活动，也必定在一定社会环境中进行，需要场所、设备、食品容器、包装材料、生产、经营食品的工具、设施，这些场所、设施、环境、物品等都需要与某些单位或个人交往中获得。因此，不仅涉及到很多痕迹、物品，而且还涉及或接触到很多人，这对我们进行现场勘查既提出了要开阔视野的要求，也提供了有利条件。

(3) 多留有违反食品卫生法的痕迹、物品或设施

饮食生产、经营单位的违法活动是否应该“吊销卫生许可证”，通常来说只要到现场一看就清楚了。理由就是客观事实的存在是不可更改的。如果其违法情况未达到“吊销卫生许可证”程度，显然与应“吊销卫生许可证”的严重程度是有区别的。属于后一种情况，现场多留有有毒物或不洁物，被污染及变质的食品，不清洁的工作衣、帽，现场内外不洁的环境，未采取消除苍蝇等有害昆虫滋生条件的措施，对食品进行加工处理、包装的设施不符合卫生要求，设备布局及工艺流程缺乏消毒杀菌程序等现象。

(二) 对不服卫生部门处以“吊销卫生许可证”案件现场实地勘验的重点

1. 对现场要进行多角度、全方位的勘验，发现有无违反食品卫生法的情况和严重程度

饮食单位有无违反食品卫生法的情况，是案件的基本事实，违法情况的严重程度，决定了作出“吊销卫生许可证”的处罚是否合法、公正。一般来说违反食品卫生法等法规较严重的现场多留有违法的痕迹、物品。但由于现场涉及面宽，还由于被处以“吊销卫生许可证”的饮食单位有时会为减轻责任混淆视听，掩盖或转移不合标准的加工设备、残次饮食、包装材料等，同时，还应考虑到这是关系到广大人民群众健康的大问题，故而需要对现场进行多角度、全方位的勘验。如现场所处的大环境，生产、经营食品的场所、设施、布局及工艺流程，生、熟是否分开，有无交叉污染或有毒物质，容器、用具是否符合要求等。

2. 勘验其生产、加工、经营饮食过程中是否符合卫生法和国家标准

办案人员在实践中要根据实际情况对食品生产、经营场所是否保持内外环境整洁，是否采取消除苍蝇、老鼠及其滋生条件等措施，是否与有毒有害场所保持规定的距离，是否有相应的消毒、防腐、防尘、污水排放的设施，食品机

械、工具、设备、运输环节等是否符合国家卫生标准和卫生管理办法的规定，食品生产、经营人员是否进行健康检查及健康状况是否符合法定标准等进行深入细致的查验。

3. 发现有无生产、加工、经营法定的违禁食品、食品添加剂、药物等

在现场勘查中，应注意发现案件现场有无违反卫生法规定的禁用禁食的食品、药物、添加剂。饮食单位应依法从事国家法律允许生产、加工、经营的食品。不得生产、加工、经营法定的违禁食品、食品添加剂、药物等。如病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产物及其制品，禁用的药物罂粟、含毒色素以及需要特殊批准及行业管理的食品添加剂、药物等。

4. 发现食品容器、包装材料、食品用具、器皿、设备、保存等是否符合卫生法要求

食品卫生法规定，食品容器、包装材料、食品用具、器皿、设备必须符合卫生标准和卫生管理办法的规定，必须采用符合卫生要求的原料、产品并应当便于清洗和消毒。我们在实地勘验中，要注意发现这些方面有无违反卫生管理办法和卫生标准的迹象。

5. 发现、固定、提取或收集一切与违反食品卫生法有关的痕迹、物品

饮食单位违反食品卫生法的行为，必然在现场留下各种违法行为的痕迹、物品，发现、固定、提取或收集这些物品和痕迹，是人民法院进行现场勘验的重要任务。与案件有关的痕迹、物品，种类、大小、情况各异，再加上人为因素和环境、条件的复杂，这就给发现、固定、提取与收集证据材料工作带来很大困难。有时仅凭人的感观和干劲是难以收到预期效果的，还必须靠人的分析、推理和联想，靠利用现代科技仪器才能发现、固定、提取某些微量痕迹、物品，靠对提取的某些可疑物进行的检测与鉴定。

（三）对不服卫生部门“吊销卫生许可证”案件现场调查访问的重点

1. 现场调查访问的主要对象

（1）行政诉讼的当事人，是指发生争议的行政法律关系的原、被告双方，对案件的事实情况，比别人更了解。他们总是能够积极向人民法院提供有关案件情况的。但他们与案件有切身的利害关系，有的可能夸大对自己有利的事实，缩小对自己不利的事实，甚至歪曲事实，作不真实的陈述，有的还可能在现场制造假象，破坏现场痕迹。在现场访问时应随时注意到这个情况。

（2）举报人，是指向卫生管理机构检举、揭发饮食单位有违反食品卫生法行为的人。举报人一般是对违法行为人出于义愤和维护公共利益，有些举报人本身就是饮食单位违反食品卫生法的受害人。举报人一般掌握有一定的证据或

线索。

(3) 知情人，是指和饮食单位有某种关系，不一定是现场的见证人，但有可能了解饮食单位违法行为的全部或部分内情，一般情况下能够提供一些有价值的情况，但有的因与当事人有一定关系，不愿如实做证。

2. 现场调查访问的主要内容

(1) 了解处以“吊销卫生许可证”的事实根据和时间

了解饮食单位被卫生部门处以“吊销卫生许可证”的时间和事实，对于认定案件事实真伪有重要意义，如果违反食品卫生法的事实发生在处以“吊销卫生许可证”之后，说明处理不当引起不良后果；如果是处以“吊销卫生许可证”之前，该事实是对其处罚的依据。因此，必须查清处以“吊销卫生许可证”的时间和事实根据。即卫生部门是依据饮食单位的什么违法事实作出处罚的，这种违法事实是否真实存在，饮食单位对此有什么看法。

(2) 了解饮食单位是否以不服“吊销卫生许可证”为名破坏现场

向饮食单位、知情人和周围群众了解该饮食单位在向人民法院起诉期间，有无以不服“吊销卫生许可证”的处罚为名，进行破坏现场或继续生产、营业之实的情况。如是这样，应问明其作了哪些改变或破坏，原因是什么。

(3) 向饮食单位的有关从业人员了解生产、加工、经营饮食活动中有无违反食品卫生法的情况

饮食生产、经营单位中的从业人员对该单位生产、经营活动有无违反食品卫生法最清楚，可以说他们是知情者。然而，因与其职业相关，又是有利害关系顾虑重重者。因此，只要细心做好思想工作，是可以了解到是否违反食品卫生法真实情况的。而且是重要证据来源。如食品生产、加工过程中是否接触过有毒物、不洁物，加工及经营活动中是否生、熟分开，原料与成品有无交叉污染，食品包装容器、餐具等是否洗净消毒，食品从业人员是否进行定期体检，有无体检不合格上岗情况等。

(4) 向知情单位、群众了解其生产、经营中各环节是否符合食品卫生法要求

食品卫生关系到人民的身体健康，群众在日常生活中对此极为关注，对于违反食品卫生法被处以“吊销卫生许可证”的饮食单位，其卫生状况如何，当人民法院向有关单位及群众了解时，一般都会主动、真实地提供自己了解的情况。因为，他们是受害者，也是知情者，饮食生产、经营单位是否违反食品卫生法，主要是通过生产、加工、包装、经营、运输、保存、使用中实现的。所以知情单位及群众向人民法院提供的有关情况，是重要证据材料。

（四）对不服卫生部门处以“吊销卫生许可证”案件现场分析的重点

1. 分析判断该饮食单位的环境、场所、设施是否符合食品卫生法

分析判断饮食单位环境、场所、设施是否符合食品卫生法，就是看其具体表现是否符合法定标准和管理办法。我国食品卫生法对食品卫生、食品生产经营的卫生、禁止生产经营的食品、食品添加剂的卫生、食品容器、包装材料和食品用具工具、设备的卫生，以及食品卫生标准和管理办法都作出了明确的要求、标准和规定。在现场分析中，我们完全可以通过将勘查获得的证据材料，结合有关食品卫生法的具体规定，分析判断饮食单位是否违法。这是查明案件事实的需要，也是正确处理案件的基础。

2. 分析判断该饮食单位在生产经营中，在那个环节、部位存在违法及严重程度

分析判断在那个环节和部位上违反了食品卫生法及严重程度，是查明案件事实的需要，也是人民法院审查具体行政行为和处以“吊销卫生许可证”这一处理决定是否合法、公正的需要，同时也是预防和杜绝日后再次发生的一种方法。通过勘查取证的材料进行综合分类排队和逆向推理，可以确定是在采集、收购、生产、加工、储存、运输、供应、陈列、销售的哪个环节和具体部位上发生的违法问题。而且能够以此分析判断其严重程度，为辨明是非、查处案件服务。

3. 分析判断其负责人或具体责任人有无故意或过失

故意和过失是行为人的两种不同的心理态度，必须综合现场勘查、检验和现场访问所得的证据材料进行全面分析。如果饮食单位的负责人一贯奉公守法，没有任何违反食品卫生法的故意或过失，又无具体责任人的故意或过失，则证明此案原告诉之有理，应当撤销或变更原卫生机关的处理决定。诚然故意或过失都不是空的，一般来讲，经过将现场勘验获得的真实情况和造成的危害后果，结合当事人及有关知情人、证人的陈述，联系饮食单位负责人和责任人的日常表现，是能够分析判断饮食单位负责人或具体责任人有无故意或过失的。这是查明案件真实情况的一个重要方面，对于确定卫生行政部门处以“吊销卫生许可证”是否合法、公正有重要意义。

4. 听取卫生监督机构的意见，对现场如何处置提出意见

卫生监督部门对饮食单位“吊销卫生许可证”，必然要依据一定的事实和法律，人民法院应注意听取他们的意见和陈述。对现场上的一切与案件有关痕迹、物品应采取切实可行的方法固定、提取或收集，有些还要送检、化验，不能提取的可以进行拍照、绘图、做好现场勘验笔录，将这些材料保存入卷。在

此基础上，根据不同情况，对现场如何处置提出意见，如尚需进一步勘验，应与卫生管理部门洽商，提出妥善处置办法。但不影响原卫生部门“吊销卫生许可证”决定的执行。

四、诉行政机关不制止伤害他人行为案件现场勘查

（一）诉行政机关不制止伤害他人行为案件现场的概念、特点

1. 诉行政机关不制止伤害他人行为案件现场的概念

诉行政机关不制止伤害人身行为案件现场，是指公民或法人向人民法院诉国家行政机关对伤害人身的行为不予制止的案件，法院认为证据不够确实、充分，需要勘验取证的该案伤害行为的实施地和遗留有与该伤害行为有关痕迹、物品的处所。我国行政诉讼法规定人民法院有权审判行政机关不制止伤害人身行为的案件，有利于增强行政机关及其工作人员的事业心和责任感，有利于克服官僚主义，促使其更好地履行法定职责和为人民服务。也是我国人民法院维护合法，保护人民的体现。其基本构成要件：

（1）必须是人民法院认为需要勘验取证的案件现场

诉国家行政机关不制止伤害人身行为案件现场，必须是经人民法院受理初步审查后，认为证据不够确实、充分，需要勘验取证的案件现场，才具有行政诉讼活动的实际意义。否则，未经人民法院受理，或虽经受理，但证据已经确实、充分，或证据虽不够确实、充分，可是通过一般调查收集证据即可解决而不需勘验取证的，则不属于此处研究的案件现场。

（2）必须有加害人和被伤害人

行政机关不制止伤害他人行为，致使该伤害行为可能得逞，客观上必然有加害人和被伤害人，缺一不可，但在诉讼中有时只有被害人无加害人或称行为人，如经查属实，这不影响案件的成立。加害人是实施违法侵害的行为人。被伤害人即受害人，有时这类案件的原告人就是被伤害人。

（3）必须有实施伤害他人行为的具体时间、地点，以及遗留有与伤害他人有关痕迹、物品的处所

原告人所诉的加害人实施伤害他人的行为必须有明确的时间、地点，以及遗留有与伤害他人有关痕迹、物品的处所，这些因素与案件的发生有着客观必然的联系。因为任何伤害行为只要是客观存在的，它就必然有具体的时间、地点，如果没有实施伤害行为的具体时间、地点，就不能说明有伤害行为的存在，更不要说伤害现场了。同样，只要是真的实施了伤害他人的行为，在实施伤害行为的处所，一般都会使现场环境发生变化，留有与伤害行为有关的痕

迹、物品，如受害人反抗而使现场留下的搏斗痕迹、血迹、伤害工具及被损坏的物品等。遗留有与伤害有关痕迹、物品的处所，就是案件现场的组成部分。

(4) 必须有受害人、举报人报告行政机关，该行政机关明知却无故不予制止或查处的事实

申请行政机关保护人身权案件，必须是在公民人身权受侵害前或受侵害时，有人向行政机关报告，说明发生的具体时间、地点，什么人向何行政机关、部门报告的，以及当时受理单位、人员是如何对待的等等都要明确、具体才成。这样做的目的一方面说明确有伤害他人人身权的事实存在，一方面受理单位也好根据情况采取相应措施。如是这样，行政机关或部门却不予查处或采取相应措施，即构成不制止伤害人身权案件。反之，如果只是有人道听途说地向国家行政机关或部门讲了一些情况，又说不准具体时间、地点及伤害情况，则不构成不制止伤害人身权案件，不能说有案件现场的存在。或者是接到申请或举报后正在查实中，或受理单位虽知却因特殊情况未能及时派人查处也不构成此案。

2. 诉行政机关不制止伤害他人行为案件现场的特点

(1) 现场多有伤害他人与他人反抗的有关痕迹、物品

行为人为实施伤害他人人身的行为，无论是否使用工具、器械，总是要对他人的人身予以打击或实施某种伤害的作为，这些行为不仅会使被害人身体生理肌体和心理受到创伤，留下各种伤痕，还会使被害人所处的环境、场所发生变化、某些物体的位移、倒伏、损坏。而且还会由于行为人为实现其伤害他人身体的目的，招至被害人的反抗或正当防卫，使现场发生某些物体的拼撞、损坏、脱落、变位、变形，还会遗留下被撤扯、断掉下来的衣物纽扣、毛发、血液、唾液等痕迹、物品。

(2) 现场多有围观群众，易受人为破坏

行为人实施伤害他人人身时有时会引起知情者或群众的解救或规劝，有时会发生在光天化日之下，招惹一些不明真相的人围观，被害人寻求他人帮助或者是群众主动对受害者的救护等行为，都会使现场受到破坏。而且在伤害行为发生后，人民法院受理前，现场很可能处于无人保护状态，最易使现场遭受来自各方面有意无意的损坏，导致某些与伤害行为有关痕迹、物品的灭失。不过也因这些情况的存在，就给现场访问提供了一些有利条件，办案人员可以沿着伤害案件发生的过程寻找发现提供案件发生、发展经过与知情的群众，请他们提供有关案件的真实情况。

（二）诉行政机关不制止伤害他人行为案件现场实地勘验的重点

人民法院受理的不制止伤害他人行为的案件并非都需要勘验现场，其中大部分通过一般调取证据就可查清了，而对于需要实地勘验的通常是影响面大、案情比较复杂、证据不够确实、充分的案件现场，在实地勘验中要把握的重点：

1. 寻找发现是否存在伤害他人身体的场所

诉行政机关不制止伤害他人案件双方争议的焦点有二，第一，是否有向行政机关申请过，要求其履行保护人身权法定职责的事实；第二，是否有伤害他人行为的事实发生，而行政机关却不予制止和过问。可见，有无伤害行为的发生是案件的基本事实。如果伤害他人的行为确实存在，那么这一事实必然要发生在一定的时间和空间，必然存在伤害他人身体的具体场所。因此，寻找、发现、并确认是否存在伤害他人身体的场所，自然成为此类案件现场勘验的重点，也是认定案件事实的一个重要方面。就是说，有伤害行为发生，就必然有现场，反之，如果没有伤害行为发生，当然不会有现场，如果有现场，这个现场显然是伪造的。

2. 勘验被害人受伤部位和严重程度，以及与现场情况是否吻合

伤害他人人身的行为是在具体时间、地点进行的，故此，被害人的伤情应与伤害现场相一致。如果是因为行政机关不制止，使伤害他人的行为继续发展，受害人身上必有伤情。如果该伤情是这次伤害行为所致，那么受害人的伤情与现场情况应当一致。故勘验中应将勘查、检验被害人是否有伤情，伤情与现场情况是否一致作为重点。如受害人受伤的部位，伤害的严重程度，是木棒造成的伤害，现场应该反映出与木棒打击相同的痕迹与物品。只有当受害个的伤势与现场反映出的状态相一致，才能说明诉行政机关不制止伤害人身案件的成立，否则应综合各方面情况全面审查案件的真实性与性质。

3. 发现、固定、提取和收集与伤害行为有关的痕迹、物品

证据是认定案件事实的依据，在现场勘验中要竭尽全力寻找发现一切可供证明案件真伪的证据材料。实践中绝不能忽视任何蛛丝马迹。往往有一根毛发、一支棉纱、甚至是一个足迹，都能揭露事实真相。因此，必须对遗留在现场的一切与案件有关的痕迹、物品都要精心发现、固定、提取下来，这是查明案件事实真伪，正确处理案件的一种职能活动。只有高度重视才能做好发现、固定、提取证据材料的工作，确保证据的确实、充分。

（三）诉行政机关不制止伤害他人行为案件现场调查访问的重点

1. 现场调查访问的主要对象

现场调查访问的主要对象，是被害人、举报人、目击者、知情人和行政机关工作人员。

(1) 被害人，是指受到他人加害行为所伤害的人。被害人有时同时也是申请行政机关履行法定职责的人和举报人，被害人亲自经历了事件的全过程，了解案情，一般能主动提供事情经过。但由于他们与案件有切身利害关系，有时可能言过其实，夸大有利于自己的一面，作出不真实的陈述，甚至会无中生有，现场访问中应注意到这一点。

(2) 举报人，是指事前向行政机关报告或事后向有关部门反映实施伤害行为的人。在此类案件中，有时被害人亦是举报人，举报人一般掌握有一定证据或线索。

(3) 目击者，是指发生伤害行为时在现场，直接了解案件情况的人。由于其亲自耳闻目睹伤害行为的经过，所以陈述的事实，是一种重要证据。

(4) 知情人，是指与加害人或被害人有某种关系，了解伤害行为及申请行政机关履行法定职责行为的人。但不一定在发案时在现场，一般情况下，能够提供有价值的情况。

(5) 行政机关工作人员，是指行政机关中负责接受群众报案或了解情况的工作人员。由于其了解是否有人申请过保护或报告正在发生伤害的行为，以及行政机关是否出动人员制止或查处，有无接待记录或向有关领导汇报，采取了什么措施，故此，是现场访问的重要对象。

2. 现场调查访问的主要内容

(1) 了解举报人何时、何地、向何机关、何人举报过有伤害他人行为的发生

诉行政机关不制止伤害他人案件，必须有受害人或举报人向行政机关报告的事实，因此，需要向举报人了解向行政机关报告的经过，即什么时间、什么地点、向什么机关、哪个行政机关工作人员报告过、举报人是怎样报告的、行政机关工作人员是如何接待和答复的。

(2) 了解知情人、目击者在什么时间、地点、是否亲眼见到发生伤害他人的事实

知情人和目击者一般能够如实陈述所见到的伤害他人的情况，我们要认真查访，详细了解他所知所见的一切情况。如受害人和加害人的人数、体貌特征，发生的具体时间、地点、实施伤害的方法、手段，被害人是否进行了反抗，被害人是否受伤，受伤的部位及严重程度，加害人的态度和去向等。

(3) 了解被害人遭受伤害的起因和经过

被害人遭受伤害的起因和经过是案件事实的一个重要方面。被害人遭受伤害的起因有可能影响行政机关接受报告后是否采取措施。比如说开玩笑引起的殴斗，邻里纠纷，或是兄弟姐妹、夫妻之间反目等。了解被害人遭受伤害的经过，及其与行政机关不作为之间是否存在内在联系。

(4) 了解被告行政机关值班人员是否接报过伤害他人事实的发生和如何处置的

听取被告行政机关值班人员的陈述及查阅值班接待记录，了解是否确有人报告过伤害他人事实的发生，这是行政机关履行保护人身权的法定职责。如确有报告，行政机关工作人员是如何对待、怎样处理的，是否经过请示、报告或采取了相应措施，或转请有关方面处理，这些都需详细查清，才能搞清行政机关是否明知不作为，还是其他什么原因造成的。

(四) 诉行政机关不制止伤害他人行为案件现场分析的重点

1. 分析判断诉伤害他人行为是否客观存在与严重程度如何

伤害行为是否客观存在，是构成此类案件的基本事实，伤害程度如何，是审查行政机关是否具有不履行法定职责并涉及行政赔偿的问题。伤害行为如确实发生，现场必然留下伤害行为的痕迹、物品，受害人反抗或搏斗的痕迹、伤痕、血迹和有关物品。一般应有医院诊断证明或法医鉴定结论，受害人、目击者、知情人对伤害事实的陈述。我们把这些实地勘验、现场访问获取的有关证据材料，经过去粗取精、去伪存真、由此及彼、由表及里的思索加工整理，才能够分析判断伤害行为是否客观存在及伤害程度，这是查明案件事实，正确处理案件的基础。

2. 分析判断勘查获得的证据材料是否充分，与所诉情况是否一致

认定行政机关是否构成不制止伤害他人案件与认定其他任何案件事实一样，要有确实充分的多方面证据材料，其各方面证据材料必须能够互相印证，协调一致才能证明所述情况属实。为此，应对现场勘查所获得的证据材料进行深入地分析研究，看其是否充分，如果获得的只是一些支离破碎、缺乏内在联系的材料，就很难进行分析判断，更不要说有些还需送检鉴定，要与举报人所述的情况进行综合分析判断，都会受到严重影响。只有经过分析判断认为现场勘验获得的证据材料确实、充分，才能证明案件真实情况，为查明案情、加强社会主义法制服务。

3. 分析判断被告行政机关对伤害他人的行为，是否予以制止或查处

保护公民人身权不受非法行为侵犯，是有关行政机关的义务和职责，被告行政机关对伤害人身的行为，在接到举报或求助后，理应采取有力措施，及时

查明情况予以制止。如果不予制止或查处，无疑是放纵违法行为的一种严重渎职行为。因此分析判断行政机关对于伤害他人的行为是否给予了制止或查处，是查明此类案件的焦点，也是现场分析的重点。为此，在分析判断中就需要有充分、确实地证据材料来证明。比如有接待报案记录、请示报告审批意见、有人证实有行政机关工作人员到达过现场给予了制止，有行政机关工作人员调解查处或现场勘验记录和有关痕迹、物品等证据材料，就不能说明行政机关对伤害他人行为没有制止或查处。反之，如果没有这些证据材料，就应结合其他证据材料肯定原诉之行为的正确合法。

第三节　行政违法案件的调查取证

一、行政违法案件调查取证的概念

行政违法案件的调查取证，是指行政主体为了查明行政案件的真相，获得证据或查获违法行为人，而依法进行的专门调查工作和采取有关的行政强制措施的活动。它是行政调查的一个重要组成部分。

行政调查，是行政程序上的一个重要步骤。所以，在许多国家的行政程序法律规范中，通常把行政调查程序视为重要的程序制度。如英国行政法规定的程序中，最重要和使用最广泛的就是调查程序，其法定的调查有较为完善的程序规则；并对法律规定必须进行的调查，不经调查所做出的决定视为程序上的越权，可以被法院宣告无效。在我国，尽管对行政调查缺乏规范性的规定，但其在行政程序中仍占有相当重要的地位。因为，行政主体在做出决定前，必须先调查有关的意见和情况，以作为决定的根据或参考。如做审批决定时，应先行对报批事项是否符合批准条件进行调查。其目的，一是为公民对行政主体计划采取的决定提供陈述意见的机会，从而切实保护其合法权益；二是为了使行政主体在作出决定前掌握全面情况，以作出更符合实际的决定。

行政违法案件的调查取证，与行政调查既有密切联系又有区别。它仅指行政主体在处理行政违法案件中的调查，其目的是查明行政案件的有关事实，为作出行政处罚决定提供事实根据。所以，尽管行政违法案件的调查取证是行政调查的一个重要内容，但它与其他行政调查的调查主体、方法或手段、目的、以及在行政程序中的地位均有所区别。行政违法案件的调查取证，是由外部行政执法主体实施的专门行为，并可以依法采取一些诸如强制传唤、扣留钱物等

强制性措施。其他行政调查，一般是不能采取这些措施的。同时，调查取证还是行政处罚程序的一个必经步骤。因为，不经查清案件事实，就不可能对其作出正确裁决。

调查取证与刑事诉讼中的侦查，尽管同属查明事实的手段，但其适用的主体、采用的方法、行为目的以及法律依据等均有重大区别。侦查是公安机关、国家安全机关和人民检察院依刑事诉讼法所实施的诉讼行为，其目的是发现、证实犯罪事实，查明被告人是否有罪及罪轻重，所以，其调查方法或手段带有明显的强制性，如搜查、通缉、逮捕、拘留等，并可以采取各种侦察手段。行政违法案件的调查取证，虽也带有一定的强制性，但与侦查活动相比，这种强制通常不是对人身的强制，即便是对人身的强制，也只是在相当短的时间内。当然，调查取证非经法定授权，一般也不能采取侦察手段。

对行政案件的调查取证，主要从以下几个方面理解：

（一）调查取证的主体是外部行政执法主体，具体指依法享有行政处罚权的行政机关、企业和事业单位。其他任何个人或组织，都无权实施这一行为。但在行政法律、法规和规章有特别授权的情况下，不享有处罚权的组织，也可以对行政违法案件进行调查取证。如公安部《关于查破和处理治安案件的通知》中规定："机关、团体、企业、事业单位内部发生的治安案件，由本单位保卫组织负责查破，地方公安机关给予指导和协助。"这说明，设立公安机构的单位，其保卫组织虽不具有行政处罚权，但对其内部发生的治安案件，仍有权进行调查取证。当然，具体案件的调查取证，通常都由主管部门负责，对案情复杂、涉及面较广的治安案件，有的也可以由主管部门会同其它有关部门共同进行调查。如林业部关于《林业行政处罚程序规定》第15条规定："林业行政执法人员……必要时，可以会同有关部门共同收集、调取各种证据。"

（二）调查取证的目的主要表现在三个方面：一是查明行政违法事实，具体查明行政违法事实是否存在，性质如何，危害结果的有无及大小等等；二是查获违法行为人，具体确定违法行为人，查明其履历情况及行为时的主观心理态度等；三是获取与案件事实有关的各种证据，如物证、书证、证人证言等等。

（三）调查取证的工作包括专门调查工作和有关的行政强制性措施。调查取证是围绕着查明行政案件的事实进行的，必须进行专门的调查工作，具体指讯问相对人、询问证人、勘验检查、鉴定以及提取其它证据等。这相对其他行政调查而言，是一种特殊的调查方法。而且，对某些案件的调查，还可以采取一些秘密侦察手段，如在查破治安案件中，可以由刑事侦察部门协助使用侦察

手段。当然，这必须有行政法律规范的明确授权。此外，为确保这种专门调查工作的顺利进行，还有一些特殊性的措施，亦即行政强制措施来保证，如强制传唤、强行扣压等。但这也并非每一行政案件的调查取证都可以采取强制性措施。是否采取，通常因案件的性质而定。如林业行政处罚案件中，一般不能采取强制传唤措施；而治安案件却可以采取强制传唤。当然，这最终还是取决于是否有行政法律规范的明确规定。

（四）调查取证是行政处罚裁决的必经程序。通常认为，调查取证只是普通裁决程序中的必经程序。因为在当场处罚程序中，一般对作出处罚既没有规定要调查取证，也没有要求作出讯问笔录，自然不属必经程序。我们认为，不论是普通程序还是简易程序，只要裁决，都必然有一个调查取证的过程。因为，作出处罚裁决必须有事实根据，为此就必须要调查取证。调查取证是正确作出裁决的基础和前提。有些证据虽然确实难以收集或行政法律没有要求收集，但并不意味着对此不经调查就可以裁决。例如，某人骑自行车闯红灯被交通民警发现，虽然民警“眼见为实”即可当场处罚，但在此前必须进行必要的调查工作，如讯问骑车人，听取其意见等。道理很简单，仅凭闯红灯的事实尚不足以必须给予处罚，比如骑车人尚不满 14 岁，不经调查自然不可能正确裁决。所以，我们认为，不论是普通程序还是简易程序，都必须经过调查取证方能正确裁决。当然，在这两种不同的程序中，对调查取证的要求是不同的。

（五）在普通裁决程序中，调查取证有严格的程序规则。如讯问相对人应当制作笔录，讯问查证不得超过一定期限等等。在普通处罚程序中，调查取证作为一个重要程序，其具体活动涉及一系列的法律关系，为确保调查工作顺利进行并取得成效，必须有一较为严格的程序规则。行政执法人员从事调查取证工作，必须按行政法律规定的程序进行，为正确裁决打好基础。至于在简易裁决程序中，调查工作通常无法认定程序规则，如何进行，一般由行政执法人员在不违法的前提下自由裁量决定。

综上所述，行政案件的调查取证，在行政处罚程序中占有相当重要的地位。在理论与实践结合的基础上，研究和解决调查取证的有关问题，是非常必要的。由于对有关的行政强制性措施已在“行政强制措施”一章中阐明，故本章只以专门调查工作作为探讨的主要对象。

二、专门调查工作

（一）、讯问相对人

讯问相对人，是行政执法人员为了证实行政违法事实，查明违法行为人，

依法对行政违法行为人或行政违法嫌疑人进行审问的调查活动。

讯问相对人，是调查取证工作的必经程序。不论是适用普通处罚程序，还是适应当场处罚程序，都必须在讯问相对人之后方能进行处罚裁决。讯问相对人，对行政执法人员来说，是了解案件情况，取得证据，查明事实真相的一种手段；对相对人而言，则是如实供述行政违法事实和为自己进行辩解的一个机会。其具体任务，主要表现在三个方面：一是查清相对人是否有行政违法事实以及应否承担行政责任，这是讯问相对人的首要任务。二是辨别证据，查清案情。讯问相对人是辨别其他证据真伪的一种重要手段，以此确定足以证实案件事实的确凿证据，进一步查清案情。三是教育相对人承认错误，提高守法觉悟。讯问相对人时，对已确认有违法行为的相对人，进行说服教育，消除其对立情绪，促使其主动检讨，服从法律制裁。这在简易处罚程序中尤为重要。

一般来说，讯问相对人应注意以下几个问题：

1．讯问相对人必须由行政执法人员进行。这里所谓的行政执法人员，通常指享有行政处罚权的机关或组织指派的工作人员，也包括只享有调查权的机关或组织指派的工作人员。其他任何机关、团体和个人都不能行使这项权力。至于讯问相对人时应有几名行政执法人员参加，许多有关的行政法律规范无明确规定。但通常而言，应不少于二人。如《林业行政处罚程序规定》第 12 条明确规定："调查处理林业行政处罚案件不得少于二人。"对无明确规定的情况，我们认为，为了有利于相互协助、监督和安全，讯问相对人的时候，也应当要求行政执法人员不少于二人。同时，讯问女性相对人时，还应要求由女行政执法人员进行，或者由女行政执法人员在场；一般应禁止男性行政执法人员单独讯问女性相对人。

2．讯问相对人时必须保障相对人的合法权益，切实遵循法定的程序和方式，严禁刑讯逼供和用威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法进行讯问。一般情况下，行政执法人员应当到相对人的所在单位或住所进行讯问，在法律有明确规定的情况下，也可以传唤其到指定地点接受讯问。讯问时，行政执法人员应当首先表明自己的身份，然后主要讯问以下内容：一是相对人的履历情况，这在初次讯问时尤为重要；二是与案件有关的事实；三是相对人对自己行为的辩解。行政执法人员不得讯问与案件无关的问题、个人隐私以及国家机密事项；对此，相对人也有权拒绝回答。当然，如果案情涉及国家机密或个人隐私，也应作为讯问的内容，但必须采取保密措施。对于讯问人的正当讯问，相对人应当如实回答，拒不回答时，可以进行教育，但不得采用威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方式、方法。此外，讯问相对人，还必须及时进行，禁止拖

延。只有对情况较为复杂的案件，讯问的时间可以适当延长，但绝对不可超过24小时，否则即属非法拘禁。

3. 讯问未成年人、不通晓当地语言文字的人、聋哑人等具有特殊情况的相对人时，应当采取必要措施。一般要求，讯问未成年人，应通知其法定代理人到场，但在讯问时应告诉其法定人不得妨碍讯问的进行；讯问不通晓当地语言文字的人，应当由翻译人员为他翻译；讯问聋哑人，应有通晓聋哑人手势的人参加等等。这都是从切实保障相对人的合法权益的原则而发而提出的具体要求。

4. 讯问相对人，一般应如实地制作笔录，只有在适用简易处罚程序法律不要求作讯问笔录时，才可以不作笔录。讯问笔录应当将讯问人的问话和相对人的供述或辩解，用钢笔或毛笔不失原意地记载清楚，并在讯问结束后交相对人核对或向其宣读。对于相对人认为不正确的地方应允许其改正或补充，在确认无误后由相对人、讯问人签名或盖章。讯问时有法定代理人、翻译人参加的，也应让其签名或盖章。对于相对人要求自写的，应当允许，必要时行政执法人员也可以要相对人书面供述或辩解。

当然，讯问相对人时还应当注意必要的策略和方法。比如，进行有的放矢、有针对性的政策教育；选择适当时机提示证据；利用供述的前后矛盾予以揭露等等，以迫使相对人作如实供述。

（二）询问证人

询问证人，是行政执法人员为收集证据，查明案情，依法向案件知情人进行了解的一种调查活动。

询问证人，是收集证人证言通常采用的方式。这样做，不仅便于行政执法人员随时向有关的知情人提出案件中需要查明的问题，弄清证人所谈情况的来源，还有利于使证人证言中不清楚或有矛盾的地方得到澄清，从而有利于查明案件事实。所以，询问证人是查明案情、揭露行政违法行为的重要调查方法。其具体任务，就是通过对了解案件情况的人进行询问，取得能够作为证据的证言，以证明相对人是否违法，应否承担行政责任或应负责任大小的情节，查明与案件有关的情况和事实。

因此，询问证人是一项非常严肃的工作，必须依法进行。具体要求询问证人必须由行政执法人员进行。在询问前，询问人应当熟悉有关案件的情况和材料，明确询问目的和需要查清的问题，了解证人与相对人的关系。通常而言，从便利群众出发，应当到证人所在地或工作单位去询问，以尽量少影响证人的正常生活或工作。在某些特殊情况下，如有在其住所或单位不便进行询问的情

况，也可以通知证人到指定地点提供证言，但绝对禁止采取拘传或其他强制性的方法强制其到场。

询问证人时，询问人应当首先表明自己的身份，然后查明证人的身份，并告知其必须如实提供证言以及应有的权利和义务。同时，还必须保证证人有客观充分地提供证言的条件。询问人不得作提示性、暗示性的发问，更不能采用暴力、胁迫、引诱、欺骗等非法的方法使证人提供证言。需要询问多个证人时，应当在其他证人不在场的情况下个别进行，以免串通和互相影响，对于有特殊情况的证人，应当实事求是地照顾其特殊情况。如询问聋哑人，应有懂哑语的人翻译；询问未成年人，应通知其法定代理人到场等。对于不愿作证的，应当及时查明情况，有针对性地进行思想教育，消除其顾虑，鼓励、启发其作证的积极性和自觉性。

证人的陈述应不失原意地写成笔录，交证人核对或向其宣读并经其确认无误后，由证人、询问人在笔录上签名或盖章。如证人愿意以书面形式提供证言的，应当允许；必要时，行政执法人员也可以要求相对人亲笔书写证言。

当然，询问证人通常发生在普通处罚程序中。适用简易处罚程序，法律通常并不要求收集证据，即便是有询问证人的情况，也无严格的程序要求。

（三）勘验、检查

勘验、检查，是行政执法人员对于与行政违法行为有关的场所、物品、人身等进行实地勘察或者检查，以发现和收集行政违法活动遗留下来的各种痕迹和物品的一种调查活动。它是调查中取得第一手材料的一个重要途径。其具体任务，就是通过运用专门手段，对行政违法案件现场上的各种事物及有关的物品、人身等进行调查，从而找出与行政违法行为有联系的各种事实情况，为揭露和证实违法行为提供线索和证据。所以，它对于查破行政案件具有非常重要的作用。

勘验、检查作为重要的调查活动，必须由行政执法人员进行。必要时，也可以指派或者聘请具有专门知识的人进行勘验、检查。同时，为了防止对勘验检查的客观公正性产生怀疑和争议，可以邀请与案件无利害关系的公民作为见证人参加勘验和检查，也可以通知有关的当事人参加。但当事人拒绝参加的，不影响勘验、检查的进行。对于勘验、检查的情况，应当制作勘验检查笔录，由参加勘验和检查的人和见证人签名或者盖章。

查破行政案件中的勘验、检查，主要包括现场勘验、物证检验和人身检查。

勘验现场是指对与行政违法行为有关的场所，如违法行为发生的场所，发

现的场所，窝赃的场所等等，进行勘查的行为。对现场进行勘验时，行政执法人员首先要了解案件发生、发现和保护现场的情况，有计划、有步骤地及时进行。同时，要认真收集和仔细分析研究每个痕迹、物证的情况，以便客观地判断案情。对现场上一切有关的情况，都要客观、全面、详细地记录下来，由行政执法人员、其他勘验人和见证人签名或者盖章。

物证检验，是指对收集到的物证进行鉴别的行为。查验物证的特征，确定物证与案件事实的关系，判明物证的证明意义，是物证检验的目的所在。所以，对收集到的物证，应当尽快地细致地进行检验，以防止其灭失。如需经专门技术人员进行检验和鉴定，应指派或聘请专门人员进行。物证检验，也应制作检验笔录，参加检验人员和见证人应在笔录上签名或盖章。

人身检查，是为了查明相对人、被害人身体上具有证明意义的特征、伤害情况或者生理状态，依法对其身体进行检查的一种调查行为。由于此种调查直接涉及被检查人的人身权利，所以在行政法律无明确授权时不得实施。通常而言，人身检查应由行政执法人员进行，必要时可以指派或聘请专门人员进行。对妇女进行人身检查，只能由女工作人员或医师进行。在被检查人拒绝检查时，一般通过说服教育取得同意才能检查，但有行政法律规定时，对相对人所做的检查，可以强制进行。检查的情况同样需要写成笔录，由参加人和见证人签名或盖章。

（四）鉴定

鉴定，是指由行政主体所指派或聘请的具有专门知识的人对案件中某些专门性问题进行科学鉴别和判断的一种调查取证的措施。它对于查破行政案件，准确认定有关的事实及性质，往往具有重要作用。

为保证鉴定工作正确进行，鉴定必须由精通某种专门知识，经行政主体指定或聘请的、与本案件无利害关系、或其他可能影响公正鉴定关系的人进行。鉴定前，行政执法人员应就需要鉴定的内容向鉴定人提出明确要求，并提供鉴定所需要的材料。鉴定人应及时就指定事项进行鉴定，并将其所作的判断制作成明确、完整、具体的鉴定结论。鉴定人应在鉴定结论上签名。行政执法人员认为鉴定结论有问题时，可以请鉴定人做出解释，或补充鉴定和重新鉴定。

（五）提取其它证据

对物证、书证和视听资料的收集，是调查取证工作的重要内容。行政执法人员在调查取证过程中，有权提取与案件有关并具有证明意义的物证、书证和视听资料。与此有关的单位和个人应当予以协助。一般来讲，提取物证、书证

和视听资料的方法主要有两种：一是扣押，二是复制。

所谓扣押，是指行政主体依法强制扣押或留置与行政违法案件有关的物品、书信、文件等证据的一种调查方法。其目的是发现和保全具有证明意义的物品、书信、文件等证据材料，以取得充分确实的证据，正确认定案情。所以，与案件无关的物品、文件等不得随意扣押，已经扣押的应迅速退还原主。扣押具有强制性，对应扣押之物，如持有人、保管人、所有人无正当理由拒绝交付，可以强行扣押。正因如此，在调查取证工作中，一般不宜采取扣押的方法收集证据。采取扣押措施，必须有行政法律规范明确授权，而且，通常要遵守一定的程序规则。首先，要办理扣押手续，在进行扣押时，一般应写书面报告，经主管领导或主管部门批准后方可执行。其次，对于确定扣押的物品、文件等，应当在其持有人或见证人在场的情况下当场点清，并开列清单。清单一式两份，由行政执法人员、见证人、持有人签名或者盖章，一份交持有人，一份存卷备查。对于扣押的物品、文件等，要由行政主体妥善保管或者封存，不得以任何理由挪用或者损坏。对于需要扣押但又不便提取的物品，应当责成持有人或者其他有关人员妥善保管，必要时应当加封。

提取其他证据不需要扣押，或者行政主体无权采取扣押措施的，可以采用复制的方法。如摘录、转录、复印、拍照，等等。有关的单位和个人应当给予方便。采用复制方法取得的证据，同样具有法律效力。

三、调查终结

调查终结，是指行政违法案件处理程序中调查取证工作的结束。具体有两种情况：一是通过调查获得的证据，足以证明行政违法事实存在，并应追究行政责任时，调查即告终结；二是查明相对人无行政违法事实，或虽有行政违法事实但依法应免予或不予追究行政责任时，调查也告终结。在普通处罚程序中，调查终结是调查取证程序中最后的一个相对独立的阶段。其任务，就是对全案调查取证工作情况进行全面的总结，对案件事实作出正确的结论，并依法提出具体的处理意见，或者依法做出撤销案件的决定。

通过一系列的调查取证工作，认为案件事实已经清楚，证据已确凿充分，不再需进行调查取证，是调查终结的必要前提。具体来讲，对相对人应当承担行政责任的案件，必须同时具有以下四个条件，方能宣告调查终结：(1) 行政违法事实及其情节必须清楚，亦即全部案件的事实真相已经查清，包括行政违法行为的动机、目的、手段、后果、地点和时间等等。(2) 证据必须确实充分。(3) 对行政违法行为的性质认定正确。(4) 法律手续完备。对同时具备上

述条件而宣告调查终结的，应首先写出调查终结报告书或者行政违法案件处理意见书。然后，连同行政违法案件立案登记表及有关的证据材料，交行政负责人审查。调查终结报告书或行政违法案件处理意见书主要包括三项内容：一是相对人的履历情况；二是相对人的行政违法事实及具体情节（包括影响处罚轻重的各种情节）；三是根据行政法律规范的规定提出的处理意见。

在调查取证过程中，发现有对相对人不应追究行政责任的某种情形时，也应宣告调查终结，并应作出撤销案件的决定。通常来讲，撤销案件的情形主要包括：相对人没有违反行政法规范的，或者法律规定不予追究行政责任的；已过追究时效的；由于相对人死亡，没有处罚必要的；等等。当然，决定撤销案件，也必须具有相应的证据，证明销案的事实和理由。做出销案决定时，应当由具体办案人员写出撤案报告书，报请行政负责人审查；对重大案件一般应由集体讨论决定或者由上级机关决定。如果有必要还应通知控告人或举报人。

行政主体对行政违法案件的调查取证，从立案到调查终结，应当在多长期限内完成，许多行政法律规范未作具体规定。我们认为，为确保行政效率，防止无端拖延，对调查取证工作应有一定的时间限制。如《林业行政处罚程序规定》第 23 条规定："林业行政处罚案件自立案之日起，应当在一个月内办理完毕；经行政负责人批准可以延长，但不得超过三个月；特殊情况下三个月内不能办理完毕的，报经上级林业行政主管部门批准，可以延长。"这主要是对调查取证工作时间的限制，说明对林业行政违法案件的调查取证，必须在上述规定的期限内终结，否则即为程序违法。

第七章 行政诉讼证据的审查判断

第一节 行政诉讼证据审查判断的一般规则

一、正确处理行政审判权与行政权的关系

行政审判权和行政权之间存在着严格的区别，表现在：首先，行政审判权的主体是人民法院，而行政权的主体是行政机关，两者的组织结构和性质不同。其次，行政审判权是人民法院依法享有的处理行政争议的权力，而行政权是行政机关依法享有的处理行政事务的权力。行政事务既包括行政争议，也包括大量的没有争议的事务。再次，行政审判权在行政争议产生之后、利害关系人起诉的，才得以行使，具有事后性和被动性；而行政权则没有这一个限制，无论是否有行政争议或者有人申请，在具备法定的条件时行政机关都必须依法行使，具有事前性和积极性。又次，行政审判权的主要作用是维持、撤销或者变更现有的行政法律关系，而行政权的主要作用是形成、创造新的行政法律关系。最后，行政审判权具有最终性，而行政权是否有最终性取决于法律的明确规定。

正是因为上述区别，我国宪法确立了职能分工体制，由人民法院和行政机关分别掌管不同类别的行政事务。反映在证据的审查判断方面，人民法院与行政机关也存在着一定的“分工”关系，其中突出的问题有两个：一是行政机关的独占判断权，着重解决人民法院对哪些证据不能进行审查判断的问题；二是行政机关的首次判断权，着重解决人民法院与行政机关审查判断同一个证据的先后顺序问题。

（一）尊重行政机关的独占判断权

所谓独占判断权是指行政机关依法享有的独立进行权威性的判断、不受法

院审查的权力。确立行政机关独占判断权的标准依次有两个：一是行政诉讼受案范围。人民法院只能处理行政诉讼受案范围之内的行政事务；对受案范围之外的行政事务，人民法院无权干涉，行政机关可以对相关的事实问题和证据问题作出独立的判断，亦即由于行政诉讼法对受案范围的规定，行政机关的判断具有最终性。二是技术专长标准。对于受案范围之内的行政事项，人民法院由于自身的局限性，也并非都能够进行有效的审查。其中，对于法律规范的理解和适用问题，人民法院具有专长，应当进行严格的全面的审查，可以以自己的判断取代行政机关的判断；而对于纯技术性证据的审查判断，行政机关具有专长，人民法院只能对行政机关的判断进行形式上的审查，不能以自己的判断取代行政机关的判断；也就是说，在纯技术性证据内容的审查判断方面，行政机关享有独占判断权。第一种情况属于受案范围，超出了本文的论题，下文的探讨仅限于第二种情况。

例如，《道路交通事故处理办法》第 11 条规定，“公安机关对交通事故的车辆、物品、尸体、当事人的生理和精神状态及有关的道路状态等，应当根据需要及时指派专业人员或者聘请有专门知识的人进行检验和认定。检验和认定应当作出书面结论。”《医疗事故处理办法》第 13 条规定，“鉴定委员会负责本地区医疗单位的医疗事故的技术鉴定工作。省、自治区、直辖市级鉴定委员会的鉴定为最终鉴定。它的鉴定，为处理医疗事故的依据。地区（自治州、市）、县（市、市辖区）鉴定委员会的鉴定，在没有争议的情况下，也是处理医疗事故的依据。”按照笔者的观点，如果当事人仅仅对公安机关的检验结论和认定结论、医疗事故鉴定委员会鉴定结论的内容的真实性和可靠性不服，应当在行政程序中申请行政机关重新检验或者鉴定，不能向人民法院起诉。与此相应，在交通事故行政案件和医疗事故行政案件程中，人民法院对上述公安机关检验和认定的结论、鉴定委员会对医疗事故的鉴定结论实质内容的是非对错不能进行审查，而只能予以消极地肯定。如果原告仅仅对上述检验结论和鉴定结论内容的真实性和可靠性提出异议，人民法院应当予以驳回。

在纯技术性证据的审查判断方面行政机关享有独占判断权的根据是：

第一，行政执法人员具有行业技术专长。技术性证据的审查判断需要专业技术知识。行政执法人员大多接受过专门的技术培训，而且在日常的行政执法过程中还在不断地积累审查判断纯技术性证据和事实的经验。行政审判人员很多是毕业于法律院校的学生，很少接受专门的技术培训，在纯技术性事实的审查判断方面既没有专长也没有丰富的经验。不但如此，行政执法涉及的行业多种多样，每一个行业都有特殊的专业技术，即便是行政执法人员也不可能全面

掌握，而要求本来就没有接受专业技术培训的行政审判人员审查判断各种行业的技术性证据和事实，只能是不现实的奢望。“在我看来，法官不适合对这类事务采取行动。这不是盲人领盲人，而是既聋又盲的人坚持认为他们比具有眼力和听力的、在认识有关问题真实情况的具有最大的优势的人看得更明白。法官在能够理智地对这类事务采取行动之前，必须具备花费多年功夫才能够学得的大量的知识和经验。”既然行政审判人员没有审查判断纯技术性事实和证据的能力，就应当对行政执法人员的判断给予充分的尊重。

第二，行政机关具有审查判断纯技术性事实和证据问题的技术设备。对纯技术性事实和证据的审查判断不仅仅需要专业技术知识，而且需要专门的技术设备。我国行政执法机关的技术设备虽然需要进一步现代化，但是其状况要比没有这种技术设备的人民法院要强得多。由于涉及的行业不同，不同的行政执法机关具有不同的技术设备，如果人民法院要对各种行业的技术性事实问题和证据问题作出自己的判断，就必须动用各种技术设备，而实际上人民法院将各种行业的技术设备装备齐全是不可能的。

第三，行政机关具有审查判断纯技术性事实的时间条件。行政案件事实的发生具有很强的时间性，对有关证据的调查收集和审查判断工作必须在事件发生的当时立即进行，否则，随着时间的流逝，行政案件事实不可能再一次发生，有关的证据就不可能调查收集到，所谓证据的审查判断就无从谈起。在这一方面，交通事故行政案件就是典型。在及时调查收集证据和审查判断证据方面，唯有行政机关具有这种条件。进行事后审查的人民法院应当对行政机关的这一优势给予尊重。另外，在复杂的行政案件中，有关的技术性材料数量众多，行政审判人员不可能在行政审判任务繁重和诉讼时限限制的情况下详细审查所有的技术性材料。“法官不是会计，不是电子工程师，不是财政家，不是银行家，不是股票经营家，更不是系统管理分析家。指望法官去理智地审查记载复杂的公共机关运行情况的5000页的案卷是非常愚蠢的。”

第四，充分利用行政资源。行政机关既然具有技术专家和专业技术设备，人民法院应当充分运用。实际上，在行政诉讼过程中，如果原告对被告的检验结论和鉴定结论提出异议，要求重新检验和鉴定的，人民法院往往聘请法定的检验部门和鉴定，而这些检验部门和鉴定部门大多隶属于行政机关；也就是说，在行政诉讼过程中对纯技术性证据和事实的审查判断实际上又回到了行政机关。笔者认为，这种循环往复的做法是没有必要的，除了浪费时间和司法资源之外，没有什么积极的作用。纯技术性证据和事实的认定问题应当在行政程序中最终解决，人民法院应当集中精力审查行政机关对法律规范的理解和适用

问题。

在我国的司法实践中，行政机关的独占判断权尚没有得到应有的重视和尊重。例如《医疗事故处理办法》第 11 条规定，“病员及其家属对医疗事故或者事件的确认和处理有争议时，可提请当地医疗事故技术鉴定委员会进行鉴定，由卫生行政部门处理。对医疗事故技术鉴定委员会所作的结论或者对卫生行政部门所作的处理不服的，病员及其家属和医疗单位均可在接到结论和处理决定通知书之日起 15 日内，向上一级医疗事故技术鉴定委员会申请重新鉴定或者向上一级卫生行政部门申请复议；也可以直接向人民法院起诉。”根据该条规定，当事人对医疗事故技术鉴定委员会的鉴定结论不服的，可以单独对此提请行政诉讼；当事人对卫生行政部门的医疗事故处理决定不服而起诉的，人民法院也必须对作为处理决定根据的医疗事故鉴定结论内容的真实性进行全面的审查判断。医疗事故技术鉴定委员会对医疗事故的认定没有独占判断权。

我们认为，这种规定和做法不符合我国行政执法和行政审判的实际情况，抹杀了行政机关与人民法院在审查判断证据和证明行政案件事实方面应有的分工，应当通过法律规定或者司法解释的途径予以改变。在诸如医疗事故鉴定这类纯技术性证据内容的审查判断方面，行政机关享有不受法院审查的独占判断权，有关其内容真实性的争议应当在行政程序中最终解决。如果当事人单独对“鉴定结论”内容的真实性不服起诉，人民法院应当予以驳回；如果当事人对（卫生）行政部门的处理决定不服起诉，人民法院对“鉴定结论”只能作形式上的审查判断，而对其内容的真实性不作审查判断。

需指出，行政机关的独占判断权仅仅限于对纯技术性证据内容的真实性方面，对于行政机关采纳的纯技术性证据是否符合法定的表现形式，人民法院有权而且应当进行全面的审查。理由是，证据分表现形式是法律问题，而不是技术问题，在这一方面，人民法院具有专长，而行政机关没有什么独到的优势可言。例如，根据《医疗事故处理办法》的有关规定，人民法院对医疗事故技术鉴定委员会的鉴定结论应当着手从下列四个方面进行审查：第一，鉴定结论书是否写明科学依据和分析的结论，是否有鉴定人在鉴定结论上签名和盖章，是否加盖了医疗事故技术鉴定委员会印章及签发日期。第二，鉴定人是否具备法定的资格和法定人数。第三，鉴定结论所依据的材料是否真实齐全，是否是伪造的或者经过涂改变造的。第四，当事人是否对鉴定结论及时提出了异议，以及卫生行政部门是否在当事人提出异议的情况下，仍然将鉴定结论作为定案的根据。如果人民法院查明行政机关采纳的纯技术性证据不符合法定的表现形式和程序，人民法院应当作出撤销判决。

（二）尊重行政机关的首次判断权

行政程序和行政诉讼都是实施行政法律规范的途径。其中，行政机关的实施必然在先，而人民法院的实施必然在后。这一点在行政诉讼中表现为被告行政机关与人民法院对与同一个证据进行审查判断的先后顺序，即对与被诉行政行为合法性有关的证据，第一次的审查判断权属于行政机关，人民法院只享有事后的、第二次的审查判断权，只能在行政机关审查判断之后再进行审查判断。

行政法律规范分为行政实体法律规范和行政程序法律规范，与被诉行政行为合法性有关的证据也相应地分为行政实体法证据和行政程序法证据。行政实体法证据是指证明行政实体法规定的事实要件的证据，行政程序法证据是指证明行政程序法律规范规定的事实要件的证据，包括证明被告作出被诉行政行为的步骤、顺序、时间、形式的证据和证明原告依法享有的行政程序权利义务的证据。在上述两类证据方面，行政机关都享有第一次的判断权。

日本行政法学者认为，首次判断权是指在行政机关作出第一次的判断之前，"不允许司法权作出判断取而代之或司法权自主判断，从而取代行政厅的第一判断。"在美国，首次判断权被称为初审管辖权（primary jurisdiction），指两种情况：一是在行政机关与法院对同一个争议都享有管辖权时，由行政机关享有"第一审"管辖权，法院只能在行政机关行使"第一审"管辖权、作出处理决定之后予以审查。二是如果法院在审判过程中遇到某一个属于行政机关自由裁量的问题或者技术性问题，法院即应当将这个问题移交行政机关判断并作出决定，然后以行政机关的判断为根据对全案作出判决。美国法院承认行政机关享有首次判断权的原因主要有两个：第一，保证行政政策的连续性。行政机关执行法律的政策有的由议会确定，此即立法政策，有的由行政机关自己确定，此即执法政策。无论是那一种政策，为了保证行政管理的连续性、稳定性和公正性，都必须具有连贯性和统一性。由行政机关行使首次判断权有利于保证行政政策的统一性和稳定性。如果由法院行使首次判断权，由于法院分散在全国各地，各地的法院对同一个政策的理解可能不一致，即使法院内部的不同的法官对同一个政策的理解也可能不一致，这就会对行政管理产生破坏作用。从这一点来看，"行政机关一旦建立，并依法对某一个案件享有管辖权时，法院对这类案件本来享有的原始管辖权就不能行使。在这种情况下，法院的作用仅仅限于司法审查。"第二，充分利用行政机关的专业知识。专业知识包括纯技术性知识和具有专业性的社会科学知识，例如经济学知识。由于行政执法人员大多受过专业知识培训，而且在日常的执法活动中不断积累有关的专业经

验，行政机关在专业问题的审查判断方面具有法院无可比拟的优势，法院应当充分利用并且尊重行政机关的专长。“如果法官遇到的问题不在法官的一般的经验范围之内，或者需要由行政机关自由裁量决定，法院就不能忽视国会建立的专门管理这类事务的行政机关。”

由于国家体制不同，美国法院对行政机关首次判断权及其理由的认识不完全符合中国的国情。从案例来看，美国法院所指的行政机关行使初审管辖权的第一种情况类似于我国的行政裁决。在美国，行政机关和法院对某些民事争议，特别是有关铁路运费和反托拉斯的民事争议，都享有管辖权。由于这些案件涉及行政政策和技术专长，联邦最高法院通常认为这类民事争议应当由负有专业管理职能的行政机关，如洲际商业委员会首先处理，当事人对行政机关的裁决不服的，再行起诉，法院只对行政机关的裁决进行审查。在我国，行政机关可以处理法律规定的民事争议，如自然资源权属纠纷、人身侵权赔偿纠纷等等；这些民事争议，人民法院也可以处理（审判）。但是，对于应当由行政机关首先处理还是由人民法院首先处理，法律并没有作出明确规定，实际上是由发生纠纷的当事人自主选择。当事人如果选择了行政机关裁决，对此不服的，可以提起行政诉讼，由人民法院对行政裁决进行审查；当事人不请求行政机关裁决而直接起诉的，应当提起民事诉讼。美国法院认为行政机关享有初审管辖权的第二种情况类似于我国的审判前的预决问题。例如，行政诉讼法第53条第2款规定，“人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的，以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的，由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。”据此，如果人民法院遇到规章之间规定不一致的情况，应当裁定中止诉讼，将其作为审判中的预决问题，按照法定的程序送请国务院作出解释或者裁决，然后以国务院的解释或者裁决为根据对全案进行审判。

虽然日本学者和美国法院关于行政机关初审管辖权的理解与我国不同，但是其中所揭示的基本法理却对正确认识和处理我国行政审判权和行政权的先后关系具有启发意义。行政审判权是一种事后的、被动的权力，只有在行政争议发生之后才具有行使的可能性；行政审判权本质上是一种审查权和维护权，即对已经作出的“决定”进行事后的审查和修正，维护现有的收益和秩序。行政权是一种事前的、积极的国家权力，在行政争议发生之前就必须行使；行政权本质上是一种形成权和创造权，即建立行政法律关系，创造社会收益和秩序。这种不同的属性表现在对同一个行政事务的判断权方面，行政权必然在先，行政审判权必然在后，这应当是我国宪法所确立的职能分工体制的应有的含义。

如果人民法院在审查判断证据时不顾这个时间上的先后关系，就会侵犯行政权。“行政上的首次判断权必须行政权保留。因此，法院在行政厅进行首次判断之前，代为判断，……或者代替行政厅的首次判断进行自行判断，……将构成司法权对行政权的首次判断权的侵犯，是不能容许的。”从公民、法人或者其他组织的角度来看，法院行使首次判断权，实际上侵犯他们的救济权。公民、法人或者其他组织本来可以申请行政复议和起诉，由于人民法院越俎代庖，丧失了申请复议和起诉的机会。

我们认为，为了尊重行政机关的首次判断权，人民法院在审查判断证据方面应当注意如下三个问题：

第一，明确区分与被诉具体行政行为有关和无关的行政实体法证据和行政程序法证据。被告作为行政主体在行政程序中可能调取到与拟定具体行政行为无关的他案实体法证据和行政程序法证据，并载入本案行政案卷。对于这类行政实体法证据和行政程序法证据，人民法院一旦查明确与被诉具体行政行为无关，即停止停止对该证据的审查判断，对该证据本身的真实性和相关性以及所能证明的行政权利义务不作任何认定结论，因为这本来就与被诉具体行政行为无关，可与本案被诉具体行政行为分立，是被告在行政程序中应审查判断而没有审查判断的证据，被告行政机关在行政程序中可单独就其作出另一个独立的具体行政行为，人民法院应当交由被告在行政程序中另案处理。例如，被告行政机关调查收集到原告从事两个违法行为的证据，被告行政机关只处理了其中的一个违法行为。对与原告第二个违法行为有关的证据，人民法院就不能进行审查判断。但是，如果人民法院查明被告在行政程序中已将该类证据作为本案具体行政行为的证据使用，并未单独就其作出另一个独立的具体行政行为，那么该类证据只能作为否定具体行政行为的判决理由，因为该类证据已是被诉具体行为证据，与其密不可分，行政机关已经行使了首次判断权，人民法院有权进行审查；由于行政机关错误地将他案的证据作为本案的证据使用，人民法院只能将该证据用于否定被诉具体行政行为。

第二，对于与具体行政行为有关、不能分案处理的行政实体法证据和行政程序法证据，人民法院应当查明被告是否已对该证据履行过正常的调查和审查过程。如果人民法院查明行政机关在行政程序中根本没有调查收集该证据从而根本没有予以审查判断时，人民法院应当将该证据用于否定被诉具体行政行为的合法性。这种情况的出现不是行政机关没有行使首次判断权，而是行使首次判断权时遗漏了的应当审查判断的证据，因而是错误的。如果人民法院查明被告在行政程序中已调取到并履行过正常的审查判断程序，在对这类证据进行相

应的审查判断之后，可以对这类证据所指向的行政实体法问题和行政程序法问题作出独立的审查结论。在这种情况下，人民法院所作的实体认定结论的方向可以与被告在行政程序中已作的认定结论方向相同。

第三，显失公正的行政处罚案件和履行法定职责案件是行政机关首次判断权的例外，人民法院在审查判断证据时不受行政机关首次判断权的限制。变更显失公正的行政处罚，实际上是人民法院以自己的判断取代行政机关的判断，在被告和原告之间的行政实体法律关系确立新的权利义务内容，为了查明行政处罚是否显失公正并且形成自己的结论，人民法院除了审查判断行政机关已经审查判断的证据之外，还必须审查判断行政机关没有调查收集或者审查判断的证据。与此同理，在履行法定职责案件中，被告行政机关拒绝履行法定职责实际上就是不确认、不建立自己与原告之间应当建立的行政法律关系。人民法院要判决被告履行法定职责，必须首先查明并确认被告与原告之间原本应当建立的行政法律关系。由于这个行政法律关系的内容是“新的”，人民法院当然需要新的证据来证明，不能受行政机关所审查判断证据的限制。

二、明确区分一般证据与定案证据

在人民法院所收集的所有证据之中，有的真实相关，对证明行政案件事实有意义；有的或者不真实，或者与案件事实不相关，不能用于证明行政案件的真实情况。其中，前一种证据是定案证据，而后一种证据只能是一般证据。一般证据与定案证据在认定案件事实方面具有不同的作用，人民法院在审查判断时应当予以明确的区分。

（一）定案证据必须客观真实

行政诉讼法第31条第2款规定，“以上证据经法庭查证属实，才能作为定案的根据。”本条规定的“属实”是什么样的“真实”？笔者认为，应当从下述两个方面理解：

第一，法律法规规定的真实可以分为两种情况：一是客观的真实，即符合案件实际情况的真实，不以当事人和审判人员的意志和认识转移，因此当事人和审判人员不能反驳它，而只能通过不断的证明活动认识它。二是假定的真实。即法律规定一旦某一种情况得到了证明，就假定另一种情况是真实的。假定的真实允许当事人反驳，一旦当事人提出了可靠的反证，假定的真实就不复存在。从判决的需要来看，作为定案根据的证据必须经得起各种各样的反驳，而要作到这一点定案证据就必须符合客观的真实。行政诉讼法第31条规定的“属实”是客观真实。

第二，定案证据的客观真实性并不排斥审判人员的主观能动性。客观真实性是从唯物论的角度认识定案证据所得出的结论，而主观能动性是从认识论的角度认识定案证据所得出的结论。一方面，作为定案根据的事实材料只有经过当事人的举证和审判人员调查收集活动才能够进入行政诉讼过程，才能成为行政诉讼法意义上的证据。如果人民法院没有调查收集到某一个事实材料，即使该事实材料客观真实，也只能是一般的、日常的事实材料。因此，以具有客观真实性为由认为证据是一种客观存在，“你认识它，它是证据，你不认识它，它仍旧是证据，”无论是否为审判人员调查收集到都是证据的观点实际上是轻视审判人员的主观能动性和证据的法律严肃性，抹杀了诉讼证据与客观事实本身的区别。另一方面，对于人民法院已经调查收集的证据，哪些可以作为定案的根据使用，以及如果作为定案的根据使用，应当如何使用，实际上仍然需要审判人员发挥主观能动性，予以甄别、筛选和判断。作为行政诉讼证据，定案证据实际上是客观存在和主观认识的统一体。

（二）定案证据必须与本案相关

这是通常所说的证据的相关性，在证据法学上是一个比较复杂的理论问题。罗特斯坦因认为，证据的相关性是指“如果它使理性的事实认定者认为：假如该证据是真实的，那么它的存在比不存在使实体法所规定的系争事实更有可能或者不可能。”“如果证据不能推导出它应当推导出来的事实主张，或者与事实本身无关，那么该证据就没有相关性。”华尔兹认为，证据的“相关性是指实质性和证明性的结合。如果所提出的证据对案件中的某个实质性争议问题具有证明性（有助于认定该问题），那它就具有相关性。”赋予证据相关性的目的是排除某些证据对陪审团可能作出的不利影响，防止偏见和浪费诉讼时间。“对陪审团的不信任是许多证据法的基础；偏见是相关性的砝码。陪审团不能对证据的作用作出合乎理智和逻辑的判断，由此使证据本身具有‘偏见性’。……排除相关证据的理由是陪审团倾向于给有些证据以不应当有的偏重。”总结上述观点，可以认为所谓相关性实际上就是指某一个证据对特定的案件事实具有证明的作用和价值。具体来说就是：如果某一个证据可以使其他证据的真实性或者争议的行政案件事实更为明确或者不明确，那么该证据就是相关的。如果使用该证据对行政案件事实或者其他证据没有任何影响，那么该证据就与本案无关，没有相关性。

在审查判断定案证据的相关性时，行政审判人员应当注意如下三个问题：

第一，相关性是对定案证据内容方面的要求。“相关性涉及的是证据的内容或者实体，而不是该证据提出的形式或方式。”真实性不是相关性的条件或

者标准，相关性指的是证据对本案事实可能具有的证明价值，与证据的证明力无关。“根据相关性的标准，没有必要考虑一方当事人证据的充分性（sufficiency），而只需要考虑证据本身作为一个‘建筑材料’的作用。”行政审判人员在审查判断证据时，应当将证据的真实性和相关性区别开来，逐一审查。

第二，行政审判人员在判断某一个证据是否具有相关性时，可以考虑诉讼案卷之外的事实，例如，总结在日常审判过程中积累的经验和教训，学得的专业知识等等。“须注意的是，相关性意味着为了确定一个证据是否使诉讼主张更有理由，法官和陪审团必须诉诸于案卷中没有记载的事实。……在上述任何一种情况下，证据都需要一些无须证明的对人类行为的推断为基础。”

第三，行政审判人员在认定某一个证据是否具有相关性之前应当分清该证据的证明对象是什么，所谓相关性就是指证据与特定的证明对象有关。如果该证据的证明对象不是本案行政实体法、行政程序法或者行政诉讼法规定的事实，该证据就没有相关性。例如《中华人民共和国药品管理法》第31条规定，“禁止生产、销售假药。有下列情形之一的为假药：一、药品所含成分的名称与国家药品标准或者省、自治区、直辖市药品标准规定不符合的。二、以非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品的。有以下情形之一的药品按假药处理。一、国务院卫生行政部门规定禁止使用的。二、未取得批准文号生产的。三、变质不能药用的。四、被污染不能药用的。”第50条规定，“生产、销售假药的，没收假药和违法所得，处以罚款，并可以责令该单位停产、停业整顿或者吊销《药品生产企业许可证》、《药品经营企业许可证》、《制剂许可证》。”在一起医药卫生行政案件中，原告甲向乙销售假药，卫生行政机关依据第50条的规定对甲作出罚款的行政处罚。甲不服向人民法院起诉，声称所销售的药品有实际的疗效，不是假药，而且药品的所有权已经转移到了乙的手中，所有的责任应当由甲负责，卫生行政机关应当处罚乙。人民法院是否必要查明甲所声称的“疗效”和乙持有药品的情况（证明对象）？根据33条的规定，药品有没有“疗效”与药品是不是“假药”是两个不同的概念和事实，有疗效但不符合法律规定的仍然是假药。另外，卫生行政机关处罚的是“销售”假药的行为，而不是“持有”假药的行为。因此，甲所声称的疗效和所有权转移的事实不是本案的证明对象，人民法院没有必要调查收集相应的证据，而原告为了证明这些事实而提供的证据没有相关性。

（三）定案证据必须具备合法的表现形式

如果某一个事实材料不具有行政诉讼法规定的表现形式，该事实材料就不能列入行政诉讼证据的范畴，即使该事实材料具有真实性和相关性；如果该事

实材料符合行政诉讼法规定的表现形式，但是不符合相关的行政实体法或者行政程序法规定的具体的表现形式，该证据只能作为一般证据，不能作为定案证据。

审查定案证据形式的合法性的标准有两个：一是行政诉讼法第 31 条第 1 款规定的八种表现形式。行政审判人员用来定案的事实材料必须归属于其中的一种。二是行政实体法和行政程序法的规定。例如，《福建省行政执法程序规定》第 12 条规定，"委托行使行政执法权，应办理书面委托手续，委托书应加盖委托机关的印章，并载明下列事项：（一）委托机关的名称、地址、法定代表人姓名；（二）被委托机关、组织的名称、地址、法定代表人姓名；（三）委托的事项、权限和日期。"据此，如果被告在行政诉讼中要证明其办理了法定的委托手续（证明对象），就必须提供该条规定的"委托书"（证据），而作为书证的"委托书"必须具备该条规定的三个方面的形式，才能够作为定案的根据。

（四）定案证据应当经过当事人质辩

这是行政案卷排除规则的要求之一，除非法律另有规定，用来定案的证据必须经当事人口头或书面质辩。

三、正确界定不同行政诉讼证据各自的范围和作用

（一）理清与行政证据重复和不重复的行政诉讼证据

从行政诉讼证据与被诉具体行政行为的关系来看，行政诉讼证据可以分为三个部分：一是被告向人民法院提供的行政证据，这一部分证据既是行政诉讼证据，也是行政证据；二是被告没有提供，人民法院自行调查收集的与被诉具体行政行为有关的证据；三是与被诉具体行政行为无关的证据，主要是证明行政诉讼程序事实的证据。在审查被诉行政行为合法性方面，这三个方面的证据具有不同的作用，人民法院在审查判断时必须予以区别对待。

（二）分清不同行政诉讼证据的各自的作用方向

行政诉讼证据在审查被诉具体行政行为方面的作用因与行政证据的关系而异，一般的原则是：

第一，行政诉讼证据与被诉具体行政行为证据因被告举证而重复的部分，人民法院可作出与被告相同的认定，即对该部分证据的认定结论可以与被诉具体行政行为对该部分证据的认定结论相同；换句话说，人民法院可以用这一部分证据证明被诉具体行政行为合法。根本的原因是，根据"先取证后裁决"的

原则，被诉具体行政行为的合法性只能由其自己所根据的证据证明，而人民法院将与行政证据重复的行政诉讼证据用于证明被诉具体行政行为合法，实际上只是以被诉具体行政行为原有的证据证明其合法，并没有用新的行政诉讼证据证明被诉具体行政行为的合法性，这完全符合“先取证后裁决”的原则。

第二，人民法院从其他途径获得的与被诉具体行为有关而被告又未提交的证据，以及被告在作出具体行政行为时并没有获得的证据，只能是行政诉讼证据，而不是被诉具体行政行为的行政证据，因此只能用来否定被诉具体行政行为。根据“先取证后裁决”的原则，行政机关作出被诉具体行政行为之前应当收集到足够的证据，并作出正确的认定，在被诉具体行政行为作出后不需要也不应当再需要其他的证据支持。这个道理与二审人民法院对一审判决的审查完全相同。

第三，人民法院调查收集的证明行政诉讼程序事实的证据，如延期审理、诉讼中止等方面的事实，与被告具体行政行为的合法性无关，既不能用来证明被诉具体行政行为合法，也不能用来证明被诉具体行政行为违法。

四、根据不同审查强度确定审查判断证据的范围和重点

人民法院可以根据实际需要，灵活调整对被诉具体行政行为司法审查的强度。所谓审查强度，是指人民法院审查被诉具体行政行为的细致程度，审查的强度越高，人民法院调查收集和审查判断行政诉讼证据的范围就越大，工作作得就越细致全面。人民法院灵活调整审查强度的主要目的是：第一，合理分配司法资源。与民事诉讼和刑事诉讼相比，我国行政审判人员的力量十分薄弱，财力和物力也非常有限。在这种情况下，根据行政案件的复杂难易程度，合理地分配人力、物力和财力是非常必要的。虽然我国行政诉讼法没有规定简易程序，所有的行政案件都适用普通程序——这种做法不符合案件分流原理，但是这不妨碍行政审判人员在行政诉讼法规定的范围之内，确定人力、物力和财力的分配。第二，取得良好的社会效果。人民法院审判行政案件，不能单纯审查被诉具体行政行为的合法性，而应当在审查被诉具体行政行为合法性的基础之上，尽可能地扩大行政审判对行政机关立法、执法和对公民、法人或者其他组织守法的影响。根据审查强度的不同，人民法院对行政诉讼证据的审查判断可以分为两种情况：

（一）全面审查

如果出现下述情况之一，人民法院可以决定对被诉具体行政行为进行全面的审查：第一，行政处罚显失公正，人民法院认为应当予以变更的；第二，被

诉具体行政行为所处理的金额巨大，或者对公共利益的影响重大，或者涉及原告的基本权利、对原告的生产生活可能造成毁灭性的打击的；第三，被诉具体行政行为涉及面广，涉及行政机关的政策，细致地审查有助于行政机关正确决策、改善执法环境和制度的；第四，细致的审查可以获得良好的社会教育效果的；第五，由于有关监督机关特别重视，例如人民代表大会，要求进行全面细致的审查的。第六，法院的组织力量和物质配备水平完全能满足细致审查工作需要的。

如果人民法院决定对被诉具体行政行为进行严格的审查，就必须对被诉具体行政行为证据所能涉及的全部法律问题和事实问题逐一查明，并根据审查情况作出全面的是非曲直的认定结论。为此，人民法院必须进行细致深入的庭外调查取证工作和庭审调查工作，对行政证据、行政诉讼证据进行全面的审查判断。

（二）部分审查

如果出现下述情况之一，人民法院可以决定对被诉具体行政行为的个别问题进行重点审查，而对其他问题只进行一般的审查：第一，双方当事人对本案主要法律问题和事实问题没有根本分歧的；第二，案件事实清楚，情节简单的；第三，被诉具体行政行为影响范围较小的；第四，行政案件众多，人民法院的现有组织力量和物质装备根本不能满足对每一个行政案件进行细致审查的需要的；第五，对被诉具体行政行为进行细致的审查可能使行政审判过分迟延，严重妨碍行政效率，从而根本违反行政诉讼宗旨的。

如果人民法院简单对被诉具体行政行为只进行一般的审查，就无需进行庭外调查取证工作，所有的证据都由当事人提供；对证据的审查判断，主要在法庭审判中进行；对于当事人没有争议的证据，直接予以采纳；对于当事人没有争议的事实，直接予以认定；如果查明被诉具体行政行为在一个问题上违法，并据之能作出确定的判决，即停止审查工作，而不必再进一步调取或审查其他证据，以查明被诉具体行政行为是否存在其他方面的违法问题。

从我国行政审判的实际情况来看，对被诉具体行政行为进行全面的、严格的审查是各地各级人民法院的一般的做法。

第二节　行政诉讼证据审查判断的特殊规则

一、维持和撤销判决证据的审查判断

维持判决和撤销判决都是关于被诉具体行政行为合法性的判决，不涉及合理性问题，在证据的审查判断上相通。在这两种判决中，人民法院行使的是单纯的司法审查权，仅仅对被诉行政行为的合法性进行审查并作出肯定或者否定的判断，简单地维持或者撤销现有的行政法律关系，既不增加也不减少行政法律关系的内容。这个特点反映在证据方面就是，人民法院只是再一次证明被告在行政程序中确定的证明对象（与被诉具体行政行为合法性有关的案件事实），再一次运用行政机关运用的证据（行政证据）和证明标准（行政程序证明标准），不以自己的判断取代被告行政机关的判断。无论是作出维持判决还是撤销判决，在审查判断证据时人民法院都应当明确区分对被诉具体行政行为的行政证据与作出判决的行政诉讼证据，分别加以审查。如果对两者审查判断的结论（认定结论）基本相同，人民法院应当作出维持判决；如果审查判断的结论基本不同，应当作出撤销判决。

在美国，法院对被诉行政行为合法性的审查是从行政案卷入手的，被诉行政行为的合法性只能由行政案卷中已经记载的证据来支持。如果行政案卷中记载的证据不足于证明被诉行政行为的合法性，复审法院就予以撤销；如果行政案卷中记载的证据足以证明被诉行政行为的合法性，复审法院就予以维持。复审法院在审查被诉行政行为合法性时，不接纳行政机关在行政程序中没有调查收集或者原告在行政程序中没有提出的证据。这个原则被称为“第一切那里”原则，“这是行政法的一个基本原则，法院在审查行政机关的判断和决定是否合法时，只能以行政机关提出的理由为根据。如果行政机关提出的理由不适当，法院不能以自己认为更为适当的理由代替行政机关的理由，并据此维持行政机关的决定和判断。”所谓“行政机关提出的理由”就是指行政机关在行政案卷中依法认定的事实和证据。

在我国，人民法院同样不能以与被诉具体行政行为的证据（行政案卷中记载的证据）基本不同的证据作出维持判决。其原因有三个：第一，维护执法程序的严肃性。如果人民法院一方面维持具体行政行为，而另一方面又采用基本不同的证据，就会产生一个具体行政行为可以有多种理由的状况；其直接后果

是，被告行政机关这样处理是正确的，那样处理也是正确的，无论对错与否，无论是否有定案证据的支持，都可以被维持。这种做法破坏社会对行政执法和行政诉讼的信任，是依法行政原则不能允许的。第二，消除被告行政机关的依赖感，确保行政诉讼的威慑作用。如果允许法院改变以与被诉具体行政行为基本不同的证据作出维持判决，被告行政机关在行政程序中就会无“后顾之忧”，不作认真细致的调查收集证据和审查判断证据工作，以便让法院来替代它补救，这种做法不但违反“先取证后裁决”的原则，而且会使行政诉讼对行政执法起不到任何积极的作用。第三，确保公民、法人或者其他组织的救济权。公民、法人或其他组织的救济权至少有三次：行政复议、行政诉讼一审程序和行政诉讼二审程序。如果法院以不同的证据维持被诉具体行政行为，公民、法人或者其他组织对新的证据进行反驳的机会只有行政诉讼二审程序一次了。

据此，在对被诉具体行政行为合法性作出维持判决和撤销判决之前，行政审判人员应当至少注意如下四个问题：

（一）明确界定被告提供的证据

被告提供的证据是被诉具体行政行为原有的证据，行政审判人员应当从下述三个方面进行审查：

第一，根据被告提供的证据，查明被诉具体行政行为认定了哪些证明对象，主要是与被诉具体行政行为有效构成要件有关的事实，包括被告是否具有行政主体资格的事实、是否享有法定的行政职权或者负有法定职责的事实、被告是否遵守法定程序的事实、被告是否滥用职权的事实、原告相对人主体身份的事实、原告作为或者不作为的事实等等。

第二，被告用来证明上述每一个证明对象的证据是否与其认定的证明对象之间存在合理的逻辑证明关系，以及这些证据是否符合定案证据的特征，包括这些证据的内容是否具有真实性和相关性，这些证据的证明力如何，以及是否具人合法的表现形式等等。

第三，被告提供的证据证明对其认定的证明对象的证明达到了何种程度，即被告实际上适用的证明标准是什么。

（二）明确界定判决的定案证据

人民法院作出判决是对行政实体法、行政程序法和行政诉讼法的适用，因此，行政审判人员在认定维持判决的证明对象和定案证据时，不能受被诉具体行政行为证据的约束，不能“鹦鹉学舌”或者“将错就错”。正确的做法是，根据法律规定查明为了正确适用行政实体法、行政程序法，被诉具体行政行为

应当具有哪些证明对象，具备哪些定案证据，应当达到什么样的证明标准。

（三）比较判决的定案证据与被诉具体行政行为的定案证据

与上文一致，行政审判人员在比较时也应当从证明对象、定案证据和证明标准三个方面进行。如果判决认定的证明对象与被诉具体行政行为认定的证明对象基本一致，就说明被诉具体行政行为认定的证明对象符合法律规定，没有遗漏应当证明而没有证明的案件事实；如果判决认定的定案证据与被诉具体行政行为认定的证据基本一致，就说明被诉具体行政行为具有法定的定案证据的支持；如果判决认定的证明标准与被诉具体行政行为证据对其认定的证明对象的证明程度一致，就说明被诉具体行政行为达到了法定的证明标准。只有在上述三个方面的条件同时具备的条件下，人民法院才能够作出撤销判决；如果在上述三个方面之中有一个方面被诉具体行政行为与行政审判人员的认定结论基本不同，人民法院就只能作出撤销判决。

（四）正确对待次要证据和次要证明对象

次要证据是指对被诉具体行政行为成立与否没有实质作用的证据，而次要证明对象是指根据行政实体法、行政程序法和行政诉讼法的规定，被告行政机关可以证明也可以不证明的、对正确适用法律规定没有实质性影响的案件事实。例如，在治安行政案件中，有关加害人实施加害行为的准确时间，即点钟、分钟和秒钟的事实，就是次要的案件事实，而相应的证人证言、当事人陈述就是次要证据。由于次要证据和次要证明对象对法律规定的正确适用没有实质影响，在次要证据或次要案件事实的认定结论上，维持判决没有必要与具体行政行为相同。在实践中，维持判决与被诉具体行政行为的主要证据和次要证据完全相同的情况极为少见。另外，根据行政诉讼法第五十四条规定，只有被诉具体行政行为“主要证据不足”的，人民法院才能够作出撤销判决。如果被诉具体行政行为“主要证据确凿充分”，人民法院就应当作出维持判决。行政诉讼法采取“主要”一词，应当理解为行政审判人员应当排除次要证据和次要证明对象的干扰，着重审查被诉具体行政行为的主要的、必不可少的证明对象和证据。

二、变更判决证据的审查判断

在变更判决中，人民法院不仅对行政处罚（被诉具体行政行为）的合法性和合理性行使司法审查权，而且对行政处罚的合理性行使司法变更权，是在肯定现有的行政处罚法律关系存在前提下，增加或者减少其实体内容。这个特点反映在证据方面就是，人民法院要确定自己特有的、新的证明标准和证据，以

自己的、新的判断改变行政机关的判断。据此，笔者认为，在作出变更判决之前，行政审判人员在证据的审查判断上应当注意三个方面的问题：

（一）确定变更判决的证明对象

变更判决的证明对象是指人民法院为了作出变更判决而应当专门查明的行政案件事实。根据行政诉讼法第 54 条第 2 款第 4 项的规定，人民法院只能判决变更显失公正的行政处罚。因此，所谓判决变更证明对象，是指人民法院可以判决变更行政处罚的哪些事项，不能判决变更行政处罚的哪些事项，而这实际上就是行政处罚显失公正的范围和行政处罚显失公正的表现形式问题。

关于行政处罚显失公正的范围，学术界有两种观点。一种观点认为，所谓显失公正是指“行政处罚虽然形式上不违法，但在掌握处罚的额度上明显不公正，损害了公民、法人或者其他组织的合法权益。”“显失公正的最根本特征是行政处罚主体运用自由裁量权不当，造成行政处罚明显不合理。”“是具有一般法律常识和道德水准的人均会认为其不公正的”。因此，显失公正必须以行政处罚合法为前提，是在合法范围之内明显不合理或者不当；而变更判决也只能针对行政处罚显失公正的部分，如果行政处罚违法，人民法院不能判决变更，而只能撤销。

另一种观点认为，对一些表面上不是显失公正，但是因各种原因确属不当的情况，人民法院也可以变更。因为，如果人民法院对这些情况不变更，要求行政机关重新处理，“不仅要影响行政机关的工作效率，而且会增加当事人的讼累，还不如由人民法院直接判决变更为好。”这些情形包括：第一，因认定事实部分错误而导致处罚失当的；第二，因对违法行为的定性错误而导致处罚失当的；第三，因对违法所得计算错误而导致处罚失当的；第四，因认定处罚数额错误而导致处罚失当的。在这四种情形之中，对违法行为的定性错误属于适用法律法规错误，即选择法律条文错误或者理解法律条文错误；而其他三种情形都属于被告行政机关没有查清行政案件事实，这可能是因为遗漏了证明对象造成的，也可能是因缺少定案证据、没有达到法定的证明标准造成的，但无论是哪一种情况，均属于行政诉讼法第 54 条规定的“主要证据不足”。按照这种观点，造成行政处罚显失公正的原因有两种：一是行政处罚合法，但是裁量明显失当；二是行政处罚违法，造成处理明显失当。对于这两种情况，人民法院都可以判决变更。

我们赞同第一种观点，认为第二种观点不仅是错误的，而且是有害的。理由是：第一，从行政诉讼法第 54 条的规定来看，被诉具体行政行为违法的，人民法院只能判决撤销或者部分撤销，行政处罚是最为典型的具体行政行为，

自然不能例外。该法第54条并没有规定违法的行政处罚就是不公正行政处罚——在两者之间划等号或者确立属种关系，更没有规定对违法的行政处罚可以判决变更。将行政处罚的违法性列人显失公正的范围之内，无疑是扩大了变更判决的适用范围；其后果是，对被诉行政处罚来说，人民法院要么判决维持，要么判决变更，没有必要判决撤销。这种理解显然不符合行政诉讼法的立法精神和原意。第二，从司法审查的角度来看，对行政处罚合法性的审查结果只有两种，要么行政处罚合法，判决维持；要么行政处罚违法，判决撤销；其中并没有第三种可能性。如果允许人民法院判决变更违法的行政处罚，其后果是人民法院可以以与行政机关不同的事实根据或者法律依据维持行政处罚，例如，公安机关以认定甲的侵害行为构成轻微伤害行为，根据治安管理处罚条例第22条的规定决定拘留甲7日；而人民法院认为甲的行为应当根据第19条的规定认定为构成妨害公务行为，但是决定拘留甲7日是正确的，因此，根据策19条的规定判决维持公安机关的拘留决定。这种做法实际上以不同的理由维持行政处罚，其后果是任何违法的行政处罚都可能被人民法院通过变更其证据、事实或者法律依据的形式予以维持，只要行政处罚实体处理结果相同就行，而不论其是否事实清楚、定性准确、适用法律法规正确。第三，违法的行政处罚给公民、法人或者其他组织施加了本来不应当承担的义务，剥夺了本来应当享有的权利，因此可以认为所有的不合法的行政处罚都是“显失公正”的。但是，不能因此将行政处罚违法与行政处罚显失公正混同。行政处罚违法专门指是行政处罚不具备行政行为的有效构成要件，在法律上不能成立；而行政处罚显失公正专门指行政处罚虽然具备行政行为的有效构成要件，在法律上能够成立，但是处罚的轻重与案件事实的情节、性质和违法行为的危害程度严重不成比例。既然两种情况不同，人民法院在审查时就应当区别对待，其中，前一种情况，没有选择的余地，人民法院只能判决撤销；而后一种情况具有一定的灵活性，人民法院在审查方面具有相应的余地，可以判决变更，也可以判决维持。

因此，在作出变更判决时，行政审判人员必须将行政处罚的合法性与显失公正区别开来，在肯定行政处罚合法性基础上，变更其显失公正的部分。在证据的审查判断方面，行政审判人员应当首先分别确定行政处罚合法性和显失公正各自不同的证明对象，确定有关行政处罚合法性的各项事实都得到了符合法定的证明标准的证明，其中包括被告行政处罚主体资格的事实、处罚权限的事实、处罚程序的事实、违法行为的事实等等。对这些事实的证明，被告承担举证责任，人民法院只是予以审查确认。在确定被诉行政处罚合法之后，行政审

判人员才能够着重审查行政处罚显失公正的事实（证明对象）。

“显失公正是行政机关行使自由裁量权严重不当”，那么，是否是对行政机关行使行政处罚自由裁量权严重不当的任何一个部分人民法院都可以判决变更呢？这是确定变更判决范围的另一个问题。在这个问题上，德国关于“自由裁量权”的研究具有启发意义。在德国，“自由裁量”被划分为两种情况，一是法律后果裁量，即法律针对同一事实构成要件（Tatbestand）规定了不同的处理方式即不同的法律后果，或者是两个以上的处理方式，或者是一个确定的处理幅度，行政机关可以根据案件的具体情况进行选择，称为行政裁量（dasErmessen der Verwaltung）。另一种情况是不确定的法律概念（unbestimmter Rechtsbegriff），指法律对事实构成要件规定得不明确，行政机关因此获得一定的判断余地。例如公共利益、共同福利、重要根据、交通利益、诚实信用性、能力、必要等等。裁量具有法律规定的范围和幅度，有一定的约束；而不确定的法律概念受法律约束的程度低得多，其安定性和可预测性也差得多。德国行政法院和学者认为，根据法治国家原则，行政管理活动越是不确定，就越是应当受到严格的监督。因此，对行政裁量行为行政法院只审查其合法性，不干涉其合理性；而对不确定的法律概念则要严格地审查，不合理的判断就是违法的判断。

德国的做法给笔者的启示是，在审查行政处罚时，人民法院应当将事实要件裁量和法律后果裁量分别开来，区别对待，确立不同的审查规则。对事实要件裁量的审查，应当将合理性和合法性视为同一个标准，不合理的裁量即是错误的裁量，也就是不合法的裁量。因此，人民法院查明行政处罚事实要件方面裁量“失当”的，不能变更，而只能予以撤销。对法律后果裁量的审查，应当将合理性与合法性区别对待，超过法律规定范围的处罚，构成违法，应当判决撤销；而在法律规定的范围之内，与违法行为严重不成比例的，构成显失公正，应当判决变更。例如，被告认定原告的违法行为“较重”，根据法律的某一条规定作出行政处罚决定；而人民法院认定“较轻”，应当根据另一条规定处罚。在这种情况下，行政处罚属于“适用法律法规错误”或者“案件事实不清”，构成违法处罚，人民法院不能判决变更而只能撤销。如果人民法院认定原告的违法行为“较重”，应当根据被告适用的法律条文处罚，但是，不应当拘留 15 天，而应当拘留 7 天，在这种情况下，行政处罚构成显失公正，人民法院可以判决变更。

由此可见，判决变更部分的证明对象仅仅限于行政处罚实体处理结果严重不当的事实，具体表现在：第一，行政处罚畸轻畸重的事实；第二，行政处罚同等情况不同等对待或者不同等情况同等对待的事实；第三，行政处罚违反从

优原则即择其最善原则的事实。上述三种事实，只要具备其中之一，行政处罚即构成显失公正。

（二）确定变更判决的证明标准

认定行政处罚显失公正的证明标准是什么？笔者认为，回答这一问题的关键在于行政处罚显失公正的事实最终应当由哪一个行政诉讼主体来证明。

从实际情况来看，由原告证明行政处罚显失公正是不可行的，因为行政处罚显失公正的事实不是由原告造成的，更不是由原告认定的，由原告承担说服责任不符合权利与义务相统一的原则，而且原告实际上也没有相应的举证能力。由被告承担说服责任会产生一个难以解决的困境，即如果被告提出了充分的证据证明行政处罚合法，而对行政处罚不构成显失公正却没有提出充分的证据证明，人民法院是否就可以据此认定行政处罚显失公正，从而判决变更？回答是否定的。根本的原因是，在审查结果方面，行政处罚的合法性与合理性迥然不同，具体表现在：第一，被告不能证明行政处罚不构成显失公正，行政处罚不一定实际上就构成显失公正，而仅仅是可能显失公正；而被告不能证明行政处罚合法的，行政处罚就一定不合法。第二，行政诉讼法并没有规定被告不能证明行政处罚不构成显失公正人民法院就必须认定其显失公正，并据此作出变更判决。在行政处罚显失公正方面，被告的举证责任与诉讼结果之间没有必然的联系，但是，在行政处罚的合法性方面，被告的举证责任与维持判决和撤销判决有必然的联系。被告不能证明行政处罚合法的，人民法院只能认定行政处罚违法，从而判决撤销。第三，人民法院要作出变更判决，必须查明行政处罚显失公正的事实。被告不能证明，不等于人民法院就可以不查明。在撤销判决中，人民法院不一定非要查清全部案件事实，只要被告不能证明这些案件事实的一部分，人民法院就可以“主要证据不足”为由直接判决撤销。看来，对行政处罚显失公正的事实仅仅通过被告履行说服责任是不能查明的，人民法院应当对此承担证明责任。

从司法变更权的角度来看，人民法院对行政处罚显失公正的事实承担证明责任是合理的。人民法院在行使司法变更权时，不像审查被诉具体行政行为合法性那样，简单地以自己的判断“印证”行政机关的判断，而是以自己的判断代替行政机关的判断，是对原告和被告之间行政处罚法律关系的实体内容作了重新“处理”，是出于人民法院特殊的考虑。因此，这一部分事实既不能由原告最终证明，也不能由被告最终证明，而只能由人民法院来证明。与此相应，行政处罚显失公正事实的证明标准应当适用人民法院的证明标准，即“案件事实清楚、证据确凿充分”。

（三）认定变更判决的定案证据

由于变更判决是人民法院以自己的判断确定行政机关的判断，适用自己的证明标准，因此，在认定行政处罚显失公正时，人民法院不受当事人举证范围的限制，特别是不受被告行政案卷的限制。对于一切有证明价值的证据，无论当事人是否提供，人民法院都应当按照法定的程序调查收集，并按照法定的证明标准进行全面的审查判断。人民法院认定行政处罚畸轻畸重的，应当着重调查收集和审查判断"量刑情节"方面的事实。例如，治安管理处罚条例第16条规定，"违反治安管理有下列情形之一的，可以从轻或者免予处罚：（一）情节特别轻微的；（二）主动承认错误并及时改正的；（三）由于他人胁迫或者诱骗的。"这些事实都是关于行政处罚轻重的事实。人民法院认定行政处罚同等情况不同等对待或者不同等情况同等对待的，应当查明被告在类似案件中处罚轻重的事实，以便树立一个参照标准。例如，走私香烟的数额、手段相同、时间接近，被告海关在他案中罚款20万元，而在本案中却罚款200万元，为了公正审理本案，人民法院应当查明被告海关在他案中实施处罚的事实。人民法院认定行政处罚违反从优原则的，应当查明行政处罚效果和适用较轻的处罚仍然能够达到处罚目的的事实，例如有充分的证据证明责令停业整顿同样达到处罚目的而且效果较好的，人民法院就可以变更效果不好的吊销营业执照处罚。无论是哪一种情况，作为认定行政处罚显失公正事实的定案证据，必须经过法庭查证属实，并符合行政诉讼法规定的一般表现形式和行政实体法、行政程序法规定的具体表现形式。

三、履行判决证据的审查判断

在履行判决中，人民法院不仅要审查被告行政机关不履行法定职责行为的合法性问题，而且要在审查的基础上重新认定行政机关是否负有法定职责、是否应当履行该法定职责以及应当如何履行该法定职责。从行政法律关系的角度来看，被告行政机关拒绝履行法定职责，实际上就是拒绝确认或者建立它和原告之间应当建立的行政法律关系；而人民法院作出履行判决实际上就是要在被告和原告之间建立本来应当建立而没有建立的、符合法律规定的内容的、新的行政法律关系。从行政审判权来看，人民法院作出履行判决，实际上是根据法律和事实，作出自己的、独立的判断，否定被告行政机关的判断，并以此基础责令被告按照履行判决确定的方式和内容执行应当执行而没有执行的法律规定。因此，在履行判决中，人民法院行使的不仅是消极的司法审查权，更为重要的积极的是"行政执法权"；行政诉讼不再是单纯的司法审查，是名副其实

的"行政""诉讼"。

根据履行判决的上述特点，笔者认为，在证据的审查判断行政审判人员应当注意下述三个方面的问题：

（一）确定履行判决的证明对象

确定履行判决的证明对象涉及两个问题：一是履行判决适用于哪些行政案件，二是履行判决适用于这些案件中的哪些事项。

对于第一个问题，理论上没有什么实质性的分歧。一般认为，被告行政机关明示拒绝履行或者消极拖延履行法定职责的，人民法院都可以判决其在一定的期限内履行。履行判决适用于三种行政案件：行政机关不予颁发许可证、执照或者对申请不予答复的案件、行政机关不履行保护人身权、财产权的法定职责或者对申请不予答复的案件和行政机关不依法发给抚恤金的案件。这三种案件所涉及具体行政行为的共同的特点是：第一，都是对原告有利的具体行政行为，即有利行政行为；第二，都是原告应当提出申请的具体行政行为，即依申请的行政行为；第三，都是被告行政机关明示拒绝或者消极拖延作出的具体行为。因此，可以认为履行判决适用于一切行政机关拒绝或者拖延作出依申请有利具体行政行为的案件。

接下来的问题是：在上述三种行政案件中，人民法院的履行判决是否应当对有关的行政实体法问题和行政程序法问题一并作出认定结论？是否可以明确指出被告行政机关应当履行法定职责的具体内容？对此，理论上颇有争议。一种观点认为，无论是行政机关明示表示拒绝的行为或者行政机关消极拖延、不予答复的行为，人民法院都应当明确指出被告履行职责的具体内容和日期，责成其在一定的期限按照人民法院的判决作出具体行政行为。例如，原告符合法定的条件，人民法院应当判决被告在一定的期限之内依法发给原告许可证或者营业执照，或者依法办理登记。另一种观点认为，对于行政机关明示不予答复的行为，人民法院不能适用履行判决，而只能判决撤销。例如，行政机关拒绝颁发许可证或者营业执照，人民法院只能判决撤销。对于行政机关拖延履行或者不予答复的行为，人民法院可以适用履行判决，但是只能指明履行的期限，而不能指明履行的具体内容。例如，行政机关对营业执照的申请不予答复的，人民法院只能判决行政机关在一定的期限之内答复，而不能明示行政机关发给或者不发给营业执照。

第一种观点是正确的，第二种观点不仅会在客观上造成重复诉讼，增加当事人的讼累，妨碍司法效率和行政效率，而且忽视了履行判决的特点，忽视了人民法院在适用行政法律规范中的能动性。在如同上文所述，履行判决的最大

的特点不是司法审查，不是对现有的法律关系或者权利义务状态简单地肯定或者否定，而是“行政”“诉讼”，即象刑事“诉讼”和民事“诉讼”那样在当事人之间建立新的法律关系，确定他们各自的实体权利和义务。在行政法的实施方面，人民法院与行政机关一样也负有执行行政法的职能和任务。在履行判决中，人民法院的作用不是消极的，而是积极的。如果认为人民法院仅仅判决撤销或者维持行政机关明示拒绝履行法定职责的行为，仅仅在履行判决中指明履行法定职责的期限，履行判决实际上的作用与维持判决和撤销判决没有什么区别，人民法院贯彻实施行政法的独立性和能动性就无从体现。

人民法院在履行判决中明确指定法定职责的内容并没有越俎代庖，侵犯行政权。在许可证或者营业执照案件中，人民法院判决被告发给许可证或者执照的，具体的手续仍然要由被告行政机关办理；在结婚登记案件中，人民法院判决被告发给结婚证的，具体的登记手续仍然由被告行政机关办理；在抚恤金案件中，人民法院依法认定的数额只能由行政机关支付。也就是说，在履行判决中人民法院只能是根据法律规定“表明态度”，明确被告行政机关应当作什么，不能作什么；明确行政机关应当建立什么样的行政法律关系，而不是自己“动手”去作。如果人民法院以自己的判决书代替行政机关的许可证、执照或者登记证，就侵犯了行政权；如果人民法院仅仅是要求行政机关去作，而不明确去作什么，人民法院的态度则是“暧昧”的，实际上是不履行自己的“法定职责”了。

出于以上分析，我们认为，在履行判决中，人民法院应当对被告应当履行的法定职责的具体内容和必要程序（强制性程序）作出明确的认定。为此，人民法院应当全面查明下述事实：第一，原告依法提出申请事实；第二，原告符合法定条件的事实；第三，被告负有法定的职责的事实；第四，被告不履行或者拒绝履行法定职责的事实；第五，法律对被告履行法定职责程序的有关规定；第六，有关被告履行法定职责的具体结果的事实。

（二）确定履行判决的证明标准

与变更判决一样，确定履行判决的证明标准取决于证明案件事实的责任应当由哪一个行政诉讼主体承担。从实际情况来看，被告不能证明原告不符合法定的条件，并不意味着原告就一定符合法定条件，因此人民法院要作出履行判决不能局限于被告的举证和举证责任。由于原告举证能力的限制和我国行政诉讼的职权主义模式，人民法院具有较强的调查职能，原告没有证明的事实人民法院仍然应当查明，原告的举证与诉讼结果没有必然的联系，原告不可能也不应当承担最终的说服责任，而只是对有关的案件事实承担推进责任。由于人民

法院在履行判决中作出了新的判断，上述证明对象由人民法院承担证明责任符合权责一致原则。履行判决的证明标准不能是被告或者原告的证明标准（审查标准），而应当是人民法院自己的证明标准，即“案件事实清楚、证据确凿充分”。

（三）认定履行判决的定案证据

在许可证和执照案件中，人民法院应当着重调查收集和审查判断原告是否符合法定许可条件方面的证据；在保护人身权和财产权的法定职责案件中，人民法院应当着重调查收集和审查判断原告的人身权或者财产权是否受到非法侵害方面的证据；在抚恤金案件中，人民法院应当着重调查收集和审查判断原告是否具备发给抚恤金的条件以及应当发给多少抚恤金方面的证据。总之，在调查收集和审查判断证据方面，人民法院不受当事人举证范围的限制，这一点与变更判决相同。

第三节　证据审查判断的步骤与方法

审查各类证据应有步骤地进行，并严格掌握审查的具体方法，这样才能通过对证据的审查，准确地判断证据，运用确实可靠的证据证明案件事实，切实保证办案质量。

一、审查书证的步骤与方法

审查书证必须从书证的分类及其特点出发，既注意其内容是否完备，又要考虑其外部形式是否符合要求。书证不像证人证言等人证那样会因时间、条件的影响而削弱其客观真实性。但书证是由人制作的，由于种种原因，书证也可能有错误，必须进行审查，辨别其真伪，认定其效力。审查书证的步骤与方法是：

1. 审查书证是否伪造。有的当事人出于各种动机，可能伪造、变造证据。任何书证都是制作者基于一定的目的制作的。审查书证，应查明制作人是谁，某人是否制作了该文件，制作的情况，制作的意图、过程和内容，有无对书写的内容观察、理解错误或记载失实等问题。属于国家机关、企业事业单位、社会团体的证明文书，应审查其内容是否符合事实，有无公章，公章是否伪造、私盖或偷盖。如果公章是伪造的或者是出处不明的文件，都不能作为书证。

2. 审查书证是如何形成的。一方面要审查书证是否在暴力、威胁、欺骗、

贿赂等情况下形成的；另一方面，对于文书的节录本，应审查其有无断章取义的情况，以及经过抄写复制的文书，在抄写复制后有无遗漏或改变，必要时应按照原本进行核对。

3. 审查书证的内容是否有错误。书证是以其记载或表达的内容来证明案件事实的，因此审查其内容有无错误，是十分重要的。在通常情况下，由国家机关、企业、事业单位、社会团体在职权范围内，依照法定程序制作的文书，比个人制作的文书可靠性要大些。特别是经过公证证明的文书，因国家公证机关在办理公证时，已经进行过审查，确认其无误才加以公证证明的，所以应当承认其真实性、合法性。但有时在内容上也可能和实际情况有出入或者有错误，所以也要认真审查，确认其效力。对于个人制作的各种书证，由于观察不实在，认识或理解上有错误，记忆不全面或者记载不清楚等原因，内容都会出现错误，尤其应当认真审查，确认其无误，才能作为定案根据。

审查书证最主要的方法，是把书证和案内的其他证据联系起来分析对照，确定其真实性和效力。

二、审查物证的步骤与方法

审查物证就是对收集到的有关物证材料进行分析研究，鉴别真伪，找出物证与案件事实之间的联系，从而证明案件事实。审查物证的步骤与方法是：

1. 审查物证的内容。根据物证的特点，应着重查清以下问题：(1) 审查物证是否伪造。当事人为了胜诉有可能故意改变原物的形态、规格，或者以不同质量特点的物品来冒充原物。因此有必要审查物证是否伪造。(2) 审查物证的来源。审查物证的来源就是审查物证的原始出处，查明它是在何时、何地、何种条件下形成的。对物证的来源要作出有根据的判断，防止将伪造、冒充的物品、痕迹作为证据。(3) 审查物证与案件事实有无客观联系。物证是与案件事实存在客观联系的物品的痕迹，有客观联系的才能作为物证使用。在审查判断物证时，要特别注意它的外部形状和内在特性，着重审查是否错误地收集了疑似的、不符合案件性质的与案件事实无内在联系的物品和痕迹，没有客观联系的、疑似的、不符合案件性质的物品和痕迹，就不能作为物证使用。

此外，在分析研究物证的外部形状或存在情况时，还应注意随着时间、条件的变化，可能对物证造成的影响。

2. 审查物证的方法。对于物证的审查判断，通常采用以下三种方法：(1) 通过辨认进行审查判断。为了保证辨认的准确性，进行辨认必须采取正确的方法。辨认之前，不能让辨认人看到被辨认的物品，以防止先入为主。进行辨认

时，不能把该物证单独提供辨认，而应夹杂在若干特征相似的同类物中进行辨认。对于当事人等在辨认中提出的问题和意见，应结合物证的发现和收集的情况认真进行分析研究。(2) 通过鉴定进行审查判断。对收集到的一些物品和痕迹是否与案件有关，难以确定的，必须由具有专门知识的鉴定人进行技术鉴定，得出结论。(3) 通过联系对比进行审查判断。所谓联系对比就是把所有的物证联系起来，把所有的物证同其他证据联系起来，进行分析对照，互相印证，找矛盾，查疑点。如果物证是真实的，它就与其他证据相一致。否则，它就与其他证据有矛盾。当分析对照发现物证与其他证据有疑点有矛盾时，应认真研究找出原因，弄清楚是物证不真实，还是其他证据有问题。对于矛盾和疑点，绝不能置之不理，更不能人为地加以掩盖或随意解释。应当通过进一步调查收集证据，进行反复核实。只有消除了疑点和矛盾的物证，才能作为认定案件事实的依据。

三、审查视听资料的步骤与方法

视听资料作为一种独立的诉讼证据，既不同于书证，也不同于物证，它是利用视听资料的声音、图像和储存的资料、数据等来证明案件事实的。用以证明案件事实时，有可能用它的内容，也有可能用它的外部特征。因此，这种证据的保全非常重要。对这种证据的审查判断，必须研究该资料的形成过程及保管条件，在一方提出可疑之处时，应进行技术鉴定，并结合其他证据进行综合分析。避免因过分相信、依赖科技手段而为假象所迷惑。

四、审查证人证言的步骤与方法

证人提供的证言容易受到主客观因素的影响，有真实的，也有虚假的。只有真实可靠的证言才具有证明价值。审查证人证言应注意从以下几个方面进行审查：

1. 审查证人证言的来源。这是运用证人证言首先应该弄清楚的问题。要查明证人是怎样知道案件情况的，是直接看到、听到的，还是间接得知的。如果是直接看到、听到的，应分析证人了解案件情况时的各种情况，在当时的具体条件下，证人能否了解到所陈述的情况。如果是传来的或间接得知的，应查明是在什么时间、什么地点、什么情况下听说的，并要研究经过这样的转述，是否会失去本来的面貌。如果是证人道听途说，猜想推测，没有可靠的来源，就不能作为定案根据。

2. 审查证人是在什么情况下提供的证言。这主要审查证人在提供证言时，是否受到外界的影响，如有无受到威胁、欺骗、引诱等情况，是否受到当事人

或其他人的指使、收买、威胁等。如果发现这种情况，证言的可靠程度就很值得研究，虚假的可能性较大，必须慎重对待，只有经过反复核实后才能作为定案根据。

3. 审查证人与当事人、与案件有无利害关系。主要是审查证人与当事人有无恩怨或者其他特殊关系，如职务上的从属关系，证人与案件结果有无利害关系。在运用这类证人证言时，必须十分谨慎。因为他们可能基于个人恩怨和利害而提供假证。当然，这只是说有这种关系的证人有可能而不是一定会提供虚假的证言。

4. 审查证人的身份、政治状况和思想品质。了解证人的这些情况，对审查判断证言的真实可靠性如何，也有一定价值。一般来说，如果证人的觉悟高、品质好往往不怕压力，不受干扰，提供证言的可靠性较大。而证人的觉悟低、品质差，有可能提供不真实的证言。当然，这只是在审查证人证言时，应当注意的问题，而不能就此认为思想品质好的人的证言一定真实可靠，思想品质差的人的证言一定虚假不可靠。必须对证言进行全面分析，才能判断其真伪。

5. 审查证人感受（领会、记忆、表述）某个案件事实的主观条件和客观条件。尽管某些证人愿意如实反映情况，也可能受主客观条件的限制提供不真实的证言。因为对客观事实的反映与证人当时的心理状态、理解和领会能力、记忆和表达能力、以及某个事实发生的环境和条件都有关系。所以要审查证人提供的证言是否正确反映了案件的客观情况，还要从证人证言形成的过程中进行研究和分析，从而判断证言的真实可靠程序。

6. 审查证人证言之间，证人证言与其他证据之间，以及与案件事实之间是否有矛盾。这是采取综合审查的方法，对证人证言进行审查。包括三层内容：(1) 审查同一个证人的证言前后是否一致。同一个证人对同一个事实提供的几次证言应当一致。如果不一致，就要找出矛盾的原因，必要时再次询问证人，让他作出解释。(2) 审查不同证人就同一事实所提供的证言是否一致。如果一致，互为补充，而且提出的证言是合情合理的，证言就具有较大的可靠性。如果有矛盾或疑点，就要进一步查证，予以排除。(3) 审查证人证言与案内其他证据和案件事实是否一致。这是审查判断证人证言是否真实可靠的主要方法。证人证言与其他证据和案件事实一致，才可以作为定案根据。

7. 对未成年人证言的审查判断。审查判断未成年人的证言，应注意以下几个问题：(1) 要注意未成年人的年龄、智力发育程度同他提供的证言的内容和使用的语言是否相适应。(2) 要注意收集证言的方法是否正确、合法。方法

不当、不合法往往影响未成年人证言的客观性。(3) 要注意有无外来干扰。未成年人容易接受外界影响，尤其是容易接受他亲近的人的影响。如果未成年人的证言变化无常，就可能有外来干扰的问题。

五、审查当事人陈述的步骤与方法

审查当事人陈述应注意其具有真实性与虚假性并存的特点。行政诉讼的当事人，是发生争议的行政法律关系的双方，即一方是公民、法人或者其他组织，另一方是行政机关，他们对案件的事实情况，一般都亲身经历过，比别人更了解。一方面，他们为了维护自己的合法权益，在案件审理过程中，总是积极向法院提供有关案件的情况，阐述自己主张的理由和根据。因此，有向法院提供真实情况的可能。另一方面，由于他们与案件有切身的利害关系，彼此的利益是对立的，有的当事人为了胜诉，可能夸大对自己有利的事实，缩小对自己不利的事实，甚至歪曲事实，虚构情节，作虚假的陈述。此外，当事人的认识、理解、记忆、表达能力，也会影响陈述的真实性、完整性和准确性。因此，审查判断当事人的陈述，必须注意这种两重性和当事人的具体情况。审查当事人陈述的步骤与方法是：

1. 审查当事人是在什么情况下陈述的。主要是审查有无外界影响和干扰，有无受到威胁、欺骗、引诱的情况，是否在社会上或单位带倾向性的人和亲属的压力下进行的陈述。有外界影响和干扰、受到威胁、欺骗、引诱或者在某种压力下进行的陈述，有可能不真实。

2. 审查当事人陈述和辩解的动机目的。由于案件的结果与当事人有着直接的利害关系，因而其陈述就有着不同的动机与目的，要注意结合当事人陈述的动机和目的，判断当事人陈述的真伪。

3. 审查当事人所陈述的内容的来源。要注意查清陈述的内容是他本人直接感受到的，还是别人告诉他的，或者是他自己推测、猜想的。如果是自己感知的，就应当查清感知的背景和条件，判断当事人是否有感知的可能性；如果是听他人传说或是道听途说的，应向传说或告知人调查核实；如果是主观推测、想象的，需要查明有无根据。

4. 审查当事人的陈述有无矛盾和串通等情况。当事人的陈述可能是一致的，也可能有矛盾。对于基本一致的陈述，要防止被假象所迷惑；对于相互矛盾的陈述，应查明产生矛盾的原因。

5. 审查当事人之间的关系。如果原告，即公民、法人或者其他组织与被告的行政机关及其工作人员关系正常或者素不相识，当事人提供虚假陈述的可

能性较小；如果原告与被告行政机关有成见，则当事人有可能夸大、缩小或隐瞒所了解的事实，作不真实的陈述。

6．审查当事人的思想品质和一贯表现。如果当事人的思想品质好，一贯态度诚实，则其陈述真实的可能性大；反之，如果当事人思想品质不好，有各种私心杂念，说话做事经常随风使舵，则其陈述的真实性小。但当事人的思想品质和一贯表现与其陈述的真实性并不一定相对应，应当具体问题具体分析。

7．审查当事人陈述与其他证据的案件事实是否一致。如果当事人的陈述与案件的其他证据有矛盾，或与案件事实不一致，可能是当事人陈述不真实，也可能是其他证据不真实，必须对比分析，消除矛盾。

此外，对当事人的承认，也要进行审查。审查时要注意研究当事人作承认陈述的动机及心理状态，注意研究当事人承认与其他证据材料、与当事人的其他陈述、与对方当事人的陈述是否一致。如果当事人的承认系当事人由于某种压力或某种特殊的原因（如为其亲属承担法律责任）而作的虚假陈述，不应作为定案的依据。

六、审查鉴定结论的步骤与方法

鉴定结论是具有专业知识的人对案件中的专门性问题进行分析研究作出的判断，在查明案件中有着特殊的重要作用。但也不能认为鉴定结论优于其他证据。因为鉴定结论是鉴定人运用自己的专业知识对专门性问题的认识，这种认识可能受到主观条件和客观条件的影响和限制，所以作出的结论也可能有错误。因此，对它同样需要进行认真的审查判断。审查鉴定结论的步骤与方法是：

1．审查鉴定依据的材料是否充分和可靠。只有提供鉴定的材料是充分的和可靠的，根据这样的材料进行鉴定，才能得出正确的结论。否则，鉴定材料不充分或不可靠，鉴定人又没有发现，必须得出错误的结论。因此，必须对鉴定材料进行审查。

2．审查鉴定人的选择是否恰当。鉴定人具有解决专门性问题的专业知识。如果选择不当，他不具有进行这项鉴定的专业知识，即或进行鉴定，也不可能得出正确结论。

3．审查鉴定使用的技术设备是否完善，采用的方法和操作程序是否科学。有些鉴定要求有精密、良好的设备条件和技术条件，并且要采用科学方法，按程序操作，才能得出正确的结论。否则就会导致结论的错误。

4．审查鉴定人在鉴定时是否认真负责或受到干扰。鉴定人在鉴定过程中

的责任心如何，是否受到外界影响，有无徇情、受贿等情况，都会对鉴定结论有直接影响。在审查鉴定结论时，要注意发现这方面的问题。

5．审查鉴定结论是否合乎逻辑，论据与结论是否矛盾。办案人员虽不一定懂得某项专业知识，但对结论是否合乎逻辑、论据与结论是否有矛盾，论据是否充分，结论是否正确，却是可以通过综合分析，对其进行鉴别和判断的。

在诉讼过程中，人民法院认为对专门性问题需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。

七、审查勘验笔录、现场笔录的步骤与方法

勘验笔录、现场笔录一般是真实可靠的，但它也可能因受某些主客观因素的影响而产生错误。因此，只有认真审查核实才能确定它的可靠程序和使用价值。审查勘验笔录、现场笔录的步骤与方法是：

1．审查勘验、现场笔录是否符合法律要求。包括：(1) 进行勘验、检查的人员有无行使勘验、检查的权力。(2) 涉及专门性技术的问题，是否指派或聘请了具有专门知识的人参加。(3) 进行勘验、检查时，是否邀请当地基层组织或有关单位代表参加，当事人或其成年家属是否到场，有无见证人在场，见证人与案件有无利害关系。(4) 勘验、检查人员、被邀请参加人员、见证人、当事人是否在笔录上签名或者盖章。

2．审查现场有无变动、是否遭到破坏，物品、痕迹是否被破坏或伪造。保护现场对解决争议有重要作用。现场被破坏既可能有人为的原因，也有可能自然条件的原因。气候条件的变化，如风、雨、露、雾、雪等，会引起现场、物品、痕迹的变动和破坏，应认真审查这些变动和破坏的情况是否准确地记人了勘验、现场笔录，以便判断其真实可靠的程度。

3．审查勘验笔录、现场笔录的内容是否全面、准确。现场的重要情况有无漏记，笔录中记载的物品、痕迹，是否同从现场收集来的物品、痕迹相吻合。当事人的某些特征、伤害情况和精神状态有无伪装或变化等情况。

4．审查勘验、检查人员的业务水平、技术水平和工作责任心。

现场勘验、检查既是一项时间性很强的艰苦细致的工作，又是技术性较强的工作。如果勘验、检查人员工作责任心不强，粗枝大叶或者业务水平不相适应，就很难保证笔录的准确性和完整性。

审查勘验笔录、现场笔录要联系案件的其他证据互相对照，如果发现矛盾，应进一步调查，必要时进行复验、复查、排除矛盾，弄清真相。

第四节 审查判断证据的若干问题

一、对证据的真实性、合法性的审查判断

审查判断证据，包括审查证据的真实性、关联性、合法性。只有真实、合法且与待证事实有关的证据，才能作为定案的依据。审查判断证据就是审查证据是否真实、合法和判断证据与案件事实的联系。判断证据与案件事实的联系，必须以审查属实、合法的证据为基础；而审查证据是否属实合法，又必须与案件事实联系起来对照分析。两者有着密切不可分割的联系，审查和判断常常是交错进行的。

（一）证据真实性的审查判断

审查判断证据的真实性，主要应从以下三方面进行：

1. 根据各种证据本身的不同特点进行审查。

行政诉讼法中规定的七种证据，书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录和现场笔录，都有其自身的特点，审查中应有不同的侧重点，不能千篇一律。如对于证人证言和鉴定结论，审查的重点显然不同。对于证人证言，如果发现证人与当事人或案件结局有利害关系，应注意审查其是否故意作虚伪的陈述；如要证人与当事人或案件结局没有利害关系，则应着重审查其是否在年龄、健康状况、生理缺陷、认识水平等原因对事物的感受产生错觉，或者回忆时发生差错，陈述时不够准确的情况。对于鉴定结论，一般并不审查这些方面，而主要是审查鉴定人掌握的材料是否充分、可靠，鉴定人是否具有解决这个专门问题的知识水平，进行鉴定的方法是否科学等等。

2. 利用证据鉴别证据。

审查证据是否属实，仅仅根据证据的各自特点是不够的。因为在许多情况下，一个证据本身无法说明其是否真实可靠，而必须在同其他证据的相互对比、印证中，才能判断其真伪。凡属真实可靠，能够证明案件真实情况的证据，它们之间必然是协调一致的。如果出现矛盾，其中一定有虚假的证据，这样就需要进一步收集证据，来审查核实，将虚假的证据予以否定、排除。

3. 根据案情鉴别证据。

证据是否真实，也可以从案件情况中得到鉴别。这是因为真实可靠且与待

证事实有关联的证据必然同案件事实存在着客观联系，而虚假的证据必然与案件事实之间有矛盾。所以根据案件的情况，也可以鉴别证据的真伪。

（二）证据合法性的审查判断

审查判断证据的合法性，主要是审查两方面的问题：

1. 证据的收集、调查是否符合法定程序。

证据的收集、调查必须依照法律规定的程序进行，不依照法律规定的程序而取得的证据不能作为定案的证据。有些事实虽然是客观存在的，也和案件事实有一定的联系，但未经合法的程序提供、收集和调查，或者未纳入诉讼，就不能作为诉讼证据。

2. 证据是否符合法律的特定要求。

在一般情况下，法律规定的各种证据，都可用来证明案件的情况。但在有些情况下，某些事实要成为诉讼证据，必须具备法律规定的特定形式，也称“证据的可采性”。这种特定形式，一般是由实体法规定的。实体法根据某些法律行为的特点，规定必须采取特定形式，如采取书面形式、公证证明形式等。在行政诉讼中，当事人为了证明这一法律事实已经发生，就应当提供特定形式的证据。在审查证据的合法性时，要注意审查必须具有法律规定特定形式的证据是否符合特定形式的要求，符合要求的才是合法证据，才能作为定案的依据。对行政机关提供的证据，尤其要注意审查其是否符合特定形式的规定，是否是在诉讼过程中擅自向原告和证人收集的。根据行政诉讼法第 33 条规定的精神，被告（包括被告的委托代理人律师）在诉讼过程中自行向原告和证人搜集的证据，不具有合法性，不能作为定案的根据。

由于我国行政法制的不完善，执法人员的素质有待提高等原因，在审查证据确凿、充分与否的过程中，尚存在一些问题，需要不断总结行政审判的实践经验，积极开展行政审判的理论研究，逐步加以解决。

二、明确被告举证和法庭查证的关系

我国《行政诉讼法》第 32 条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”第三十一条在规定了证据的种类以后，以第二款规定：“以上证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据。”再结合其他有关条文的规定，我们可以认为，在行政诉讼证据方面，作为被告的国家行政机关的基本职责是举证，即提供作出具体行政行为的证据以及所依据的规范性文件，而作为诉讼裁判者的国家审判机关即人民法院的基本职责是对案件证据进行审查，其中主要是对被告提供作出具

体行政行为的证据进行审查。这一法定职责的界定，正是行政诉讼本身所要求的，也是区别行政权与审判权关系的标志之一，或者说是划分行政权与审判权在行政诉讼证据上的一种具体体现。如果在这一个问题上不能正确对待，依法各司其职，那就会将行政权与审判权混淆起来，或者是人民法院越权，完全代替被告行政机关在行政诉讼过程中调查取证，或者是被告行政机关失职，在行政诉讼过程中对作出的具体行政行为不举证，而这两种情况，在行政审判实践中，都是存在的。

我们认为，在行政诉讼中，被告行政机关应当对其作出的具体行政行为提供证据，正是其行使行政权的一种内在要求，而在行政诉讼中对作出的具体行政行为进行举证，只不过是其行使行政权的一种外在表现，即通过在行政诉讼中提供证据来证明其原所作出的具体行政行为，或者说行使具体行政职权的正确罢了。如果在行政诉讼中举不出作出具体行政行为的证据，正好反映了被告行政机关在作出具体行政行为时是草率的，在行使具体行政职权时是失职的，起码是对“先取证，后裁决”行政程序原则的违反。不言而喻，违法的行政行为是无效的，是不能被法律和社会所承认的。

至于人民法院在行政诉讼中对案件的证据主要是依法进行审查，而不是直接对全案的证据进行调查。“调查”和“审查”的含义是不同的。从某种意义上说，相对调查而言，审查具有间接的、后动的性质。当然，根据行政诉讼法的规定，人民法院对案件证据进行审查的同时，并不排除在必要的情况下依法调取证据。很显然，法庭审查证据，是行政审判工作贯彻执行“以事实为根据，以法律为准绳”的关键；法院调取证据，是对审查证据制度的必要补充。一主一从，两者结合，以做到使案件的事实清楚，证据确凿充分。人民法院对案件的证据进行审查，其中心环节是对被告行政机关提供的作出具体行政行为的证据进行审查，但这并不意味着人民法院不对行政相对人提出的反证进行审查。被告行政机关对所作出的具体行政行为提供的证据是本证，行政相对人所提供的证据由于其对原具体行政行为的否定性是反证。本证和反证是矛盾的，但又是统一的。它统一在行政诉讼中，统一在对证据确凿充分的确定上，统一在对案件的正确处理结果上。只不过在行政诉讼中，本证相对反证，占据着主导地位。

在掌握被告举证责任与法庭审查证据二者的关系时，除了要正确处理好审查证据与调取证据、本证与反证的具体关系外，还要注意依法解决好举证与补证的关系，不能颠倒了两者的位置，以补证手段代替了举证责任。

三、充分认识行政执法证据与行政诉讼证据的同一性

在法学理论界，专家学者们就行政诉讼证据进行了深入的论述，人们比较熟悉，也有的对行政执法证据与行政诉讼证据的不同点作了比较研究，使人们耳目一新。但是，就我们所见，对于行政执法证据与行政诉讼证据的同一性却注意不够，述及甚少。而这一“同一性”，对于对具体行政行为合法性的审查，具有重要的意义。

不管行政执法证据与行政诉讼证据有多少个不同点，它们既然作为证据，总是应该有共同的地方，有其同一性的。毋庸置疑，无论行政执法证据还是行政诉讼证据，它们都应该具备客观性、相关性，这是不难理解的。换言之，法学界共识的诉讼证据具有客观性和相关性，对于行政执法证据也是适合的。否则，就不成其为证据了。

其实，所谓的行政诉讼无非是对一定范围的即因发生争议而进入诉讼领域的具体行政行为由司法机关再认识、再评价、再确定罢了。按照我国《行政诉讼法》第5条的规定，就是“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查”。很显然，行政案件的基础是具体行政行为。没有具体行政行为，就不会发生行政相对人与行政机关的争议，行政机关作出具体行政行为时应该有可靠的证据为根据，从而人民法院对具体行政行为的合法性进行审查的必要内容是审查被告作出具体行政行为的证据。正是在这一点上，突出地表现出了行政执法证据与行政诉讼证据的同一性。尤其是在具体行政行为中的行政处罚的范围内去看这一点，就更加明显了。只不过在依法行政的条件下，对某种具体行政行为，经过行政诉讼程序中被告行政机关的举证、补证，相对人提出反证、补证，以及人民法院调取证据等，会使原作出的具体行政行为的证据进一步完善起来，从而使原具体行政行为依法得以最终的司法确认。

关于行政执法证据与行政诉讼证据的同一性，虽然由于我国没有统一的行政处罚程序，从法律上得不到说明，但是从近年来国务院某些部、委颁布的有关规章中可以得到证明。比如1989年9月19日，国家土地管理局颁布的《土地违法案件处理暂行办法》第18条，1990年8月15日水利部颁布的《违反水法规行政处罚程序暂行规定》第13条，对证据的种类均规定为：（1）物证，（二）书证，（三）视听资料，（四）证人证言，（五）当事人陈述，（六）调查笔录和现场勘测笔录，（七）鉴定结论，而且各该条在第二款进一步规定，对上述证据“未经查证属实，不得作为认定事实的根据。”这与我国《行政诉讼法》第31条规定的证据种类：（一）书证，（二）物证，（三）视听资料，（四）

证人证言，（五）当事人的陈述，（六）鉴定结论，（七）勘验笔录、现场笔录，基本上是相同的；与该条二款规定的“以上证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据”的要求，精神也是一致的。

为了说明这种同一性，我们可以具体看一看1991年9月22日国务院颁布的《道路交通事故处理办法》这部行政法规。作为主管机关的公安机关在处理交通事故中承担着三种角色：对于造成交通事故构成交通肇事罪的，要依法追究刑事责任；对于造成交通事故不够刑事处罚的，对违章行为要依照《中华人民共和国道路交通管理条例》和其他道路交通管理法规、规章进行行政处罚；对于交通事故中的损害赔偿，或依法进行调解或提出赔偿意见随案移送人民检察院依法提起附带民事诉讼。而要履行好这三种不同的职责，其前提条件却是同一的，具体表现在该行政法规“现场处理”一章中，要求在现场处理中，除抢救伤者和财产，采取措施尽快恢复交通外，应当勘查现场，收集证据，如当事人陈述，知情者提供情况，检验或者鉴定，医疗单据的诊断证明等，以便为认定交通事故责任，正确处理交通事故提供可靠的依据。如果是对交通事故作出行政处罚的，由于收集到了可靠的证据，当时行政处罚发生了争议而引起行政诉讼时，作为被告的公安机关承担举证责任、提供作出该具体行政行为的证据，应该说是轻而易举的。

认识行政执法证据与行政诉讼证据的同一性，对于理解我国行政权与审判权的关系，理解我国司法审查制度的特色，正确、及时地审理行政案件，都具有重要的意义。

四、目前，审理行政案件审查证据中发现的一些具体问题

我国的行政审判工作起步较晚。从审判实践看，在行政诉讼证据的方方面面都存在一些问题，集中反映在被告对所作出的具体行政行为提供证据上，归纳起来，比较常见的有如下几点：

（一）被告不提供或者不能提供证据，只提供了所依据的规范性文件。在行政诉讼中，有的被告因主观原因对作出的具体行政行为故意不提供证据。有的案件可能有一定事实根据但被告不提供，或者具体行政行为在客观上就没有事实根据而不能提供。为了应付行政诉讼，只好以规范性文件作为出庭应诉的惟一武器。作出具体行政行为应该“以事实为根据，以法律为准绳”。在行政诉讼中，被告应当向法庭提供作出具体行政行为所依据的规范性文件，更应当向法庭提供作出具体行政行为的证据。对这两个“应当提供”，即不能偏废，也不能混为一谈，以此代彼，特别是不能以规范性文件代替事实根据，否则就

是主观臆断，随意行政了。

与上述情况相反，有的行政案件被告就案件事实能够提供确凿、充分的证据，却又提供不出所依据的规范性文件来，这除了有立法不完善的原因外，从另一个角度也说明被告没有依法行政的问题。

（二）被告虽然提供了一些证据材料，但却缺乏主要证据。作出具体行政行为，审理行政案件的证据，当然应该确凿、充分的。证据不确凿不能作定案的根据，而有确凿的证据如果不充分，也不一定能够最后定案。充分，并非证据越多越好，只要能达到有充分理由的程度，即是以证明具体行政行为作出有据的程度，也就是主要证据充足，主要证据是决定事物本质属性的必不可少的证据。在具体案件中，由于案件性质、情节等不同，主要证据的侧重点和具体表现形式是不一样的。不能证明法律设定的具体行政行为的事实要件的证据，固然是主要证据不足；在完全依靠间接证据案的，如果在证据“锁链”的某一环节上脱节，那么将“脱节”的证据认定为主要证据不足，也是理所当然的。比如，对于专门性的问题需要作出鉴定结论而没有作出鉴定结论，就不能说是主要证据充分了。

（三）被告在收集证据期间，忽视或者回避了有利于相对人的证据，只提供不利于相对人的证据。对有利于相对人的证据，或可能涉及具体行政行为不能成立的证据，或可能涉及对相对人不应处罚或应从轻处罚的证据，行政主体不能忽视更不能有意避开。而应在作出具体行政行为前全面收集，作出具体行政行为时应全面考虑，在进入行政诉讼阶段应全面提供。诚然，一般而言行政机关多注意不利于相对人的证据，在行政诉讼阶段，相对人可以通过提出反证的途径予以解决，但总不如行政机关事先就做到这一点为好，尤其在作出具体行政行为前做到这一点，更主动更有利于行政机关达到依法行政的目的。例如，某行政机关根据当地县级人民政府关于“禁止的镇内饲养牲畜”的规范性文件的规定，对住在距镇五华里的某居民饲养 23 头牛行为作出了罚款 3450 元的行政处罚。这里且不论是政府的规范性文件本身的合法性程度如何，也不论某行政机关不按该文件规定“饲养每头（匹）罚款 100 元”而擅自以每头罚款 150 元进行处罚的超越职权情况，只就案件情况看，被告就忽视了有利于某居民的证据。原来，某居民虽曾在居住地饲养过牲畜。但是，当政府文件下达后，他就将牛送往几十里外的牧区牧养。数月后，牛自己跑了回来，恰好又有几头乳头产犊，其为了照顾牛犊和母牛，只得在居住地又管理了十来天。当乳牛产完牛犊后便及时将牛赶往牧养地。行政机关在半途将其截住，即以其违反规定作了处罚。行政机关在处罚时不考虑上述各种客观事实，抛开有利于某居

民的证据，只是根据某居民在居住地饲养十天左右牛的事实证据进行处罚，显然是有失公正的。

（四）被告在作出具体行政行为时缺乏主要证据，而在人民法院审理期间才提供出了此种证据。行政机关在作出具体行政行为，特别是作出行政处罚时，应该遵循“先取证，后裁决”的原则进行。当原告提起行政诉讼，人民法院经审查决定立案后，被告就应该适时地将作出具体行政行为的证据予以提供。我国《行政诉讼法》第43条中规定：“被告应当在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料，并提出答辩状。”“有关材料”，也就是《行政诉讼法》第32条规定的被告“应当提供作出具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”而“在收到起诉状副本之日起十日内”，这是法定的提交“作出具体行政行为的有关材料”的期限。超过这一期限，而在案件审理期间提交的，是不符合法律规定的。当然，在案件审理期间，依照《行政诉讼法》第34条规定，应人民法院的要求，当事人提供或者补充证据，那是法律允许的。不过，应“人民法院要求，当事人提供证据或者补充证据”与“被告应当在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料”，毕竟是两码事情，不能混为一谈，不能以前者取代后者。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第30条规定：“被告在第一审庭审结束前，不提供或者不能提供作出具体行政行为的主要证据和所依据的规范性文件的，人民法院可以依据《行政诉讼法》第32条和第54条第（二）项的规定，判决撤销被诉具体行政行为。”该条将被告不提供或不能提供证据和规范性文件的时间扩展、延续到“第一审庭审结束前”，是否符合法律关于“应当在收到起诉状副本之日起十日内”的期限规定的立法本意？这是需要研究的问题。

（五）被告提供了以非法手段获得的证据，需要慎重对待。收集证据，就应当依法进行。采取非法手段所获取的证据，自然在法律上失去了严肃性和其应有的价值，有时候由此而带来严重后果，此种教训是十分深刻的，应该引以为诫。但是，由于种种原因，以非法手段获取证据的现象依然存在。我们在坚决反对这种行为的同时，遇到被告提供了以非法手段获取，但内容却又是真实的证据，需要慎重对待。我们主张：第一，要认真分清非法手段获取证据的非法性质和非法程度，然后加以取舍；第二，在有其他证据足以证明具体行政行为合法性的情况下，将该非法获取的证据摈弃不用；第三，当某一非法获到的证据在案件中具有重要作用，应该通过多种途径反复审查属实后，可以采用，但应对行政机关获取证据的违法行为向有关机关发出司法建议，要求查处或以

后纠正。

第五节　对几类不同证据的审查

一、审查被告提供的证据

司法审查的核心内容是审查被诉具体行政行为的合法性。为此，首先需要查明作出具体行政行为根据的事实，即作出具体行政行为的全部证据。我国行政诉讼法第32条规定："被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。"（规范性文件有专章论述，不在本章讨论范围之内）。

审查被告提供的证据，应当对其提供证据的范围时间加以限定。我们以为，应把握以下几个方面：

（一）应当是被告作出具体行政行为时所依据的证据，而不是进入诉讼阶段之后为应付诉讼而重新收集的证据

《行政诉讼法》第33条规定："在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。"这一规定表明，进入诉讼阶段，被告自行收集证据是一种违法行为，其所获得的证据即便能证实案情也因该证据不具有合法性而被人民法院排除在采用范围之外。

法律要求行政机关向人民法院提供作出具体行政行为时所依据的证据，主要基于三点理由：1. 以事实为根据，以法律为准绳原则的要求。这一原则不但是人民法院审理行政案件所必须遵循的原则，同样也是行政机关执法过程中所必须遵循的规则。这一原则对行政机关的基本要求是必须查清案件的事实真相，在收集到所有必要证据的基础上以有关法律法规为标准作出相应的具体行政行为。如果行政机关不去收集必要的证据，便预先设定相对人行为违法，其本身就是违法行为。2. "先取证，后裁决"程序规则的要求。这一规则要求行政机关的任何具体行政行为都必须以一定的事实要件为基础，"先裁决，后取证"显然是专断的行政行为，不能体现行政机关根据实事求是原则管理国家事务，无法使行政管理相对人信服。3. 在诉讼阶段行政争议进入诉讼程序后，属于司法权范围，行政机关是一方当事人，必须在人民法院指挥下进行诉讼活动。在诉讼程序发生后，收集证据是行政机关的职权活动，在诉讼程序发生前，则成为当事人的诉讼活动，只能按人民法院的要求补充证据，且补充的证

据也必须是具体行政行为作出时所依据而未向人民法院提供的证据。

（二）必须是与被诉具体行政行为有关的证据

哪些证据与被诉具体行政行为有关，一般来说并不难判断。实践中，行政机关为了加强具体行政行为的分量，有意或无意地收集了相对人其他违法行为的证据作为对其具体行政行为合法性的补充证据，如某甲殴打他人造成轻微伤害，公安机关根据治安管理处罚条例对其处以 15 日拘留，某甲不服，提起诉讼，公安机关除了提供某甲殴打他人致人轻微伤害的证据外，又向人民法院提供了某甲以前还曾有其他扰乱社会秩序的违法行为的证据。这后一种证据，便是与具体行政行为无关的证据，行政机关没有必要提供，即便提供了，人民法院也不予采用。

对被告提供证据范围作出这一限定，目的是为了使人民法院公平裁判，保护相对人合法权益，同时，可以促使行政机关注意调查相关证据，依法办事，并可以节省工作量，提高工作效率。

（三）应当是一审前或庭审中提供的证据，而不是在此后提供的证据

人民法院审判行政案件，实行二审终审制。是不是被告在整个诉讼期间都可以提供证据，人民法院均予以审查采用？答案是否定的。

在司法实践中，有时发生这样的情况：行政机关在一审法院庭审结束前拒绝提供证据，法院以“主要证据不足”判决其败诉，被告不服，提起上诉后，向二审法院提供了在一审中未提供的新的证据，二审法院予以采用，撤销一审判决，维持原具体行政行为。如《人民日报》1991 年 9 月 27 日以《胜诉的被告》为题刊登的一则案例便是这样。报载：河北省沧州市工商局于 1989 年 6 月 16 日对沧洲日报社信息部做出“没收倒买轿车、彩电及违章经营非法所得”的处罚，经复议后河北省工商局对处罚决定部分变更，相对人仍不服向沧洲市运河区法院提起诉讼，省工商局作为被告应诉，在变更原告问题上与一审法院发生分歧，便取回答辩状和有关证据，并拒绝出庭应诉，一审法院遂以“证据不足”撤销了被告复议决定。被告上诉，向二审提供了全部证据材料，二审法院“审判人员进行了深入细致的调查并收集证据”，认为复议决定事实清楚，证据充分，判决撤销一审判决，维持被告的复议决定。

我们认为，二审法院审判上诉案件，除了在一审期间，具体行政行为所依据的证据因被告疏忽或其他原因而未提供，一审法院也未要求其提供或依职权调取的情况下，二审法院可以要求被告补证或依职权调取该证据以外，二审的证据审查应限于被告在一审庭审结束前提供的证据，而不应置一审判决时所依据的证据情况于不顾。这样做的理由：1. 行政诉讼的目的是及时准确地处理

案件，被告在诉讼中承担举证责任，在一审庭审前或庭审中拒绝提供证据，无论出于何种原因，判决其败诉都无可非议。2. 维护法律严肃性的需要。被告在一审拒绝提供证据，是对一审法院的藐视，二审绝不可以迁就这种违法行为。3. 为了使每个诉讼阶段都有实际意义，证据也应在一审庭审前或庭审中提供。前述案例中的二审法院判决是不妥的。

限定被告在第一审庭审前或庭审中提供证据，已有司法解释可从遵循，《最高法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行)》第30条规定："被告在第一审庭审结束前，不提供或者不能提供作出具体行政行为的主要证据和所依据的规范性文件的，人民法院可以依据行证诉讼法第32条和第54条第二项的规定，判决撤销被诉具体行政行为。"

（四）属于国家机密的证据，被告仍应提供，人民法院有权予以审查

行政机关是否必须向法院提供所有据以作出具体行为的全部证据，如果所依据的证据恰系国家机密，行政机关能否以保密为由拒绝提供？这个问题，行政诉讼法没有明确规定，但从 有关条款中，还是可以得出应向人民法院提供的结论的。如行政诉讼法第32条规定："被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。"第三十条："代理诉讼的律师……对涉及国家秘密和个人隐私的材料，应当依照法律规定保密。"第三十四条"人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。""人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。"

上述规定，均未排斥行政机关对涉及国家机密证据的提供和人民法院对涉及国家机密证据的审查。因为，人民法院如果只对部分证据进行审查，而对涉及国家机密的证据无权审查，假如涉及国家机密的证据是主要证据，人民法院就谈不上作出合乎实际的审查判断。行政机关也可能运用保密特权来规避司法审查或妨害司法审查的进行。因此，为了保障人民法院正确及时地审理行政案件，凡是具体行政行为作出时所依据的证据，包括涉及国家机密的证据，行政机关均应提供，人民法院均有权审查。

当然，为了维护国家的政治利益、经济利益以及社会的公共利益，不使国家机密外泄，人民法院对于涉及国家机密证据的审查方式，可援引《中华人民共和国民事诉讼法》第120条规定，以不公开开庭方式进行审查。

二、审查原告和第三人提供的证据

行政诉讼法虽然没有规定原告和第三人的举证责任，但这不等于原告和第三人在提供证据上没有任何责任，可以无所作为。

在行政诉讼中，原告享有举证的权利，同时也要承担一定的举证义务。比如，它必须向人民法院提供证明具体行为存在的证据，否则可有导致案件不被受理；它必须对主张的事实提出证明，否则可能导致判决结果对其不利，还必须按照人民法院的要求，进一步提供和补充证据。

第三人是与被诉的具体行为有法律上的权利义务关系的公民、法人或其他组织。他们为了维护自己的利益，可以申请参加诉讼，也可以由人民法院通知其参加诉讼。为了使判决对自己有利，第三人应当将有利于自己的证据提供给法院。

人民法院对原告和第三人提供的证据的审查，应注意下述几点：

（一）着重审查其提供的证据的真实性而不是审查其提供证据的充分性。

人民法院审查被告提供的证据，不仅要求其确凿，而且必须充分，否则将判决其败诉。而审查原告和第三人提供的证据，侧重点是证据的真实可靠，而不是必须充分，不能以证据不充分判决原告和第三人败诉，这是由我国行政诉讼中被告负举证原则所决定的，因为原告和第三人不具有对主要事实毫无遗漏的举证能力。

（二）审查原告和第三人提供的证据，目的是为了审查具体行政行为的合法性，而不是为了审查原告和第三人行为的合法性。

《行政诉讼合》第5条规定："人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查"。这一规定设定了司法审查的根本原则，指明了人民法院审理行政案件的基本任务和特点。

对原告和第三人提供证据进行审查，查明原告和第三人行为是否合法是必要的，但却不是审查最终目的，审查的最终目的只能是对具体行政行为是否合法作出判定。因为，即便是经过证据审查，确认原告和第三人行为是违法的，也不能推定出具体行政行为就是合法的，该具体行政行为的合法性还必须符合其他标准；反之，具体行政行为不合法，也不能得出原告或第三人的行为就必然合法的结论。因而，审查原告或第三人提供的证据，只是为了判断具体行为的合法性。人民法院只能就具体行政行为合法与否作出裁判，而不是就原告或第三人行为合法与否作出裁判。

（三）原告或第三人在一审宣判前和二审的任何阶段均有权提供证据，人民法院均接受并予以审查。

行政诉讼中，对被告提供的证据限定在一审判决前是完全必要的。但这一限定，对原告或第三人则不适用。原告或第三人在诉讼终结前的任何时候都可以举证，人民法院都应接受并予以审查。如果证据是在一审宣判后才提供的，

原告或第三人不上诉，则其提供的证据不具有实际意义，如果其上诉，一审法院应将该证据移送二审法院。在二审终审宣判前，原告或第三人可以提供任何证据，二审均应接受并列入审查范围。

原告或第三人举证的时间不受限制，其主要理由是：1. 法律和有关司法解释未对其举证时间加以限定；2. 保护原告或第三人合法权益的需要。原告或第三人受各种条件制约，举证能力较弱，不可能一下子将证据收集全面，如与被告举证时间作出同样限制，则显失公平；3. 审查证据的目的是确定具体行政行为的合法性与否，原告或第三人在任何阶段提供的证据，都可能有助于这一审查。

三、对人民法院依职权调取的证据的审查

《行政诉讼法》第三十四条规定："人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。"

司法审查中，往往出现原、被告双方提供的证据不同而又难以取舍或双方所提供的证据不够充分，不能证明案件事实的情况，人民法院除可要求当事人补充证据外，可以行使收集和调查证据的权利。

人民法院收集调查的证据，同样必须经过审查后才有可能成为可定案证据，不能认为这样的证据不必经过审查就取得当然的证明力。审查的主体是人民法院自身，审查的方式是在法庭上公开出示，经过当事人质证、辩论后确定其真伪。审查的重点：（一）审判人员是否受外界影响，带有主观偏向去收集调查证据；（二）审判人员是否由于疏忽使证据收集不够完整；（三）审判人员是否违反法定程序收集调查证据，使证据失去合法性；（四）所收集调查的证据是否与案卷内其他证据协调一致。

第八章　律师与行政诉讼证据

虽然我国法律规定，诉讼双方当事人的诉讼地位平等。但就行政诉讼而言，双方的诉讼权利和义务并不完全对等，如举证责任的分担，原被告法律地位的不可置换性等，这一特点是原告一方律师在行政诉讼中能否取胜的关键所在。其中，尤其是被告举证责任的重要性，对于原告一方是无论如何强调也不过分的。原告律师在整个诉讼阶段，特别是有关证据方面，必须时刻牢记被告负举证责任这一行政诉讼的基本证据制度，时刻以这一制度的基本原理为指针，提醒法院、督促原告围绕被告举证责任展开诉讼活动。

但是，即使在《行政诉讼法》中规定了上述不对等的诉讼权利和义务，双方当事人在行政诉讼中仍然处于一种事实上的不均衡状态，相对来说，被告方的力量较强，而原告方的力量较弱，因而这里主要就原告的律师要注意的问题作些分析，如果为被告一方的律师，则可“反其道而行之”。

一、律师在行政程序阶段协助原告准备证据

律师在行政程序阶段即着手协助原告准备证据，是随着我国行政法治化的发展，特别是《行政处罚法》的颁布而出现的新生事物。其实质是律师对行政管理程序的介入，并为进一步可能出现的行政诉讼准备事实根据。在此之前，我国行政活动的公开性有限，外在介入的可能性不大；但更重要的原因在于，行政程序的法制化程度很低，没有为律师的介入提供必要的渠道。《行政处罚法》的出台，意味着上述情况全面改观，行政处罚程序的公开化和规范化，为行政管理相对一方的公民、法人或者其他组织提供了全面维护自己合法权益的契机，也为律师介入行政处罚全过程提供了前所未有的广阔领域。因此，行政处罚程序中的律师介入也将成为我国行政法制建设中的一块新天地。下面举行政处罚中的听证程序为例加以说明。

听证是行政调查活动的特殊手段，是行政机关搜集、认定证据的行为方式之一。听证程序是行政处罚程序中最正式的程序形式，也是对当事人的合法权

益所能给予的最完善的程序保护形式。《行政处罚法》规定律师可以直接介入这一程序。律师介入行政处罚听证程序要注意以下几个方面：

(1) 切实保证可听证案件的当事人真正能够行使其听证权。凡属于法定听证范围的行政处罚案件，律师应当及时提醒当事人要求行政机关举行听证。

(2) 当事人在听证程序中享有及时取得听证通知的权利、适当选择听证形式、要求听证主持人回避及免交听证费用等权利。除此之外，当事人在行政处罚中享有的一般程序权利，也是律师应当维护的当事人权益。

在听证程序中，律师除了可以通过自己的建议间接保护当事人的程序权利以外，还拥有直接参与行政处罚程序过程的权利和可能。《行政处罚法》第42条第一款第四项规定，当事人可以亲自参加听证，也可以委托一至二人代理，这里所指的代理人当然不能将律师排除在外。因此，律师受当事人的委托可以作为代理人出席听证。律师在参与听证过程中，应当特别注意行政机关所举证的听证是否按照《行政处罚法》规定的程序进行，是否在举行听证时给予当事人一方以足够的机会，对调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处建议进行申辩和质证。律师还应监督听证过程中所制作的笔录与听证过程的实际无误，并且行政机关确实依据听证笔录所记载的事实和证据作出行政处罚决定。

二、律师协助原告提起行政诉讼

起诉是认为行政机关是具体行政行为侵犯自己的合法权益的公民、法人或其他组织请求法院保护其实体权利的诉讼行为。只有案件为法院受理，提起诉讼的公民、法人或其他组织的合法权益才纳入实际的法律救济渠道。相反，如果起诉后法院不受理，则这一诉讼程序上的阻却，决定了其所主张的合法权益将失去取得司法救济的可能。

前文已经说过，公民、法人或其他组织作为行政管理相对一方，其在证据的搜集与保全方面存在先天不足，为此《行政诉讼法》设立了被告负举证责任制度。但被告的举证责任是在人民法院受理行政案件以后才存在的。在此之前，法院没有立案，严格意义上的诉讼过程尚未开始，被告自然无举证责任可言。因此，如何帮助行政管理相对一方的公民、法人或其他组织顺利渡过起诉这一关，是律师在行政诉讼中履行保护行政相对一方的合法权益的神圣使命的关键所在。

律师应协助当事人提起行政诉讼，主要任务是准备起诉书。原告在起诉书中提供的事实依据是支持其诉讼请求的主要理由，也是法院决定是否受理时首先考虑的因素。根据行政诉讼案件的自身特点，律师在协助原告准备起诉书

时，应当主要从如下几个方面的事实中寻找与自己的案件相关的证据，对具体行政行为的合法性进行有针对性的论证，提出自己的理由，以支持自己的诉讼请求：

(1) 被告已作出具体行政行为的证据事实和不履行法定职责的证据事实；

(2) 被告的行政决定中是否考虑了与本案无关的事实；

(3) 被告的行政决定中是否有应当考虑而没有考虑的重要事实；

(4) 被告在行政调查程序中是否有违反法定程序的事实；

(5) 被告的行政决定的作出是否存在违反法定程序的事实；

(6) 被告的行政决定是否超越职权；

(7) 被告的行政决定滥用职权的事实；

(8) 被告的行政处罚决定是否有显失公正的事实。

从理论上说，律师在准备起诉状及其必需的事实根据的过程中，应当尽其所能，将上述事实根据悉数罗列无遗。不过从保护自身权利及诉讼技巧的角度着眼，原告并不一定将上述所有的证据一一列举，只要原告能够拿出一两个证据说明自己的合法权益受到行政机关的具体行政行为的侵犯，并满足行政诉讼起诉状所要求的起码的证明标准就可以了，而且目前我国法院对这方面的审查并不十分严格。因此，过多地暴露自己的所拥有的证据，就像暴露自己的底牌一样，只有是为诉讼相对一方的行政机关准备反击的靶子，对原告一方反而是不利的。原告可以将自己的证据留待法庭辩论时出示，这对原告一方更有利一些，是原告方面的律师应当掌握的一个应诉技巧。但是就被告一方而言，这样做则有违法之嫌。因为从严格的举证责任制度角度看，如果被告在起诉阶段，即在答辩状中对其作出具体行政行为的事实根据遮遮掩掩，则法院用不着和它多罗嗦，而应当直接判其败诉。

在证据展示这个问题上，本书作者对原告与被告双方提供了截然相反的建议。其原因在于，根据《行政诉讼法》所规定的举证责任原则及对行政机关行政管理活动的一般要求，原告与被告在行政诉讼中所承担的证据责任完全不同。被告必须举证，否则败诉，而且被告所举的证据必须是行政诉讼开始以前的行政程序阶段取得的证据，这些证据在行政程序阶段就应为行政管理相对一方的当事人所周知，进入诉讼阶段就更不应该也没有必要向原告“保密”了。在这个问题上，公正的法院及其审判人员也应当坚持与笔者相同的观点，并以严格适用举证责任制度的有关规定的实际行动，维护法律的尊严。

三、律师协助原告应付被告的答辩

律师协助原告一方当事人应付被告的答辩，主要是针对被告在收到原告的

起诉书之后所作的答辩状而提出诉讼对策。根据《行政诉讼法》第43条的规定，被告应当在收到人民法院发送的起诉状副本之日起10日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料及答辩状；人民法院应当在收到答辩状之日起5日内，将答辩状副本发送原告。“作出具体行政行为的有关材料”主要是指事实根据和法律依据；答辩状则是被告对于原告人民法院提出的诉讼请求进行反驳的诉讼文书。被告“作出具体行政行为的有关材料及答辩状”是被告就原告的起诉内容所作的应诉文书的主要部分，也是原告一方的律师反应诉的主要依据所在。根据《行政诉讼法》的规定，这些材料都应当在被告收到起诉状后10日内提交法院。在此之前，这些材料中的许多内容，如原告一方当事人没有掌握的证据、规范性文件的全文、被告作出具体行政行为的理由、被告对原告起诉书中的诉讼请求及证据的看法等，都是原告一方无法知晓、但却事关整个诉讼活动成败的关键性内容。因此，原告一方当事人及其律师应当在此之后及时向法院查询这些材料的内容。以便为诉讼活动的进一步进行作好充分的准备。

被告“作出具体行政行为的有关材料”因涉及被告的举证责任，一般被告慑于败诉的后果，往往会在法定期限内向人民法院及时提供，进而为原告一方的当事人所知。行政诉讼的举证义务因案件的受理而转由被告一方承担，并进而转化为被告一方的举证义务，这是原告一方律师在整个诉讼过程中必须时刻铭记的根本点，也是原告一方能否胜诉的关键所在，原告律师对此应有充分的认识。但有关举证责任的具体内容，我们在举证责任一节中已多有述及，此处不再赘述。关于答辩状，在我国现行行政诉讼体制下，许多行政机关往往故意不主动提供，并以此作为其应诉的主要“技巧”之一。

被告不提供答辩状这一“应诉技巧”的由来可能是依据《行政诉讼法》第43条第二款的规定，即被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。《行政诉讼法》立法的本义，是针对行政诉讼中许多被告不提供答辩状这一现实情况，而规定无论其是否提供答辩状，都不影响案件的审理。但这一规定一出，却为行政机关片面理解并成为不提供答辩状的法律依据，进而演化为被告一方参加行政诉讼的主要“应诉技巧”之一。从字面上看，似乎被告完全没有必要提供答辩状，但是，对这一问题的认识必须结合《行政诉讼法》第43条全文的内容、行政诉讼的目的、行政诉讼的立法精神，以及行政管理的基本原则等方面进行全面的理解。

首先，《行政诉讼法》第43条的本义是防止因行政机关不提供、不主动提供或拖延提供答辩状而影响人民法院对行政案件的审理。由于法律规定的不严

密而演变成被告的应诉技巧，即不提供答辩状。我们认为，行政机关的这种作法是“为君子所不齿”、“为法律所不容”的不正当行为。人民法院应当充分行使自己的权力有效地禁止这类行为的泛滥；原告一方当事人也应当申张自己的诉讼权利，要求人民法院追使被告提供答辩状。

其次，从行政诉讼的目的来看，行政诉讼目的之一是保护双方当事人的合法权益，特别是原告一方当事人的合法权益。而被告不提供答辩状的作法却使诉讼双方在诉讼资源的占有上处于极不对称的地位。原告在起诉书中阐述了自己的观点和意见，而被告在得到原告的起诉书后却可以不提供答辩状，这势必将原告置于被动挨打的不利境地，从而失去了利用答辩状所提供的信息对被告作出具体行政行为的事实根据、法律依据及理由进行剖析，发现其中的不妥之处并为自己在法庭上进行防卫预先作好准备的机会。

第三，从行政诉讼的立法精神来看，就是要确立行政机关依法行政观念，其中一个重要的方面就是，行政机关作出的任何具体行政行为都必须有明确的事实根据和法律依据。《行政诉讼法》第 32 条有关被告对所作出的具体行政行为负举证责任的规定，一方面确定了行政诉讼中被告负举证责任的基本原则，另一方面则为行政机关在日常活动中确立了基本的程序规范，即“先取证，后裁决”的程序内容。这一点从该法第 33 条的规定中也可以得到印证，即在行政诉讼中，被告不得自行向原告和证人收集证据。因此，行政机关在行政诉讼中向法院、从而间接地向原告提供其作出具体行政行为的事实依据和法律依据(进一步还应包括作出决定的理由)，既是《行政诉讼法》所规定的一般原则，也是被告的一项诉讼义务。

最后，从行政管理的基本原则看，行政机关在行政管理活动中必须向行政管理活动的相对一方说明作出具体行政行为的理由，这些理由应当与行政机关向法院提供的作出具体行政行为的理由是一致的，也就是说，应当与其答辩状中所说明的理由相吻合。因此，行政机关的答辩状的基本内容早在行政执法阶段就应当向行政管理相对一方说明，如果被告在行政程序阶段没有向原告说明的话，至少也应当在行政诉讼的开始阶段通过答辩状的形式向被告说明。

总之，我们认为《行政诉讼法》第 43 条第二款规定，不意味着被告就拥有了不提出答辩状的权利。对《行政诉讼法》该款规定的正确理解应当是，被告有向人民法院提供答辩状的义务，至于被告不履行这一义务将承担什么样的法律责任，需要进一步研究，并需要在法律上作出明确规定。

为了揭穿行政机关的这一“应诉技巧”，保护自己的诉讼权利和实体权利，为自己在法庭辩论中争取一个从容、有利的应诉环境，原告及其律师应当主动

向法院要求取得行政机关提供的答辩状。在行政机关没有提供答辩状时，也应当要求法院迫使行政机关提供答辩状。原告律师在立案15日后即可到法院去查看本案的案卷，如果被告已经提供了有关材料和答辩状，律师有权要求抄录或复制；如果被告尚未提供，律师应当以上面提到的理由为根据，建议并要求法院督促被告提供上述材料和答辩状。

四、律师协助原告向法院提供证据

在诉讼正式开始之后，特别是在庭审过程中，律师在行政诉讼证据方面的作用主要是协助原告一方当事人准备证据材料。原告提供的证据材料是支持原告的诉讼请求的重要事实依据。虽然《行政诉讼法》规定被告对作出的具体行政行为负有举证责任，但这并不是说原告不得向法院提供证据。原告要想在行政诉讼中取得预期的“胜利”(就是胜诉)，不经过自己的努力，拿不出自己的有力证据来，仍然是不现实的。原告为了证明被告作出的具体行政行为是违法的，除了证明其适用法律、法规错误外，另一个重要手段就是证明其依据的事实是虚假的或错误的，而这必须以原告自己提供证据且该证据为法院所采信为前提。如果原告提供的、并为法院所采信的证据能够证明被告据以作出的具体行政行为的事实依据是错误的，或者原告提供了被告作出具体行政行为时应当采用而被告因工作疏漏没有采用的重要证据，则法院可以据此作出判决撤销被告的具体行政行为。

作为原告一方的律师，在诉讼阶段应当向法院毫无遗漏地提供证据。但这也不是没有技巧的和盘托出。而应根据行政诉讼各个阶段的不同特点，以及被告一方实际展示的证据，有针对性地提出己方的证据，支持己方的论点，反驳被告方的证据。至于具体操作过程中如何把握适当的度，则完全是一个经验积累的问题，理论上没有太多的道理可谈。

根据行政诉讼的特点，在诉讼开始后，原告律师在证据方面的主要任务是除了协助原告主动搜集证据外，更要以被告提供的证据为中心，分析、挖掘其中不真实、不符合法定程序的内容，并适时提出自己的反证、反驳，争取法院采纳己方的证据，迫使被告承担举证不实的败诉责任。

被告提供应诉材料应当包括作出具体行政行为的事实依据和法律依据。这些事实依据和法律依据中，有些是被告在作出具体的决定时即已明确，有些则是为了应付行政诉讼而重新组织的，对于后一部分内容，原告律师尤其应当给予重视。

原告律师在取得上述材料和答辩状之后，应当着手针对这些内容重新组织

自己的起诉意见，补充自己的起诉状中因不能了解具体行政行为的全部事实依据、法律依据和理由而没有表达清楚或不可能表达清楚的事实根据和诉讼理由。通过全面掌握被告方面所掌握的事实依据和法律依据，并结合这些内容具体分析被告的辩论要点，原告就可以有的放矢地准备自己的辩论要点，从而使自己在即将举行的开庭审理中处于比较有利的地位，这对于维护原告的诉讼权利和实体权利是至关重要的。

总之，根据我们行政诉讼实践经验，原告及其律师应当在开庭前做深入细致的准备工作，否则是无法扭转自己在行政管理知识、法律知识、应诉经验方面的不利地位的，也无法真正达到提起行政诉讼的目的。

第九章 行政诉讼证据案例选编

案例一

事实认定是否正确是具体行政行为是否合法的前提

原告：侯某，某县农民

被告：河北省某县土地管理局

［案情简介］

原告侯某全家4口人，原有宅基地一处，面积0．4亩。1990年1月10日，侯某所在村的村委会根据侯的申请，越权批给侯某村内空闲地一块作宅基使用，面积0．25亩。随后，侯某开始施工建房。乡人民政府发现后，经乡党政联席会议研究决定，于1990年5月19日由该乡土地管理所给侯某补办了准建证，上盖“某县某乡土地管理专用章”。1990年7月30日，侯某将三间二层楼房建起。因侯某夫妇过去违反计划生育政策，生育了两个子女，长子现年13周岁，次子9周岁，根据侯某所在省土地管理条例（地方性法规）规定，违反计划生育及子女不满18周岁的，不准申请宅基地。被告某县土地管理局根据知情人对侯某情况的举报并进行了查实，认定侯某所在村委会非法批给侯某宅基地的行为无效，楼房占用的土地按非法占地处理；对该乡人民政府补办手续一节采取了回避态度，未予认定，并依据《中华人民共和国土地管理法》第38条、48条、45条的规定作出处罚：限侯某在接到处罚决定书之日起15日内自行拆除新占宅基地上的三间楼房及一切附着物，恢复地貌，退还土地。侯不服，向所在县人民法院提起行政诉讼。

法院经审理认为，本案被诉具体行政行为存在错误，应当判决撤销。但对被诉具体行政行为的错误属什么性质，是主要证据不足还是适用法律法规错误，法院存在两种不同意见。经过讨论，法院最终以土地管理局的处罚所依据的事实主要证据不足，判决予以撤销，并以司法建议的形式，建议行政机关先对某乡人民政府补办批准手续的行为是否合法作出认定和处理，再对侯某占地

建房是否合法作出认定和相应处理。

［理论分析］

本案主要提出了三个问题：（一）县土地管理局的处罚决定是否主要证据不足；（二）该具体行政行为适用法律是否正确；（三）县法院对土地管理局工作的建议用司法建议的形式是否可行。

（一）我国行政诉讼法第五条规定："人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。"此案主要涉及被诉具体行政行为的内容是否合法。具体行政行为内容是否合法，是由具体行政行为所依据的事实是否真实存在和适用法律是否正确无误两方面构成的。本案所涉及的事实主要有两个情节：一是原告侯某所在村的村委越权批给宅基地，二是乡政府"联席办公会"同意并为侯某补办准建证的事实。本案中村委会越权批给宅基地的事实是确定无疑的，但乡政府在土地管理局作出行政处罚前为侯某补办了准建证也是存在的。依照土地管理法第 38 条的规定，农村居民建住宅使用村内空闲地的批准权限确定在乡级人民政府。因此，土地管理局只依据村委会越权批给宅基地的事实就认定侯某非法占地，而置乡政府为侯某补办了准建手续的事实于不顾，那么土管局处罚决定所依据的事实的真实性就产生了疑问：乡政府的补办手续是否合法，是否有效？不回答这一问题，土管局的具体行政行为的合法性就无法确定，也不能证明具体行政行为确认的事实与客观存在的事实相一致。所以，县法院以"主要证据不足"为理由作出撤销土管局具体行政行为的判决应当说是正确的。

（二）行政诉讼法规定的适用法律法规错误，是指具体行政行为没有适用应当适用的法律法规，或者适用了不应当适用的法律法规及其条款。衡量适用法律法规是否正确，是以具体行政行为所基于的事实的性质认定正确为前提的，如果前提不正确，不仅确认适用法律法规是否正确失去了意义，而且也无法判断适用法律的正确性。本案行政机关的具体行政行为共适用了三项法律条款：1. 土地管理法第 38 条。该条第 3 款分别规定了农村居民使用宅基地的审批权限、使用标准和禁止条件。就本案而言，如果仅有村委会越权批给宅基地的事实，该案具体行政行为适用法律是正确的；但本案还存在乡政府为侯某补办了准建证的事实。具体行政行为忽略了这一事实，从而适用本条就不能认为是正确的了。2. 土地管理法第四十八条。该条规定的是无权批准征用、使用或者越权非法批准占用土地的，批准文件无效，非法批准占用的土地按非法占地处理。在本案中，确定村委会"无权批准使用土地"就此事实适用本条是正确的；但乡政府的补办手续行为却不属无权批准行为，从而适用本条却属于适

用法律错误。3. 土地管理法第四十五条。该条是对农村居民未经批准或者采取欺骗手段骗取批准非法占地的处罚依据。结合本案实际，如果不考虑乡政府补办手续的事实因素，则土管局的处罚决定适用本条是正确的；但实际上这一事实因素客观存在，从而，具体行政行为适用本条也就同样不能认为是正确的了。以事实为根据，以法律为准绳，即是人民法院的办案原则，又是行政机关依法行政的基本原则。因为事实是适用法律的根据。如果具体行政行为所依据的事实不真实，那么适用法律肯定是错误的。人民法院在司法审查中衡量具体行政行为适用法律是否正确，首先要审查被诉具体行政行为所依据的事实认定是否客观、真实。在审判实践中，按照唯物主义的认识规律以及司法审查顺序，一般应当先审查具体行政行为所依据的事实是否真实可靠，再审查该具体行政行为适用法律是否正确。如果可以确认被诉具体行政行为主要证据不足，事实不清，该具体行政行为适用法律是否正确甚至可以不再审查，法院以事实不清、主要证据不足为由完全可以判决撤销具体行政行为。当然，为了实现监督行政机关依法行政的行政诉讼目的，对事实不清、主要依据不足的具体行为，人民法院仍要注意审查其适用法律法规的情况，以便在判决中指出具体行政行为的全部错误。

（三）本案人民法院以司法建议的形式建议土管局在法院判决之后，先对乡政府的补办手续作出是否合法的认定和处理，再对相对人侯某的占地情况进行适当处理，应当说这一建议是既合情又合理的。但也有人以行政诉讼法第65条第三款（三）项为依据，认为行政诉讼的司法建议仅适用于行政机关拒绝履行人民法院裁判的情况，对其他情况作司法建议则缺乏法律依据。诚然，行政诉讼法对法院在行政诉讼中能否就其他问题提出司法建议确实未作明确规定，但根据我国刑事、民事、经济案件的审判实践，适当扩大司法建议的适用范围，不仅对社会治安的综合治理起了巨大促进作用，而且与人民法院通过自己的全部审判活动教育公民知法守法的职责也是相符的。我国司法审查制度的目的之一是维护和监督行政机关依法行政，人民法院作为司法审查的主体，在诉讼活动中发现行政机关行政执法活动中的问题和漏洞，针对这类问题适时提出改善行政活动的司法建议，这与行政诉讼促进行政机关依法行政的目的不仅不矛盾，而且对实现这一目的大有裨益。因此，笔者认为，本案中人民法院采取司法建议的做法是可取的。

[结论]

法院对本案的判决是正确的。针对行政机关在行政执法活动中的问题提出司法建议的作法，也是可取的。

案例二

认定违法行为必须有法律法规根据

原告：黑龙江省加格达奇疆城锯材厂

被告：加格达奇区土地管理局

第三人：加格达奇加兴木制品厂

[案情简介]

1980年5月21日，加格达奇疆城锯材厂（以下简称疆城厂）经加格达奇区城建局批准占地10000平方米，用以修建厂和建筑厂房。1987年5月18日，疆城厂与加格达奇加兴木制品厂（以下简称加兴厂）签订房屋买卖合同。合同规定：疆城厂将其厂房的一部分（一栋224平方米的砖木结构厂房）卖给加兴厂。双方商定的房价为40000元，由加兴厂先付25000元，余额15000元于1987年6月末付清。

1987年6月12日，经双方协商又达到一项补充协议，该协议规定，加兴厂务于1987年7月15日前付清房款，如到期未能付清房款，原合同与该协议一并作废，原定出售的厂房改为租赁。签订合同时，经双方协商，划分了由加兴厂使用的厂区范围。

在1987年7月15日前，加兴厂在已付部分房款的情况下，于协商划定由其使用的厂区内增建了部分厂房，对此，疆城厂未予制止。

1988年5月，因加兴厂未按合同规定日期付清房款，两厂发生争议。至此，加区土地局开始处理此案。经实地测量，加区土地局认定疆城厂周边占地扩大，超出城建局批准用地面积达2400平方米，并认定疆城厂与加兴厂签订合同时加兴厂厂区使用范围属非法转让土地的行为，决定将非法占地及所认定的非法转让的全部土地收回。疆城厂对土地局的处理决定不服，以其出卖厂房时商定使用厂区不应被视为非法转让土地为由，向人民法院提起诉讼。

[理论分析]

法院经审理认为，疆城厂厂区周边扩大，超过批准面积的土地属非法占地。根据《中华人民共和国土地管理法》第43条的规定，疆城厂应予退还。至于出售厂房时疆城厂与买方商定划分厂区内的使用范围以及后来加兴厂在未付清房款的情况下，在厂区内增建厂房，疆城厂未予制止是否属原告非法转让土地的行为，法院则有两种意见。

第一种意见认为，疆城厂的行为已构成非法转让土地。理由是疆城厂对于城建局批准的10000平方米用的面积只有使用权，没有处分权。疆城厂在卖房

时，擅自允许买方使用一定范围的厂区，其实质是处分了仅有使用权的土地；疆城厂对加兴厂在未将房款付清的情况下于厂区内增建厂房予以默许。无论合同内容有无违法之处，这种默许行为都是违法转让土地的行为。因为如果合同中规定买方使用厂区范围是违法的，那么，买方在这一部分厂区内增建厂房一定是违法的；如果合同的这项内容是合法的，那么，加兴厂在合法的合同生效前，于厂区内增建厂房当然是违法的。作为卖方的疆城厂予以默许即意味着实际的非法转让。

第二种意见认为，疆城厂的行为不是非法转让土地的行为。理由是，房屋是土地上的附着物，出售房屋时必然涉及土地，加兴厂是一个厂家，买房的目的是办厂，办厂就需要一定范围的厂区，因此，双方在买卖房屋时商定厂区划分是合乎情理的。这种情况是不需经土地管理部门同意，目前尚无法律规定。既然没有法律规定，也就不应视为非法。关于双方签订的合同是否违法问题，应以疆城厂出卖厂房时双方商定厂区使用范围是否违法为前提。既然没有法律规定双方买卖厂房时不准划分厂区使用范围，那么，双方所订的合同当然就谈不上违法。土地局认定疆城厂非法转让土地并将这部分土地收回是没有法律根据的。

此外，分析相对人的行为是否构成非法转让土地，主观上有无故意也是值得考虑的因素。本案原告将 224 平方米的砖木结构厂房以 40000 元的价格出售，并未高出房屋的一般价格，不能认为其卖房行为包含着出卖土地的意图。此种情况与那种以高出房屋实际价格的数倍甚至数十倍的价格卖房，其实意为卖地的情况显然不同。从这一角度分析，可以认为疆城厂并无非法转让土地的故意。当然，行政违法行为并非都要由主观故意构成，但某些违法行为则必须由主观故意构成，如投机倒把行为和本案的行为。

[结论]

疆城厂与加兴签订房屋买卖合同时，商定划分厂区使用范围的行为不构成非法转让土地的行为。

案例三

行政机关正确认定事实性质是正确适用法律、法规的基础

原告：某市复写纸厂

被告：上海市某区工商行政管理局

[案情简介]

原告某市复写纸厂系全民所有制工业企业，是生产“上海牌复写纸”的国

内专业厂家。其生产原料“原纸”（进厂价每吨9500元）进厂后，根据该厂生产工艺的特殊要求，每筒原纸在上机投产前须视其厚薄不等扯去几层后才能投入生产。这样就产生了一部分称为“扯片”的纸张。该“扯片”两边不整齐，有污损，中间大部洁白完好，原由上海市某区物资回收利用公司所属纸张供应站与原告根据市场情况实行议价收购。自1988年1月起至1990年12月止，原告因与该纸张供应站议价未成等原因，为避免库存积压，遂将该厂“扯片”以每吨3200元至5500元的不等价格销售给自行来厂采购“扯片”的客户，共计销售“扯片”68．034吨，销售额为267 690．28元。所得款项用于再购生产原料，以降低生产成本。1991年4月，被告根据群众举报，经调查后认定“扯片”虽有一定的再利用价值，但属《上海市废纸回收管理办法》第一条所指废纸范围，对该“扯片”的处理应属上述《办法》管理范围，现原告擅自提价，无证外销该“扯片”，获取非法所得，根据上述《办法》的规定应受工商行政管理处罚。遂于1991年6月7日作出处罚决定书，以原告违反上述《办法》第二条、第三条、第四条规定为由，根据第七条第二款之规定，决定对原告追缴非法所得40000元。原告某市复写纸厂不服，向上海市某区人民法院提起诉讼。

原告诉称：其在生产中产生的“原纸扯片”系根据该厂复写纸生产工艺的特殊要求而产生，仍属质量很好的高档薄型纸，可成为其他行业专门性用途的优质原纸，不属废纸范畴。故本厂对该“原纸扯片”的销售处理不应列入废纸管理范围，不应受《上海市废纸回收管理办法》调整。被告认定本厂擅自提价，无证外销原纸坏片（废纸），获取非法所得，证据不足，定性不当，适用法律、法规错误，故要求法院撤销被告作出的处罚决定。

被告辩称：对原告所作的处罚决定，符合《上海市废纸管理办法》的规定，理由在处罚决定书中已经陈述，故要求法院维持对原告的处罚决定。

上海市某区人民法院在审理后认为，原告所出售的原纸“扯片”，是其在生产复写纸过程中，根据该生产工艺的特殊要求，在每筒原纸上机前视不同情况剩下的外层原纸，该原纸“扯片”幅面较大，较规则，仍有较高的再利用价值，不属于《上海市废纸回收管理办法》中所指的废纸范畴，被告认为原告出售的原纸“扯片”是废纸，并作出处罚决定，缺乏足够依据。故撤销被告作出的具体行政行为，案件受理费1610元由被告负担。原、被告均未上诉。

[理论分析]

人民法院审查具体行政行为的合法性，首先审查作出具体行政行为所依据的事实是否清楚，证据是否确实充分，然后再审查其适用法律是否适当。本案

的关键是：复写纸厂从原纸上剩下的“扯片”是否属于废纸，事实方面的定性正确与否决定具体行政行为的正确与否。由于工商部门对“扯片”定为废纸，然后依照地方性规章进行处理，这种对事实认定的错误引起了适用法律、法规的错误。导致整个行政行为的违法。所以，行政机关在执法中，应严格把好质量关，严格地依法行政。另一方面，由于地方性规章对废纸的范畴不甚明确，造成了工商部门在执法中认定事实性质的一定困难，人民法院对此应向行政立法部门提出司法建议。

[结论]

具体行政行为认定事实性质正确是适用法律、法规正确的前提。本案行政机关认定事实错误导致了适用法律、法规的错误，人民法院判决撤销具体行政行为是正确的。

案例四

行政处罚决定认定事实不清、主要证据不足，应予撤销

原告：某，男，46岁，任海南台大国际实业公司贸易部经理兼驻某市办事处主任

被告：某省工商行政管理局

[案情简介] 1989年10月20日，某省进出口公司与香港某公司签订购买五百吨丝束（香烟的一种辅料）的合同；同年12月25日，省进出口公司向经贸厅申请将来料加工的五百吨丝束改为代理进口，经贸厅批准同意。12月26日，省进出口公司取得进口四百吨丝束的进口货物许可证。1990年省进出口公司分六批共进口丝束323.9787吨，并办理了信用证、报关、合同更改、运输、仓储、外汇支付等手续。

在办理丝束进出口过程中，省进出口公司的经办人员，该公司第一进口部副经理余某找到原告黎某，要其为该进口丝束牵线找买主和筹集资金。黎某经台大国际实业公司总经理蒋某（法定代表人）同意，联系了广东某县进出口公司、土产公司等八家单位，1990年3至4月，这八家单位分别将2700多元直接汇入省进出口公司。同年4月，余某委托黎某，重庆经协办驻某省办事处杨某等人将323.9787吨丝束分发给以上八家单位。在此同时，台大国际实业公司送来发票，为购货方的六家单位开出了166吨丝束的发票。（发票盖有该公司财务专用章）至此，省进出口公司进口的丝束全部售完。

1991年1月30日，某省工商行政管理局对上述行为进行查处，作出了《对黎某非法经营丝束的处罚决定》，处罚决定认定黎某同余某共同倒卖丝束

323.9787 吨；黎四处筹集资金，提供银行账户，代出发票并经手倒卖丝束 166 吨。根据国务院《投机倒把行政处罚暂行条例》第三条第一款第一项、第八项规定，对黎某直接经手经营丝束 166 吨的进价 9687926 元处以 5% 的罚款计 484396 元。

黎接到处罚决定后不服，向国家工商行政管理局申请复议，该局于 1991 年 5 月 30 日作出决定，维持了省工商局的处罚决定，黎仍不服，以“自己的行为是经公司总经理同意的公司行为，不是个人行为；省进出口公司是有进口批文等合法手续”为由，向法院提起行政诉讼，要求撤销省工商局的处罚决定。

法院审理后认为，黎某系海南台大公司贸易部经理兼驻某市办事处主任，其倒卖丝束开出的发票是盖有该公司财务专用章，并系海口市统一发票，该行为应是公司授权行为，不是个人行为，被告省工商局认定黎某非法经营丝束，产予以处罚所依据的事实不清，主要证据不足，于 1991 年 11 月 18 日判决撤销省工商行政管理局《对黎某非法经营丝束的处罚决定》；诉讼费由省工商局承担。

[理论分析]

(一) 人民法院在审查行政机关所作的具体行政行为的合法性时，首先要审查作出该行为根据的事实是否存在、清楚，然后才适用行政诉讼法和有关实体法的规定。某省工商局在处罚决定中认定原告黎某同余某共同倒卖丝束，以此作为处罚的事实依据。但该案的实际事实是：购买和销售丝束的是省进出口公司，从申请进口到办理各种手续，均系该公司的正常的经营权。余某是该公司的业务经理，具体经办此项业务，所为行为是职权内的行为，而且在办理进口许可证时，已把进口理由更改为代理进口，余某与原告联系买主，是以省进出口公司名义进行的，不是余的个人行为，因此认定原告与余共同倒卖丝束与事实不符，从而对原告处罚是错误的。

(二) 有关工商行政管理的法规规定，投机倒把的行为是以牟取非法利润为目的，违反国家法规和政策，扰乱社会主义经济秩序的行为。这种行为的主体可以是个人、单位或国家工作人员，国务院《投机倒把行政处罚暂行条例》对各种投机倒把行为规定不同的处罚原则。原告是海南台大公司贸易部经理兼某市办事处主任，他所开的发票公司送来的正式发票，并盖有公司财务专用章。在联系买主之前，已经该公司总经理同意，因此原告的行为是以公司名义进行的活动，是法人行为，而不是原告本人的行为。省工商局如认为原告行为违法，处罚的对象不应是原告，而应是台大公司。

（三）省工商局在处罚决定中引用的《投机倒把行政处罚暂行条例》第三款第八项规定的是“为投机倒把活动提供货源、支票、现金、银行账户以及其它方便条件或者代出证明、发票、代订合同”的行为，本条的适用以存在投机倒把行为的实施者为前提，就本案而言，谁是投机倒把行为的实施者呢？被告认定黎某同余某倒卖丝束，但事实上本案谁在进行投机倒把活动，原告是为谁的投机倒把活动代开发票呢？对此，省工商局的处罚决定竟未予明确。

据此，法院认定某省工商局对黎某非法经营丝束的处罚决定事实不清，主要证据不足，撤销了该处罚决定。

[结论]

行政处罚决定认定事实证据不足，应根据《行政诉讼法》第五十四条的规定判决撤销。并应依案情需要，判决被告重新作出行政处罚决定。

案例五

内容有误的原始证据能否作为定案依据

原告：某市澳华毛纺织有限公司（以下简称澳华公司），住址：某市大桥北路 258 号

被告：某市工商行政管理局（简称市工商局），住址：某市建国路 175 号

[案情简介]

1988 年 6 月，澳华公司从某省外贸针棉织品公司（以下简称省针棉公司）购入 60 支洗净毛 10．4047 吨，56/58 支羊毛条 20．09 吨。省针棉公司分别于 6 月 20 日、6 月 30 日开出两张收款发票。其中，羊毛条单价为 40696．00，洗净毛单价为 38415．71 元，总货款为 1217270．10 元。同年 7 月 1 日，澳华公司开出发票将羊毛条以每吨 48500 元的价格转让给某市毛呢料厂。市工商局认为，澳华公司转让羊毛条的行为违反了于 1988 年 7 月 1 日生效的《中华人民共和国企业法人登记管理条例》，属超越经营范围的违法行为。遂根据省针棉公司开出的两张发票和澳华公司 7 月 1 日所开发票计算出非法所得 156798．85 元，于 1989 年 9 月 18 日作出没收全部非法所得的处罚决定。澳华公司不服，向某省工商局申请复议，省工商局复议维持了原处罚决定。澳华公司仍不服，即依法向某市中级人民法院提起行政诉讼。

[理论分析]

法院合议庭经审理认为，原告向毛呢料厂加价转让羊毛条，违反了《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第十三条的规定，属超越经营范围从事经营活动的违法行为，行政机关对此给予行政处罚是必要的。但合议庭在审理中

也发现，被告据以作出具体行政行为的原始证据的内容有严重差错，即省针棉公司给澳华公司开出的销售洗净毛和羊毛条的收款发票单价有误，并由此导致计算非法所得时与实际情况不符。此种证据是否具有证明效力，能否作为定案依据，合议庭对此有两种不同意见。

第一种意见认为，此种证据可以作为定案依据，人民法院应当判决维持行政机关的行政处罚决定。其理由是：(1)《行政诉讼法》第五条规定，人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。既然该证据已充分证明原告的行为属超越经营范围的违法行为，被告对之进行制裁就是正确的。所以，应当维持行政机关的处罚决定；(2) 在可定案的证据中，最可靠、最有证明力的是原始证据。况且，这种证据不是伪造、也不是由其他非法手段取得，即使内容部分有误，但对本案仍具有证明效力；(3) 在本案的证据材料中，除这两张原始的、能直接证明案件事实的证据外，其他零散的证据材料都不能直接说明本案发生经过以及违法情节等。因而，这两张发票是唯一的可定案证据。虽然某中一张发票在确定单价时，将两种不同羊毛总数与货款相除，得出两种不同货物的相同单价，但是总货款却是一致的。以此计算原告转让羊毛条的非法所得是无可非议的。

第二种意见认为，此种证据不能作为定案依据，人民法院应撤销被告的行政裁决。主要理由是：(1)《行政诉讼法》第四条规定：人民法院审理行政案件，以事实为根据，以法律为准绳。这表明人民法院在审理行政案件时，对具体行政行为的合法性审查，既包括对适用法律的审查，也包括对认定事实的审查；(2) 根据行政诉讼法的规定，对证据必须经法庭审查属实，才能作为定案的根据。人民法院在审查证据时，首先要看证据（可定案证据）是否具有客观性、相关性和合法性，即是否是客观存在的事实；是否与案件事实存在着某种联系，能否起到证明案件事实的作用；是否具备法律所要求的特定的形式。诚然，即使符合上述要求，还要看其内容是否真实、可靠，是否能排除各种疑点，消除各种矛盾，能反映案件事实的真正面目。否则，即使是原始证据，也是不可以采信的。如本案的两张发票，明明是两种货物，两种单价，这就很难使人相信这种证据内容的真实性和可信性；既然证据内容疑点重重，矛盾很多，也就很难具备其应有的证明效力。(3) 在原始证据内容有误，不能直接证明案件事实时，人民法院应当根据证据的使用规则，对当事人提交的或人民法院自行调查、收集的间接证据进行综合和分析，逐一排除原始证据中的疑点和矛盾，使之能形成证明案件事实的证据锁链。就本案来说，现已有证据证明，两张发票其内容上的差错，主要是销售单位的工作人员出于利己的动机，故意

采取相除法的手段，即使两种不同货物的单价相同，又使两种货物的总货款相一致。这种表现上合法，而实际内容错误的票据，如果案件不发生，一切都会正常。但一旦受到查处（如果行政机关无视发票内容错误的话），就会在计算非法所得上与实际情况不符。根据澳华公司提供的他们与省针棉公司商定的价格、数额的“工作联系单”，某省会计师事务所提供的“查账报告”，省针棉公司提供的开据发票的有关情况和当时当地的羊毛条的市场行情，以及人民法院自行调查取得的有关证明材料，尽管这些都是间接证据，但综合起来分析就能证明两张发票的内容是错误的，证明当时当地羊毛条的市场价格（每吨）并非发票所列的40696．00元。而是43500元；违法所得也并非被告处罚决定书所认定的15万多元，而是10万多元，相差5万余元。由此可以肯定，上述两张发票（尽管是原始证据）不能作为本案的定案依据。而那些通过综合分析，能够形成证据锁链的一系列间接证据却可以作为本案的定案依据，人民法院应当予以采用。据此，法院应对本案作出公正的、实事求是的判决。

[结论]

法院审判委员会经讨论，同意合议庭的第二种意见。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条的规定，以事实不清，主要证据不足为由撤销某市工商局的行政处罚决定，并判决被告重新作出具体行政行为。

案例六

不符合法定要求的鉴定结论、检验报告，不能作为行政处罚的证据

原告：河南省某县中西医药经销站

被告：某县卫生局

第三人：吕某，个体医生

[案情简介]

1989年8月23日下午，吕某购买某县中西医药经销站的硫酸庆大霉素50盒（每盒10支）。次日上午开始给病人肌肉注射。使用14天，用去上述药品30盒。这期间发生15例病人臀部注射后感染化脓（较重的两人），造成经济损失8084．80元。吕某向某县卫生局反映，某县卫生局将吕某所剩该批药的一部分送某市药品检验所检验。某市药品检验所以89913号检验报告书作出结论，检验合格。某县卫生局对此检验报告书有怀疑，经与某市卫生局领导商量同意，决定再送省药品检验所检验。但县卫生局没有持市卫生局的介绍信，而是由吕某和县卫生局工作人员通过省地方病防治所一同志联系，并持该所介绍信到省药品检验所检验。并且送检药品不是吕某购买的而是从另一个体医生处

借来的（属同一个厂家、同一批号）。省药品检验所以 890923 号报告书作出检验结论：除 PH 值和澄明度不符合规定外，其它所检各项均符合规定。本品不得再借药用。吕某直接从省药品检验所取得报告书交县卫生局。县卫生局根据药品检验所 890923 号报告书，于 1990 年 6 月 28 日卫药罚字（90）第 1 号，对县中西医药经销站给予下述处罚：（一）赔偿病人因注射此药所造成的 8084.80 元经济损失；（二）支付该批药品的检验费 300 元；（三）责令直接责任人写出书面检查并罚款 100 元；（四）没收该批药品 750 盒（出事后进的药），价值 975 元，并处一倍的罚款 975 元。共计 1．0438 万元。处罚决定书送达后，中西医药经销站不服。提出该批药品出售给多个单位主个体户使用，均未发现问题，吕某出现的问题是因吕某的技术及操作造成的。故以该处罚事实不清，责任不明，药品送检不符合规定为由，向法院提起诉讼。

法院受理该案后，经审理发现，县卫生局对吕某当时使用的医疗器械，原始处方均没有提取检验（处方是后来补开的）。也无现场勘验笔录及医疗事故鉴定意见后。故依据《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条第二项之规定判决：撤销某县卫生局卫药罚字（90）第一号处罚决定。之后三方均服判，未提起上诉。

[理论分析]

目前我国法律、法规没有统一规定药品的送检程序。但卫生行政机关在有关内部文件上对药品送检程序作了某些规定，如送检药品的取样应由专门人员进行，对取样方法、数量等也都有明确规定，越级送检应报上级行政机关批准并介绍给上级药检机关。该案送检药样是由关系人吕某取样，采用不正当渠道送检、其检验结果的真实性是值得怀疑的。所以，某省药品检验所对该药品的 890923 号报告书应是无效的，不能作为处罚的证据。

根据《医疗事故处理办法》第 8 条规定："发生医疗事故或事件的医疗单位，应指派专人妥善保管有关各种原始资料。因输血、注射、服药等引起等不良后果的，要对现场实物暂时封存保留，以备检验"。而卫生局接到吕某报告后，并未采取上述措施。同时吕某的处方也是后来补开的。再者，其他单位和个人使用该批号药品并未发生注射后臀部感染化脓的情况，卫生局并未将这些药品抽样送检，因此，本案无法证明是药物引起臀部感染化脓，还是吕某操作技术引起臀部感染化脓的。《医疗事故处理办法》第 13 条规定："鉴定委员会负责本地区医疗单位的医疗事故的技术鉴定工作。省、自治区、直辖市级鉴定委员会的鉴定为最终鉴定。它的鉴定，为处理医疗事故的依据……"。第 14 条第二款规定："鉴定应当以事实为依据，符合医学科学原理，并以书面形式作

出。”以及第26条规定：“本办法适用于各级各类医疗单位以及个体开业的医务人员发生的医疗事故的处理。”县卫生局没有按照规定作出医疗事故鉴定，更谈不上具有书面形式要件。依据省药品检验所的报告书，就对原告进行处罚，这种处罚行为显然是违法、无效的。

人民法院对具体行政行为的合法性审查，认定其主要证据不足，适用法律、法规错误，违反法定程序，超越职权，滥用职权，可以判决撤销或部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为。某县卫生局对中西医药经销站作出的要求其负担检验费，以及责令直接责任人写出书面检查并罚款100元的二项处罚，违背《中华人民共和国药品管理法》第51条，《中华人民共和国药品管理法实施办法》第52条、53条的规定。扩大了处罚范围，应认为是无效的。

［结论］

某县卫生局的处罚决定事实不清，主要证据不足，适用法律、法规错误，法院予以撤销是正确的。

案例七

原告举证

【案例】

1991年6月1日，陈某奉命将在厂长家吵闹的李某送回家时与李某家人发生争执。李某挥拳击中陈某鼻部。经验伤，陈某鼻骨骨折。某区公安分局于1991年6月3日作出处罚裁决书。依据《治安管理处罚条例》第22条之规定，决定给予李某拘留10天处罚。李不服，向市公安局申诉。市公安局对原告陈某的伤势进行了鉴定，结论为“未发现鼻骨骨折”，故认定李某殴打陈某造成鼻骨骨折一节事实不清，证据不足，分局处罚不当。1991年6月25日，市公安局作出处罚申诉裁决书，决定对李某改为警告处罚。陈某不服，诉至人民法院。原告向法院提供了被殴当天由验伤医院出具的验伤单、医院治疗记录等证据，认为被告对李某处罚过轻。被告市公安局以原告出具的验伤单等证据有误，不存在鼻骨骨折事实为由，要求法院对原告陈某的鼻部重新进行鉴定。1991年7月26日，人民法院对原告陈某的伤情重新鉴定，结论是“鼻骨骨折无移位”。被告市公安局对重新鉴定结论提出异议。

法院认为，被告确认李某殴打陈某一节属实，但对陈某伤势鉴定前后矛盾，未能论证查实，认定原告伤势的事实也不清楚，因而被告变更对李某的处罚裁决是不妥的。故判决撤销被告市公安局对李某改处警告的处罚申诉裁决

书。法院判决后，公安机关对李某作出拘留 10 天的处罚。

【问题】

1. 治安管理处罚中的受害人能否就公安机关对加害人作出的处罚裁决提起诉讼?

2. 为什么被告在诉讼中承担举证责任?

3. 原告提供的证据能否作为定案依据?

【研究】

1. 行政诉讼的适格原告问题。所谓原告就是首先向法院提起诉讼的公民、法人或其他组织。在行政诉讼中，原告是指认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，向法院提起诉讼的公民、法人或其他组织。也就是说，只有受到具体行政行为侵害的人才能成为原告。例如受处罚人、被采取强制措施的人都可以作为原告提起诉讼。但是，与行政机关的具体行政行为没有直接承受关系的人能不能当原告呢? 本案的陈某就是这样一种人。因为公安局作出的处罚决定是针对加害人李某的，具体行政行为的直接承受人是李某，而陈某只是殴打事件中的被害人。所以，陈某能否对公安机关的裁决起诉是本案反映的一个普遍性问题。治安管理处罚条例规定，受害人对行政处罚不服的，有权提起诉讼。本案中行政处罚决定不是直接针对受害人陈某的，但该处罚决定与陈某有着间接的利害关系。无论公安机关对加害人处罚过轻或过重，都可能会影响到受害人的权益。本案公安机关对李某处罚最先为拘留 10 日，后经复议被市公安局改为警告，因此引起被害人陈某不服，陈认为对李的处罚太轻，随即向法院起诉。依据有关法律规定，陈某可以成为本案原告，法院受理此案也是正确的。至于在其他种类的案件中，如对土地、环保等纠纷的行政处罚或处理中，被侵害人能否起诉的问题仍有待探讨。我们认为，凡是因具体行政行为而使权益受到影响的公民、法人均可以成为行政诉讼的原告。

2. 本案反映出的另外一个突出特点就是行政机关承担主要举证责任。行政诉讼以行政机关为被告，因此作出具体行政行为的行政机关是主要证据的掌握者，只有在证据确凿、事实清楚的情况下才能作出影响相对人权益的行为；而行政管理机关相对的一方，即公民、法人和其他组织只是行政行为的承受者，不一定了解和掌握具体行政行为作出的事实和法律法规依据。因此，行政诉讼法规定：行政机关在诉讼中负主要举证责任。虽然原告有部分举证权利和义务，但主要的证据应该由被告行政机关提出，而且在被告举不出证据证明自己行政行为合法性的情况下，就应当承担败诉的危险。本案公安机关作为处罚机关应该承担主要举证责任，所以在诉讼过程中，法院一直强调公安机关出示

证据，并对被告出示的有关鉴定结论、验伤单、病历、医院调查等证据进行了严格的审查判断，指出了其证据的矛盾之处，这一做法体现了行政诉讼证据特点。

3. 原告向法院提供的证据能否作为定案证据，不能一概而论。对于双方当事人无争议、法院认可的证据，自然可作为定案依据。但是，如果原告提供的证据与被告所提供的相互矛盾，法院应当进行严格的审查判断，必要时，还应自行调查取证。正如本案，原告向法院提供了被李某殴打致伤的有关证据，如验伤单、医院病情诊断结论等证据，根据这些证据，足以认定原告被殴"鼻骨骨折"。但被告认为对原告的伤势前后有两家医院诊断，而且这些证据前后矛盾，伤势诊断并不准确。

法院经核实发现，陈某被打伤后依公安机关的指令去市医院检查，当天出具了证明，未出现鼻骨骨折。而在第二天，该医院又出具了验伤的补证报告，结论是鼻骨骨折。后来陈某又去另一家医院检查治疗，诊断结论仍为骨折，由于原始 X 光片遗失，前后两家医院结论又不一致，被告公安机关请专门部门鉴定，认为不是骨折。正由于原告被告在原告骨折与否问题上争论不休且鉴定结论不一，所以法院专门委托专家对 X 光片进行了鉴定。依照行政诉讼法第 35 条规定，在诉讼过程中，对专门问题应交由法定鉴定部门鉴定，没有法定鉴定部门的，由法院指定的鉴定部门鉴定。本案被告公安机关虽然提出了鉴定结论证据，但由于原告也出具了医院证明，且双方争议较大，所以法院有必要重新进行鉴定。虽然该鉴定是医院出具的，但是在法院委托下进行的，所以具备法定证据效力。行政诉讼中，原告虽无举证责任，但所提供的证据仍可作为法院的定案依据，前提是这些证据经过查证属实。

【结论】

1. 治安管理处罚中，受害人可以对公安机关作出的处罚裁决提起行政诉讼。

2. 被告在行政诉讼中负有举证责任是由行政程序中"先取证，后裁决"的原则及被告举证能力等诸多因素决定的。

3. 原告提供的证据能否作为定案依据关键取决于该证据是否已经查证属实，双方当事人对此有无争议。在有争议情况下，法院可自行取证或委托专门机构对争议的证据加以鉴定。

案例八

被告负举证责任

【案例】

原告县粮店由县粮食局调拨进37吨面粉供应居民。销售期间，被告县标准计量所工作人员经抽样化验后，认定原告所售面粉质量严重不合格，不能食用；认为原告行为严重违反了省工业产品质量监督条例的有关规定。为此，县标准计量所作出行政处罚决定：没收原告县粮店非法所得并处以罚款。县粮店不服，向县人民法院提起行政诉讼，以所售面粉系县粮食局调拨，县粮店无主观过错为由，请求县人民法院撤销被告的处罚决定。

县人民法院受理此案后，依据《中华人民共和国行政诉讼法》第32条的规定，要求被告县标准计量所提供其作出行政处罚决定的有关证据。被告根据法院的要求，提供了如下证据：

(一)、国家关于小麦粉含脂肪酸值的标准小于80；

(二)、抽样检验的化验单（已证明原告所售面粉脂肪酸值为120）；

(三)、抽样见证人的笔录；

(四)、原告县粮店的进货账目及现有库存账目；

(五)、原告县粮店销售该批面粉的数量及收款额；

(六)、国家标准计量局关于BG2828—87检验的规定；

(七)、《省工业产品质量监督条例（试行）》的有关规定；

(八)、行政处罚决定书及送达的证据。

在被告提供上述证据的基础上，经过审理，县人民法院认为：被告县标准计量所作出的行政处罚决定事实清楚，证据确凿，适用法律、法规正确，定性准确。原告县粮店将不能食用的面粉供应给近千户居民食用，严重影响人民群众的身体健康，属情节严重。故依据行政诉讼法第五十四条第一款之规定，判决维持被告县标准计量所对原告县粮店作出的行政处罚决定。

【问题】

1. 什么是举证责任？

2. 行政诉讼中，为何要求被告负举证责任？

3. 行政诉讼举证还需遵守什么规则？

【研究】

1. 对举证责任的几种看法。第一，权利说。即认为举证责任是当事人的权利。显然这种看法混淆了举证与举证责任这两个概念。在诉讼中，当事人举证请求法院作出有利于自己的裁判，反驳对方的主张，确实是当事人的权利，但举证责任决非权利，因为权利的基本特征是可以放弃。而根据行政诉讼法的规定，如果承担举证责任的被告放弃举证，则将处于败诉的地位，即举证责任

是不得放弃的，它不符合权利的基本特征因而不是当事人的权利。第二，义务说。即认为举证责任是当事人的义务。举证责任是当事人为了自己的利益，证明自己的主张是合法适当的。放弃行使只会使自己处于不利的地位，而不会给他人造成损害。因而，举证责任是当事人必须履行的责任。这种义务是与败诉后果联系在一起的，因而是一种风险义务。

我们认为，举证责任是法律假定的一种后果，即承担举证责任当事人应当提出自己的主张、证明自己的主张，否则将承担败诉的法律后果。

行政诉讼中的举证责任有以下特征：第一，行政诉讼强调了行政机关举证责任，与法院依职权取证和原告或第三人的举证义务有一定区别。第二，行政机关的举证责任不同于民事诉讼中的“谁主张、谁举证”，由被诉的行政机关单方面承担。第三，行政机关的举证范围不仅限于事实证据，还包括行政机关作出具体行政行为的规范性文件；在举证的时间上有特殊限制，即强调被告应在一审人民法院庭审结束之前举证。

2. 举证责任的承担。举证责任承担是法律规定当法院无法查清案件事实，判决由谁承担败诉后果的问题。行政诉讼法第 32 条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任……。”从立法上明确了作为被告的行政机关应当举出证据证明具体行政行为的合法性。当被告不能证明具体行政行为合法而法院又无法查明案件的事实真相时，则由被告承担败诉后果。原告并不因为举不出证据证明具体行政行为的违法性而败诉。行政诉讼法之所以规定行政机关承担举证责任，是由以下原因决定的：

第一，行政行为的构成要件要求具体行政行为符合程序的一个最基本规则是先取证后裁决，即行政机关在作出裁决前，应当充分收集证据，然后根据事实，对照法律作出裁决，而不能在毫无证据的情况下，对公民、法人或其他组织作出行政行为。因此，当行政机关作出行政行为被诉至法院时，应当能够有充分的事实材料证明其行政行为的合法性。这是被告承担举证责任的基础。

第二，在行政法律关系中，行政机关居于主动地位，其实施行为时无须征得公民、法人或其他组织的同意。而公民、法人或其他组织则处于被动地位。为了体现在诉讼中双方当事人地位的平等性，就应当要求被告证明其行为的合法性，否则应当承担败诉的后果。而不能要求处于被动地位的原告承担举证责任，否则将对原告不利。事实上，由于行政法律关系中双方当事人处于不同的法律地位，原告无法或者很难收集到证据。即使收集到，也可能难以保全。当原告不能举证证明自己主张时，由原告承担败诉后果，是有失公允的。

第三，行政机关的举证能力比原告要强。在一些特定的情况下，原告几乎

没有举证能力。有的案件的证据需要一定的知识、技术手段、资料乃至于设备才能取得，而这些又往往是原告所不具备的。如对环境是否造成污染，污染的程度多大；某项独创是否获得发明专利；药品管理中伪劣药品的认定等等，这些都是原告无法收集、保全的，因而要求原告举证是超出其能力的。上述案件中法院要求被告提供作出处罚决定的事实和法律依据，完全符合法定举证责任的分担原则。被告在第一审庭审结束前提供了作出具体行政行为的事实和法律依据，法院经审查认为这些证据合法有效，有权作出维持行政处罚决定的判决。

行政诉讼法要求被告承担举证责任，充分体现了行政诉讼的目的：首先，有利于促进行政机关依法行政，严格遵守先取证、后裁决的原则，从而防止其实施违法行为和滥用职权；其次，有利于保护原告的合法权益，当被告不能证明其具体行政行为合法，法院又不能放弃审判时，作出有利于原告的判决，防止公民、法人或者其他组织的合法权益遭受不法行政行为的侵害。

3. 举证规则。行政诉讼法对被告的举证行为作了一些规定，这些规则是被告举证时应当遵循的。

第一，被告承担举证责任的范围。首先，被告向人民法院提供证据，既要向法院提交具体行政行为所依据的事实根据，也要提交作出具体行政行为所依据的规范性文件，全面证明具体行政行为的合法性。其次，被告承担举证责任，只针对具体行政行为的合法性，即当不能证明其行为合法时应当败诉。而涉及具体行政行为合法性以外的证据，如附带民事诉讼的民事请求部分则仍应遵循“谁主张，谁举证”的规则。

第二，被告举证的时间。根据最高人民法院的司法解释，被告应当在第一审庭审结束之前向人民法院提供证据，此后提供的证据没有证明力。如果被告在一审程序中拒不举证或不能举证，在二审中又补充证据的，法院一般不应采纳。被告在一审庭审结束之后能否补充证据，根据行政诉讼法第 34 条的规定，人民法院有权要求当事人提供或补充证据。因此，当人民法院认为需要补充的，无论在何时都有权要求被告补充，被告应当补充。

第三，诉讼中被告不得自行向原告和证人收集证据。根据实施行政行为的程序要求，行政机关应当先取证、后裁决。在诉讼中，由于被诉的行政行为已经作出，被告应当掌握作出裁决的依据，否则被告在程序上必定违法。如果允许被告在诉讼可以取证，则不利于督促行政机关遵循先取证、后裁决的规则。行政诉讼法第 33 条中“被告不得自行向原告和证人收集证据”的“自行”只针对第 34 条第 1 款规定的情形，当人民法院要求当事人提供或者补充证据时，

被告的取证行为是允许的。

诉讼中，作为被告诉讼代理人的律师同样不能收集证据。这是因为：第一，尽管《中华人民共和国律师暂行条例》规定律师参加诉讼活动，有权依照有关规定查阅本案材料，向有关单位个人调查，但在行政诉讼中，律师担任被告的诉讼代理人是基于被告的委托。根据委托代理的原理，委托人不具有的权利自然也就不能委托给代理人。被告不具有在诉讼中取证的权利，作为代理人的律师，自然也就不能享有这项权利。第二，如前文所述，不允许被告在诉讼中自行取证，是为了促使行政机关“先取证、后裁决”，如果允许被告的律师自行取证，行政诉讼法第33条规定就失去了意义。第三，行政诉讼法相对于律师暂行条例而言是基本法，根据法的冲突规则，其效力要高于律师暂行条例。因此，应贯彻行政诉讼法的立法精神。

【结论】

1. 举证责任是法律规定的当事人承担证明自己主张的义务，否则将承担败诉结果。

2. 行政诉讼中，由被告负担举证责任。

3. 对行政行为合法性以外的问题，遵循“谁主张，谁举证”规则。被告应当在一审庭审结束之前提供证据，被告不得自行向证人和原告取证，代理律师也不能。

案例九

被告在二审中提供的证据效力

【案例】

根据国家计委及水电部文件，某市第二发电厂三期扩建工程需占某市有机化工厂原全部厂址。1987年4月7日双方订了《赔偿协议》，其中规定，动迁损失赔偿费由第二发电厂付给有机化工厂1100万元包干使用。1988年1月5日，某省土地管理局、劳动局、公安厅、粮食局、财政厅联合下发《关于某市第二发电机厂三期扩建工程征拨用土地的批复》，确定第二发电厂三期扩建工程拨用地1827.69亩，其中1570.03亩用于第二发电厂三期工程用地，257.66亩用于某市有机化工厂整体搬迁建设用地。1988年4月8日，市土地管理局下发征用土地的批复，同意有机化工厂征用某乡某村土地257.66亩，作为整体搬迁的建设用地。10日下发批复，同意第二发电厂征拨土地1570.03亩。某市郊区财政局依据土地局以上批复和财政部等部委《关于银行扣缴耕地占用税拖欠税款通知》的规定，于1992年11月30日作出耕地占用税扣缴通知书，从

有机化工厂的银行存款中扣缴人民币25万元税款。为此，有机化工厂多次找市人民政府和财政局协调解决，但最终未获结果。且市财政局未作复议裁决。有机化工厂遂向市中级人民法院提起诉讼。

原告诉称：被告在没有通知原告的情况下，便从该厂的银行存款中扣缴25万元耕地占用税款是错误的。且该厂不是此项税款的承担者，请求法院撤销被告耕地占用税扣缴通知书，退还扣缴的25万元税款，并承担利息损失。

被告辩称：原告占用耕地建房，按照《耕地占用税暂行条例》的规定，是耕地占用税的纳税义务人，应当履行纳税义务。经多次催缴，仍不履行纳税义务，故通知其开户银行扣缴税款是正确的。请求法院判决驳回诉讼请求。

甘市中级人民法院审理认为，根据财政部等部委《关于银行扣缴耕地占用税拖欠税款通知》第2条的规定，征收机关在纳税人拖欠税款，经屡催无效的情况下，可以开具扣缴税款通知书，通知其开户银行扣缴税款。被告不能提供确定原告负有承担此项税款的证据，也未能提供多次催缴的证据，其所作的耕地占用税扣缴通知书证据不足。依照行政诉讼法第54条第2项第1目、第53条，参照财政部文件的规定，判决：

撤销被告某市郊区财政局作出的扣缴原告有机化工厂25万元耕地占用税扣缴通知书，本判决发生法律效力之日起3日内，被告将此款退给原告，并承担利息损失。

一审宣判后，被告郊区财政局不服，向省高级人民法院提出上诉称：1988年4月8日，市土地局确定了有机化工厂征用某乡某村257.66亩土地用于该厂整体搬迁建设用地。因此，有机化工厂是事实上的占地单位。原判认定事实有误，适用法律不当，请求撤销原判，维护被告扣缴耕地占用税通知书。

被上诉人有机化工厂答辩称：根据土地局、劳动局、公安厅、粮食局、财政局的文件，征拨用地人是第二发电厂，有机化工厂是被动迁人，第二发电厂新征土地与有机化工厂原厂属于互换，有机化工厂不是征地人，也不是纳税人，此项耕地占用税款应由第二发电厂缴纳。因此，上诉人在没有通知的情况下，强行扣缴有机化工厂专项资金25万元，致使化工厂蒙受重大损失。对此，郊区财政局应承担赔偿责任。据此一审判决撤销郊区财政局扣缴通知书是正确的。

省高级人民法院经审理认为，占用某级某村257.66亩耕地建厂房的是有机化工厂，该厂是事实上的占地单位，是耕地占用税的纳税义务人。根据《耕地占用税暂行条例》第3条规定，应依法缴纳耕地占用税。二审中，上诉人郊区财政局向人民法院举证，1988年6、7、12月份，1989年春季，1991年4月

30日该局曾派税务人员数次到被上诉人有机化工厂催缴新拖欠的耕地占中用税款。据此，上诉人催被上诉人缴纳拖欠税款的事实是清楚的，证据是充分的，上诉人依法作出的耕地占用税扣缴通知书的证据充分，应予以维持。上诉理由成立，应予支持。原审判决认定事实证据不足，适用法律不当，应予改判。1993年12月22日二审法院作出判决：（一）撤销中院一审行政判决；（二）维护上诉人郊区财政局作出的扣缴被上诉人有机化工厂25万元耕地占用税扣缴通知书。

【问题】

1. 本案原告有机化工厂是否耕地占用税的纳税义务人？

2. 被告在二审时提供的证据能否作为定案依据？高级人民法院依据该证据所作的判决是否正确？

【研究】

1. 本案原告有机化工厂是否是耕地占用税的纳税义务人？由于一、二审法院对这一问题理解有分歧，因而产生了不同的判决结果。一审法院认为，被告不能提供确定原告负有承担该项税款的证据，因而难以证明有机化工厂就是耕地占用税的纳税人，对于非纳税人征税显然是不合法的。二审法院则持相反意思，认为原告占用257.66亩耕地是事实，正因为原告实际上占有该片土地，所以应当成为耕地占用税的纳税义务人。那么究竟原告是否就是《耕地占用税暂行条例》所确定的纳税义务人呢？对此须具体分析。

我们认为，根据《耕地占用税暂行条例》第3条规定："占用耕地建房或者从事其他非农业建设的单位和个人，是耕地占用税的纳税义务人。"也就是说，谁是占用地单位，谁就是纳税义务人。那么本案中谁是占用耕地单位呢？是有机化工厂还是发电二厂呢？很显然，占用地单位是发电二厂。省土地局、劳动局、公安厅、粮食局、财政厅联合下发的《关于第二发电厂三期扩建工程征拨用土地的批复》，确定第二发电厂三期扩建工程征拨用地18277.69亩。其中1570.03亩用于第二发电厂三期扩建工程用地，257.66亩用于有机化工厂整体搬迁建设用地。也就是说，法律上的占地申请人及实际占用人均为第二发电厂，目的是用于三期扩建工程建设。而原告在扩建工程中并未申请占地，也未实际上扩大其占地，正像原告有机化工厂起诉所称的，原告只是动迁户，是第二发电厂为原告另占一片耕地而使之从原厂址迁到新厂址。所以，一审法院的结论是正确的，遗憾的是未能明确谁是耕地占用人。二审法院将事实上的土地占用人与法律上的耕地占用人混为一谈，将原告有机化工厂确定为耕地占用人并令其承担纳税义务显然是不对的。

既然原告不是耕地占用人，那么被告对其所作的耕地占用税扣缴通知书显然缺乏事实根据和法律依据，一审法院撤销被告这一扣缴通知书的判决是正确的，二审法院所作的结论不能令人信服。

2. 本案另一个问题是证据问题，即被告一审中未提供的证据在二审中是否能够成为定案根据？一种观点认为，证据是诉讼过程中证明案件事实的根据，原、被告双方可以在终审判决前的任何阶段提供，行政诉讼中被告虽负有举证责任，但举证的期限并不应受到限制。所以一审中被告未予提供的证据可以在二审中提供，法院可以依据二审中提供的证据定案。另一种观点认为，行政诉讼不同于其他诉讼，法律明确规定行政机关在诉讼过程中负有举证义务。被告完全可以也应该在一审中将作出具体行政行为的事实和法律根据提供给法院，以便法院作出公正判决。如果被告拒绝提供或不能提供充足的证据，法院有权判决被告败诉。而二审法院同样应当适用行政诉讼中的证据规则，只要一审法院认定事实清楚，适用法律适当，程序合法，法院就应当判决维持一审判决。对于一审中被告未提供而在二审中提供的证据，二审法院不应采纳。

我们同意第二种意见。被告在一审时未提供而在二审时提供的证据，二审法院不宜采纳，这是保证诉讼法关于举证责任规定的重要条件之一。理由如下：

首先，行政诉讼法第三十二条规定："被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。"被告负举证责任是行政诉讼的一个重要特点。行政诉讼以作出具体行政行为的行政机关为被告。行政机关的任何具体行政行为，都应当建立在充足的证据基础上。"先取证，后裁决"是行政行为应当遵循的一个基本程序原则。因此，对于每一项被诉的具体行政行为，法院都可以要求行政机关提供事先已掌握的足够的事实根据和法律依据。只有那些具备充分证据的行政行为才是合法行为，法院才可以判决维持。对于行政机关无法提供其所依据的事实或法律根据的行为，法院可以推定其违法并判决撤销。本案被告在一审中未能提供确定原告负有承担该项税款的证据，也未能提供多次催缴的证据，法院判决撤销其扣缴通知书是完全正确的。

其次，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 30 条明确规定："被告在第一审庭审结束前，不提供或者不能提供作出具体行政行为的主要证据和所依据的规范性文件的，人民法院可以依据行政诉讼法第三十二条和第五十四条第二项的规定，判决撤销被诉具体行政行为。"本案被告郊区财政局在一审中未能提供足够证据证明原告就

是纳税义务人，也未能提供每次催原告纳税的有效证据。显然被告的行为属于上述司法解释所规定的“不举证或不能举证”，一审法院判决撤销被诉行政行为并无不当。至于被告在二审中所提供的证据能否成为二审法院认定一审判决事实不清并改判的依据呢？我们认为，法律和最高法院的司法解释之所以规定被告的举证责任及举证的时间限制，其目的就在于监督行政机关遵守“先取证，后裁决”的法定程序，在作出具体行政行为时就已掌握行政行为依据的事实和法律根据。被告在一审时应当向法院提供所有这些证据，而不必等到二审。因为第一审是法院查清主要事实、分清责任、确定行政行为是否合法的主要诉讼阶段，如果被告不能在这一阶段提供充足的证据，则说明被告缺乏足够证据。在第一审结束后再向法院提供的证据，应视为无效证据。二审法院不应该依据此类证据认定一审法院判决事实不清、证据不足，否则行政诉讼法及最高法院司法解释关于举证责任及时限的规定就无任何意义。本案二审法院依据上诉人（原审被告）在二审中提供的证据撤销原审判决的做法值得商榷。

第三，被告因未提供证据败诉后可以重新作出具体行政行为。有人担心，如果被告在二审中的确发现了一审时未发现的证据，而该证据恰恰能够完全证明行政行为合法，二审法院如不采纳，是否会损害行政机关的热情和工作效率，是否会放纵相对人违法行为呢？我们认为这种担心是不必要的。二审法院不采纳新证据并不意味着被告再没有机会使用这些证据。也就是说，当法院以不提供或不能提供证明行政行为合法的证据判决被告败诉，撤销行政行为时，行政机关仍有机会重新作出具体行政行为。当然，行政机关重新作出具体行政行为时要受到一定限制。按照《行政诉讼法》第五十五条的规定，人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，被告不能以同一事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。正像本案被告郊区财政局一样，如果二审法院维持一审判决，行政行为被撤销的话，它有权重新对原告作出扣缴税款的通知。所不同的是，作出新的具体行政行为，被告依据的事实和理由不能与前一行政行为相同。被告可以根据新的证据或法律依据作出扣缴原告税款的行政行为。因此，法院拒绝接受一审结束后被告所提供的新证据，并不会纵容相对人违法行为，也不会损害行政机关工作积极性；相反，这一规定能够监督行政机关依法行政、遵守法定程序、维持相对人合法权益。

【结论】

1. 本案原告有机化工厂不是法律上的耕地占用人，并无缴纳耕地占用税的法律义务。纳税义务人应当是发电二厂。

2. 被告在二审中提供的证据不能作为定案依据。被告一审结束后所提供

的证据属无效证据。法院以被告不提供或不能提供证据为由判决撤销被告具体行政行为的，被告行政机关可以重新作出具体行政行为。法定限制是不能以同一事实和理由作出与原行政行为基本相同的具体行政行为。

案例十

被告拒不举证的法律责任

【案例】

原告李某系某村医生。1987 年至 1990 年底承包本村卫生所（医生兼司药）。1991 年，奉上级指示，村卫生所由原告个人承包转为村委会经营管理，并增加一名司药，并于 1 月 1 日至 6 日办完交接手续。药品交接逐一清点，未发现问题。同年 2 月 12 日司药刘某告诉原告："昨天有人来购药发现中药血竭是假药，没有购买。"当查看现存中药"血竭"时，找出不少红砖头块，遂报告村委会负责人，要求查证解决，但该村委会没有调查，也未向有关部门反映。1991 年 3 月某区卫生局收到市卫生局转来的该村署名"群众"的一封揭发信，说该村卫生所由于个人承包出现卖假药的事，用砖头当"血竭"欺骗病人，要求区卫生局给予处理。区卫生局遂派人了解并证实确有此事，但对是否李某所为并未认真调查，仅认为其"相当可疑"，其行为属于制售假药，坑害群众，并根据药品管理法第五章第 33 条第 2 项之规定，作出了吊销李某乡村医生证书的处罚决定。李某不服处罚，于 1991 年 6 月 1 日诉至区人民法院。

法院受理此案后，依照行政诉讼法关于被告负举证责任的规定，要求被告提供作出处罚的事实根据，将应诉通知书、起诉状副本一并送达被告，因该局局长不在，副局长拒绝签收，审判人员只好在送达回证上注明情况，将法律文书作留置送达。此后，法院多次催促被告提供作出处罚决定的事实根据和法律依据，被告均不理睬。至第一审庭审结束时，被告一直未向法院举证。法院遂于 8 月 20 日作出判决，撤销被告区卫生局对原告李某作出的行政处罚决定。

【问题】

被告拒不履行举证责任，法院如何审理判决？

【研究】

被告对作出的具体行政行为负举证责任是行政诉讼的一个重要特点。行政诉讼以作出具体行政行为的行政机关为被告，而行政机关只有在掌握充足证据的基础上才能正确适用法律，作出影响公民、法人权益的具体行政行为。因而行政机关在提供证据方面处于优势，具有较强的举证能力，尤其是涉及较强的专业性问题时。所以，根据行政诉讼法第五十四条的规定，缺乏主要证据或行

政机关在法定期限内无法证明其行为合法性的，法院即可判决撤销该具体行政行为。但是，法律规定被告在诉讼中承担举证责任的同时，却没有明确被告应在什么期限内负举证责任，因此，最高人民法院的司法解释规定被告在第一审结束前，不提供或不能提供作出具体行政行为的主要证据和所依据的规范性文件的，法院可以判决撤销该具体行政行为。这项规定将被告的举证责任限制在和第一审庭审结束前，目的是为保证诉讼程序的正常进行。因为第一审庭审是法院查清主要事实，分清责任，确定行政行为是否合法的主要诉讼阶段，如果被告在这一阶段不提供证据或不能提供证据的，便应当推定其行政行为违法；在第一审庭审结束后被告向法院提供的证据，则应视为无效证据。因为此时案件基本事实已查清，责任已分清，被告具体行政行为已被确认为违法，被告只需承担不举证已确定出现的法律后果。

【结论】

被告在行政诉讼中对其所作的具体行政为负举证责任。被告在行政诉讼中不应诉、不出庭、不提供作出具体行政行为的事实根据和法律依据，就是不履行法定的举证责任。根据行政诉讼法第三十二条和最高人民法院《关于贯彻执行〈行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第三十条的规定，被告在一审庭审结束前不提供或者不能提供作出具体行政行为的主要证据或所依据的规范性文件的，人民法院可以判决撤销该具体行政行为。

案例十一

被告的举证范围

【案例】

刘某系某工厂退休工人。1990 年 10 月 2 日，刘某向区工商行政管理部门提出申请，要求批准其开办个体杂货店。工商部门接到申请后，认为申请材料尚不全面，要求刘某及时补齐备。刘某认为材料已齐备，以工商部门故意刁难拖延批照为由，于 1990 年 10 月 30 日向当地人民法院提起诉讼，要求法院判令行政机关履行法定义务，颁发营业执照。法院未经认真审查受理了此案。诉讼过程中，被告工商机关辩称，根据《城乡个体工商户管理暂行条例实施细则》规定，工商部门核准登记，批发营业执照的法定期限为 30 日，原告刘某在审批期限内向法院起诉，属于没有诉权的起诉行为，即未于法定期限内向起诉，法院不应受理。

【问题】

对原告起诉是否超过起诉期限有争议的，被告应否负举证责任？

【研究】

起诉期限又称起诉时效要件，指行政诉讼中原告向法院提起诉讼的时间限制。我国法律、法规对起诉期限的规定不尽一致，其中既有3个月的，也有5天的，还有许多法律法规没有规定时限。根据行政诉讼法的规定，经过复议的行政案件，起诉期限为15日；直接向法院起诉的，起诉期限为3个月，但法律另有规定的除外。超过法定期限不起诉的，应视为放弃诉权，法院不予受理。但因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的，在障碍消除后10日内，可以申请延长期限，由人民法院决定。如此复杂多样的起诉期限，在实践中极易产生争议。在诉讼过程中，原、被告就起诉期限发生争议后如何处理便是一个问题。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第二十九条的规定，对原告起诉是否超过起诉期限有争议的，由被告负举证责任。即如果被告认为原告起诉时已超过法定起诉期限或尚未到起诉期而与原告发生争议时，举证责任在被告一方。凡能够证明原告在法定期限内获悉被告作出具体行政行为而没有起诉，超过起诉期间起诉的，法院不应受理；凡不能证明原告在法定期限内已得知被告具体行政行为而没有起诉的，便可推定原告享有诉权。这样就为被告行政机关的举证责任增添了新的内容。

本案当事人双方争议的焦点就是原告是否在法定期限内起诉，是否享有诉权。根据行政诉讼法的有关规定，原告起诉期限一般从知道被告作出具体行政行为时起算。所谓"知道"具体行政行为作出，是指行政机关依照法定程序送达行政裁决书或告知相对人享有诉权时公民法人或其他组织的一种主观意识。作为原告一方的公民法人和其他组织不可能准确地了解行政机关的各种内部程序，包括起诉期限的规定。而在行政机关一方来看，由于缺少法律严格约束，是否按期送达行政决定，告知相对人诉权均由自己决定，这就不可避免地形成关于起诉期限的争议。本案被告举证认为，原告在审批期限内起诉是不当的，法院不宜受理。因为《城乡个体工商户管理暂行条例实施细则》规定，工商行政管理部门核准登记、批发营业执照的法定期限为30日，原告于1990年10月2日申请，在申请后的第28天向法院起诉，显然属于没有诉权的起诉行为。

在对起诉期限发生争议时，要求被告负举证责任，这对于保障原告诉权，督促行政机关依法行政，健全告知诉权、送达程序等均有重要意义。本案被告工商管理机关对原告在行政审批期限内起诉，承担了举证责任。因为在合法审批期限内，原告尚无诉权，只有超过审批期限，被告拒绝颁发营业执照或不予答复的，原告才有权起诉。被告证明了原告未到期起诉的事实，原告因此便丧失诉权。法院不应受理此案。

【结论】

对原告起诉不到期或超期的，被告负有举证责任。

案例十二

证据的收集、检验与保全

【案例】

1990年7月11日，某县标准计量局到该县九洲商行检查伪劣商品，封存和提取了进口酒两瓶，感观认定为假酒，交所属检验所鉴定。同月27日县标准计量局以九洲商行经销掺杂假进口酒为由作出行政处罚决定，没收上述两瓶酒，并处罚人民币1200元。该商业负责人杨某不服，向县法院起诉，法院立案受理。法院要求被告县标准计量局提供处罚证据和市质量检验部门鉴定，被告提供了自己下属检验所和自己委托市进出口商检局的检验报告并向法院提供两瓶进口酒作证据保全。原告杨某经辨认后认为该酒与自己商行中提取的两瓶不同，系被告张冠李戴。开庭审理中，围绕着原告的两瓶酒是否为假酒，被告的检验报告及向法院提供的两瓶酒是否从原告商行中提取展开法庭调查、辩论。双方当事人各持己见，争执不下。法院认为，被告虽有权对伪劣商品进行检查，但其认定原告经销假进口酒主要证据不足，所提供的两瓶酒与现场笔录不符，两次鉴定结论前后不一致等。因此，县法院根据行政诉讼法第五十四条第二项的规定，判决撤销被告县标准计量局的行政处罚决定，由其重新作出具体行政行为。宣判后，被告表示不服，提出上诉。

【问题】

1. 行政机关如何收集和检验证据？

2. 法院保全和辨识证据的目的和方式是什么？

【研究】

1. 行政机关如何收集和检验证据？

第一，行政机关如何收集证据？行政机关作出具体行政行为必须有充分的事实和法律根据。由于行政机关处理的事务复杂繁多，因此，如何收集事实方面的证据是现在较难解决的一个问题，尤其是在行政程序极不完善的条件下，行政机关收集证据的行为就更显重要。本案被告县标准计量局是进行计量器具检验、商品质量检验等活动的国家产品质量监督部门，有权检查伪劣商品并处罚违法生产、销售伪劣商品的相对人。处罚违法者必须掌握一定的证据，标准计量局能否直接封存和提取有关商品再加以鉴定呢？我们认为，作为质量检验监督部门的标准计量局，可以行使这一权力。当然，在封存提取样品时必须履

行法定程序，如出示检查证件、制作现场笔录、开列提取物品清单、被检者签字盖章等。本案标准计量部门在提取原告两瓶酒时，由于手续不完备，造成了后来法庭上的争议。因此，行政机关在收集提取证据时，必须注意遵守法定程序，只有严密有效的程序保障，才能避免对证据真实性的怀疑。

第二，行政机关如何验证？本案标准计量部门提取原告的两瓶酒，目的是要检验其是否为真的进口酒。因此，提取样酒后让其下发的检验所和市进出口商检局分别进行二次检验并取得了检验报告。虽然这一系列行为均属于验证活动，但验证过程中必须注意各种证据之间的一致性，只有在证据不矛盾的前提下，才有可能得出正确的结论。本案中被告标准计量局之所以败诉，其中一个很重要的原因就是忽视了证据之间的一致性，造成了两次鉴定结论不一致的结果。行政机关在行政程序中的验证，比较分析各种证据材料的唯一目的就在于保证各种证据的一致性，使自己提供的证据与结论相吻合。

2. 法院如何保全和辨识证据？

第一，行政诉讼过程中，被告和原告都可以申请证据保全，人民法院也可以主动采取保全措施。本案被告标准计量局在诉讼一开始就向法院提出对两瓶进口酒作证据保全。一方面可以防止证据的灭失，保证诉讼活动的正常进行；另一方面便于法院验证或进行其他鉴定识别活动，迅速查清案情，解决争议。

第二，法院在案件过程中，可以让当事人对物品、文件等证据加以辨识，确定证据的可靠性或与案件的关联性。因此，辨认或辨识在证据的审查判断过程中占有一定地位，是法院获得证据的又一途径。本案在确定被告提供的两瓶酒是否从原告处提取的事实时，法院就采用了辨识办法，让原告在法庭上辨认被告提供的物证。其结论是：不能确认被告证据的真实性。因为原告认为该酒与被告从商行中提取的两瓶酒不同，是被告张冠李戴。

法院正是通过以上各种途径和方法收集、审查和判断原、被告提供的证据。最后依法撤销了标准计量局的行政处罚决定，责令其重新作出具体行政行为。

【结论】

1. 行政机关收集和检验证据时必须履行必要的法定程序，包括：出示检查证件，制作现场笔录，开列提取物品，清单，被检查者签字盖章，交由法定部门鉴定，保持证据之间一致性、关联性等。

2. 法院保全和辨识证据的目的是防止证据的灭失，保证诉讼活动的正常进行。其方式是将有关证据留存或控制在法院，让当事人对证据的真实性、关联性加以辨识确认。

案例十三

对行政决定遗漏处理的事项可建议行政机关补充处理

原告：崔某，女，46岁，某市个体烟摊业主

被告：黑龙江省某市公安局

【案情简介】

1990年6月28日晚7时许，原告在某市火车站前卖烟。环卫工人范某（女，被侵害人）清扫街道至崔某烟摊前，发现地上有纸，便问崔某为什么总往地上扔纸，引起崔某不满，双方发生口角。崔某对范某说："你再叫我就揍你。"随即从座位上站起来，走到人行道上抢下范某手中的扫帚对其殴打，双方厮打在一起，后被群众拉开。经医院诊断：范某头部外伤，颧部挫伤，左上肢挫伤，臂部挫伤，故住院治疗；崔某，头及双上肢、颜面软组织挫伤。

据此，某市某区公安分局于1990年6月29日依据《治安管理处罚条例》第二十二条第一项之规定，裁决给予崔某行政拘留7日处罚。崔某不服，向某市公安局申请复议，某市公安局于1990年7月8日裁决，维持某区公安分局对崔某的处罚裁决，崔某仍不服，于1990年7月11日向某区法院提起诉讼。

法院在对本案的审理中有两种意见：

第一种意见认为，本案事实不清，证据不足，双方殴斗，公安机关只处罚一方显失公正，应撤销公安机关的裁决。

第二种意见认为，公安机关的裁决正确，应予维持。

我们倾向第二种意见，主要理由是：

（一）认为公安机关裁决"事实不清，证据不足，显失公正"的意见本身是矛盾的。既然事实不清，就不能说认定事实显失公正，既然能够认定裁决显失公正，就说明裁决所依据的事实是清楚的。

（二）本案不是一般的打架斗殴。环卫工人范某对原告崔某的不当行为提出批评。虽然语言不够文明，但批评是正确的，崔某不但不接受批评，反而首先动手打人。因此，引起厮打应负主要责任的是原告崔某。

（三）即使原告也为范某所打，范对殴打也负有一定责任，此种事实也不能否定公安机关对原告的处罚。法院不依此撤销公安机关对原告的处罚裁决，而只能建议公安机关另行追究范某的违法责任。

【结论】

法院审理本案一类行政案件，应审查行政机关作出的决定所依据的事实是否清楚，是否分清了双方当事人的责任，适用法律、法规是否正确。对行政决

定遗漏处理的事项，只要不影响行政决定的合法性，可建议行政机关补充处理，而不应撤销已作出的合法的行政决定。

案例十四

被告在第一审庭审结束前不提供主要证据，二审时才提供的，法院不予采用

原告：张某，男，天津市某厂工人

被告：天津市公安局某公安分局

【案情简介】

1991 年 8 月，原告与他人斗殴，被告裁决对其拘留 15 日。原告不服，向天津市公安局申请复议，市公安局裁决维持。原告仍不服，故向人民法院提起诉讼。法院受理此案后，要求被告提供作出处罚行为的证据，但被告一直不提供。于是，法院认定被告的处罚行为主要证据不足，判决予以撤销。被告不服，提起上诉。在二审过程中，被告提供出作出处罚行为的证据。二审法院认为，被告在一审中未提供证据是工作失误，故以原审法院认定事实不清，证据不足为由，撤销一审判决，发回重审。

【理论分析】

被告在一审时拒绝提供证据，而在二审时提供，此种证据应为无效，法院不应采用。

（一）被告举证有时间限制。《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第三十条规定："被告在第一审庭审结束前，不提供或者不能提供作出具体行政行为的主要证据和所依据的规范性文件的，人民法院可以依据行政诉讼法第三十二条和第五十四条第（二）项的规定，判决撤销被诉具体行政行为。"行政诉讼法规定被告对作出的具体行政行为负举证责任，上述司法解释，则进一步确定了被告负举证责任的时间，即限制在第一审庭审结束前。也就是说，被告应在第一审庭审结前举证，被告在第一审庭审结束前不向法院提供作出具体行政行为的主要证据，法院可以依法认定具体行政行为主要证据不足，判决予以撤销。在第一审庭审结束后，不管被告是向原审法院还是向二审法院提供主要证据，均应视为无效，法院不予采用。这正像原告有诉权，但有时间限制一样，如果原告不在法定期限内起诉，法院即不予受理。如果被告举证没有时间限制，承认其在一审时没有提供而在二审时提供主要证据的效力，就会严重影响诉讼程序的正常进行。特别是目前有些被告法制观念淡薄，认为自己行政级别高，小小的基层法院没有资格审判

它，故意不应诉、不出庭、不提供证据。若允许被告在二审中提供主要证据，就更会助长这些违法行为，并且会造成上诉案件大大增多。而二审法院又只能以事实不清、证据不足发回重审，从而造成循环审判。另外，还会助长行政机关在作出具体行政行为时先裁决后取证，甚至在诉讼过程中自行向原告、证人收集证据。更为严重的是，允许被告在二审时提供作出具体行政行为的主要证据，使其反败为胜，会严重损害行政审判和行政诉讼的严肃性，不利于行政诉讼监督行政机关依法行政目的的实现。

（二）被告的过错，其责任应由被告自己承担。法院不采用被告在一审期间拒绝提供而在二审期间提供的主要证据，这是否与行政诉讼法关于被告在行政诉讼中可以应人民法院的要求向法院提供和补充证据的规定相悖呢？实际上二者并不矛盾。被告应人民法院的要求收集、补充证据主要是在一审期间进行，而且一般只有在原告提供了新的证据的情况下，法院才要求被告收集、补充证据。再说，认定被告在二审时提供的主要证据无效，有一个重要前提，就是在第一审庭审结束前，法院充分保证被告提供证据的诉讼权利。如果在一审中被告提供证据，法院不接受，那是法院的过错，其责任应由法院承担。但是，在本案中一审法院明确要求被告提供作出具体行政行为的主要证据，被告拒绝提供，其法律后果当然应由被告承担。

【结论】

在行政诉讼中，被告通常应在一审开始时即提供其作出具体行政行为的证据。如果某种证据暂不存被告处或因某种原因暂无法提供，只要此种证据在行政程序中确已考虑和采用过，是具体行政行为据以作出的依据，尚可应法院的要求在一审过程中补充提供，但这种补充也只限于第一审庭审结束前。被告在二审期间提供一审中未提供的证据，不论这种证据是否真实，是否在行政程序中已经考虑和采用，法院均不承认其效力，不予采用。这是保证行政审判的严肃性，监督行政机关严格依法行政的重要条件。

附　录：

一、中华人民共和国民事诉讼法

（1991年4月9日第一届全国人民代表大会
第四次会议通过，1991年4月9日中华人民共和国
主席令第44号公布　自公布之日起施行）

第一编　总　　则

第一章　任务、适用范围和基本原则

第一条　中华人民共和国民事诉讼法以宪法为根据，结合我国民事审判工作的经验和实际情况制定。

第二条　中华人民共和国民事诉讼法的任务，是保护当事人行使诉讼权利，保证人民法院查明事实，分清是非，正确适用法律，及时审理民事案件，确认民事权利义务关系，制裁民事违法行为，保护当事人的合法权益，教育公民自觉遵守法律，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业顺利进行。

第三条　人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼，适用本法的规定。

第四条　凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。

第五条　外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。

外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则。

第六条　民事案件的审判权由人民法院行使。

人民法院依照法律规定对民事案件独立进行审判，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

第七条　人民法院审理民事案件，必须以事实为根据，以法律为准绳。

第八条　民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件，应当保障和便利当事人行使诉讼权利，对当事人在适用法律上一律平等。

第九条　人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。

第十条　人民法院审理民事案件，依照法律规定实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。

第十一条　各民族公民都有用本民族语言、文字进行民事诉讼的权利。

在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区，人民法院应当用当地民族通用的语言、文字进行审理和发布法律文书。

人民法院应当对不通晓当地民族通用的语言、文字的诉讼参与人提供翻译。

第十二条　人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论。

第十三条　当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

第十四条　人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督。

第十五条　机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。

第十六条　人民调解委员会是在基层人民政府和基层人民法院指导下，调解民间纠纷的群众性组织。

人民调解委员会依照法律规定，根据自愿原则进行调解。当事人对调解达成的协议应当履行；不愿调解、调解不成或者反悔的，可以向人民法院起诉。

人民调解委员会调解民间纠纷，如有违背法律的，人民法院应当予以纠正。

第十七条　民族自治地方的人民代表大会根据宪法的原则，结合当地民族的具体情况，可以制定变通或者补充的规定。自治区的规定，报全国人民代表大会常务委员会批准；自治州、自治县的规定，报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准，并报全国人民代表大会常务委员会备案。

第二章　管　辖

第一节　级别管辖

第十八条　基层人民法院管辖第一审民事案件，但本法另有规定的除外。

第十九条　中级人民法院管辖下列第一审民事案件：

（一）重大涉外案件；

（二）在本辖区有重大影响的案件；

（三）最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

第二十条　高级人民法院管辖本辖区有重大影响的第一审民事案件。

第二十一条　最高人民法院管辖下列第一审民事案件：

（一）在全国有重大影响的案件；

（二）认为应当由本院审理的案件。

第二节　地域管辖

第二十二条　对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖，被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

第二十三条　下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：

（一）对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；

（二）对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；

（三）对被劳动教养的人提起的诉讼；

（四）对被监禁的人提起的诉讼。

第二十四条　因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。

第二十五条　合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得

违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

第二十六条 因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。

第二十七条 因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

第二十八条 因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

第二十九条 因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

第三十条 因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。

第三十一条 因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。

第三十二条 因海难救助费用提起诉讼，由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

第三十三条 因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的人民法院管辖。

第三十四条 下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：

（一）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；

（二）因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；

（三）因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

第三十五条 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个人民法院起诉；原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。

第三节 移送管辖和指定管辖

第三十六条 人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的人民法院，受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再

自行移送。

第三十七条　有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。

人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

第三十八条　人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。

第三十九条　上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件，也可以把本院管辖的第一审民事案件交下级人民法院审理。

下级人民法院对它所管辖的第一审民事案件，认为需要由上级人民法院审理的，可以报请上级人民法院审理。

第三章　审判组织

第四十条　人民法院审理第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。

适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审理。

陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。

第四十一条　人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。

发回重审的案件，原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭。

审理再审案件，原来是第一审的，按照第一审程序另行组成合议庭；原来是第二审的或者是上级人民法院提审的，按照第二审程序另行组成合议庭。

第四十二条　合议庭的审判长由院长或者庭长指定审判员一人担任；院长或者庭长参加审判的，由院长或者庭长担任。

第四十三条　合议庭评议案件，实行少数服从多数的原则。评议应当制作笔录，由合议庭成员签名，评议中的不同意见，必须如实记入笔录。

第四十四条　审判人员应当依法秉公办案。

审判人员不得接受当事人及其诉讼代理人请客送礼。

审判人员有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，应当追究法律责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第四章 回 避

第四十五条 审判人员有下列情形之一的，必须回避。当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避；

（一）是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属；

（二）与本案有利害关系；

（三）与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

前款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

第四十六条 当事人提出回避申请，应当说明理由，在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。

被申请回避的人员在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外。

第四十七条 院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。

第四十八条 人民法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出的三日内，以口头或者书面形式作出决定。申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次。复议期间，被申请回避的人员，不停止参与本案的工作。人民法院对复议申请，应当在三日内作出复议决定，并通知复议申请人。

第五章 诉讼参加人

第一节 当 事 人

第四十九条 公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。

法人由其法定代表人进行诉讼，其他组织由其主要负责人进行诉讼。

第五十条 当事人有权委托代理人，提出回避申请，收集、提供证据，进行辩论，请求调解，申请执行。

当事人可以查阅本案有关材料，并可以复制本案有关材料和法律文书。查阅、复制本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。

当事人必须依法行使诉讼权利，遵守诉讼秩序，履行发生法律效力的判决

书、裁定书和调解书。

第五十一条　双方当事人可以自行和解。

第五十二条　原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求，有权提起反诉。

第五十三条　当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类，人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生效力；对诉讼标的没有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生效力。

第五十四条　当事人一方人数众多的共同诉讼，可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

第五十五条　诉讼标的是同一种类，当事人一方人数众多，在起诉时人数尚未确定的，人民法院可以与发出公告，说明案件情况和诉讼请求，通知权利人在一定期间向人民法院登记。

向人民法院登记的权利人可以推选代表人进行诉讼；推选不出代表人的，人民法院可以与参加登记的权利人商定代表人。

代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

人民法院作出的判决、裁定，对参加登记的全体权利人发生效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的，适用该判决、裁定。

第五十六条　对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。

对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。

第二节　诉讼代理人

第五十七条　无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。

法定代理人之间互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

第五十八条 当事人、法定代理人可以委托1至2人作为诉讼代理人。

律师、当事人的近亲属、有关的社会团体、或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民，都可以被委托为诉讼代理人。

第五十九条 委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。

授权委托书必须记明委托事项和权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉，必须有委托人的特别授权。

侨居在国外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明；没有使领馆的，由中华人民共和国有外交关系的第三国驻该国的使领馆证明，再转由中华人民共和国驻该第三国使领馆证明，或者由当地的爱国华侨团体证明。

第六十条 诉讼代理人的权限如果变更或者解除，当事人应当书面告知人民法院，并由人民法院通知对方当事人。

第六十一条 代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据，可以查阅本案有关材料。查阅本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。

第六十二条 离婚案件有诉讼代理人的，本人除不能表达意志的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。

第六章 证　　据

第六十三条 证据有下列几种：

（一）书证；

（二）物证；

（三）视听资料；

（四）证人证言；

（五）当事人的陈述；

（六）鉴定结论；

（七）勘验笔录；

以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

第六十四条 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认

为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

第六十五条　人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。

人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。

第六十六条　证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。

第六十七条　经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

第六十八条　书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。

提交外文书证，必须附有中文译本。

第六十九条　人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

第七十条　凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。

不能正确表达意志的人，不能作证。

第七十一条　人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实。

第七十二条　人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。

鉴定部门及其指定的鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人 。

鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。

第七十三条　勘验物证或者现场，勘验人必须出示人民法院的证件，并邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加。当事人或者当事人的成年家属应当到场，拒不到场的，不影响勘验的进行。

有关单位和个人根据人民法院的通知，有义务保护现场，协助勘验工作。

勘验人应当将勘验情况和结果制作笔录，由勘验人、当事人和被邀参加人签名或者盖章。

第七十四条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

第七章 期间、送达

第一节 期 间

第七十五条 期间包括法定期间和人民法院指定的期间。

期间以时、日、月、年计算。期间开始的时和日，不计算在期间内。

期间届满的最后一日是节假日的，以节假日后的第1日为期间届满的日期。

期间不包括在途时间，诉讼文书在期满前交邮的，不算过期。

第七十六条 当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的，在障碍消除后的10日内，可以申请顺延期限，是否准许，由人民法院决定。

第二节 送 达

第七十七条 送达诉讼文书必须有送达回证，由受送达人在送达回证上记明收到日期，签名或者盖章。

受送达人在送达回证上的签收日期为送达日期。

第七十八条 送达诉讼文书，应当直接送交受送达人。受送达人是公民的，本人不在交他的同住成年家属签收；受送达人是法人或者其他组织的，应当由法人的法定代表人，其他组织的主要负责人或者该法人、组织负责收件的人签收；受送达人有诉讼代理人的，可以送交其代理人签收；受送达人已向人民法院指定代收人的，送交代收人签收。

受送达人的同住成年家属，法人或者其他组织的负责收件的人，诉讼代理人或者代收人在送达回证上签收的日期为送达日期。

第七十九条 受送达人或者他的同住成年家属拒绝接收诉讼文书的，送达人应当邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或者盖章，把诉讼文书留在受送

达人的住所，即视为送达。

第八十条　直接送达诉讼文书有困难的，可以委托其他人民法院代为送达，或者邮寄送达。邮寄送达的，以回执上注明的收件日期为送达日期。

第八十一条　受送达人是军人的，通过其所在部队团以上单位的政治机关转交。

第八十二条　受送达人是被监禁的，通过其所在监所或者劳动改造单位转交。

受送达人是被劳动教养的，通过其所在劳动教养单位转交。

第八十三条　代为转交的机关、单位收到诉讼文书后，必须立即交受送达人签收，以在送达回证上的签收日期，为送达日期。

第八十四条　受送达人下落不明，或者用本节规定的其他方式无法送达的，公告送达。自发布公告之日起，经过60日，即视为送达。

公告送达，应当在案卷中记明原因和经过。

第八章　调　　解

第八十五条　人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。

第八十六条　人民法院进行调解，可以由审判员1人主持，也可以由合议庭主持，并尽可能就地进行。

人民法院进行调解，可以用简便方式通知当事人、证人到庭。

第八十七条　人民法院进行调解，可以邀请有关单位和个人协助。被邀请的单位和个人，应当协助人民法院进行调解。

第八十八条　调解达成协议，必须双方自愿，不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定。

第八十九条　调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。

调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。

调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

第九十条　下列案件调解达成协议，人民法院可以不制作调解书；

（一）调解和好的离婚案件；

（二）调解维持收养关系的案件；

（三）能够即时履行的案件；

（四）其他不需要制作调解书的案件。

对不需要制作调解书的协议，应当记入笔录，由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后，即具有法律效力。

调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的，人民法院应当及时判决。

第九章　财产保全和先予执行

第九十二条　人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可裁定采取财产保全措施。

人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在48小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

第九十三条　利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施，申请人应当提供担保，不提供担保的，驳回申请。

人民法院接受申请后，必须在48小时内作出裁定；裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

申请人在人民法院采取保全措施后15日内不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

第九十四条　财产保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物。

财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。

人民法院冻结财产后，应当立即通知被冻结财产的人。

财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。

第九十五条　被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

第九十六条　申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

第九十七条　人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：

（一）追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；

（二）追索劳动报酬的；

（三）因情况紧急需要先予执行的。

第九十八条　人民法院裁定先予执行的，应当符合下列条件：

（一）当事人之间权利义务关系明确，不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的；

（二）被申请人有履行能力。

人民法院可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回申请。申请人败诉的，应当赔偿被申请人因先予执行遭受的财产损失。

第九十九条　当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

第十章　对妨害民事诉讼的强制措施

第一百条　人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。

第一百零一条　诉讼参与人和其他人应当遵守法庭规则。

人民法院对违反法庭规则的人，可以予以训诫，责令退出法庭或者予以罚款、拘留。

人民法院对哄闹、冲击法庭、侮辱、诽谤、威胁、殴打审判人员，严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任；情节较轻的，予以罚款、拘留。

第一百零二条　诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；

（二）以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的；

（三）隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的；

（四）对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的；

（五）以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的；

（六）拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第一百零三条 有义务协助调查、执行的单位有下列行为之一的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款：

（一）有关单位拒绝或者妨碍人民法院调查取证的；

（二）银行、信用社和其他有储蓄业务的单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助查询、冻结或者划拨存款的；

（三）有关单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助扣留被执行的人、办理有关财产权证照转移手续、转交有关票证、证照或者其他财产的；

（四）其他拒绝协助执行的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要责任人或者直接责任人员予以罚款；还可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议。

第一百零四条 对个人的罚款金额，为人民币1000元以下。对单位的罚款金额，为人民币1000元上3万元以下。

拘留的期限，为15日以下。

被拘留的人，由人民法院交公安机关看管。在拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，人民法院可以决定提前解除拘留。

第一百零五条 拘传、罚款、拘留必须经院长批准。

拘传应当发拘传票。

罚款、拘留应当用决定书。对决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议一次。复议期间不停止执行。

第一百零六条 采取对妨害民事诉讼的强制措施必须由人民法院决定。任何单位和个人采取非法拘禁他人或者非法私自扣押他人财产追索债务的，应当依法追究刑事责任，或者予以拘留、罚款。

第十一章　诉讼费用

第一百零七条 当事人进行民事诉讼，应当按照规定交纳案件受理费。财产案件除交纳案件受理费外，并按照规定交纳其他诉讼费用。

当事人交纳诉讼费用确有困难的，可以按照规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。

收取诉讼费用的办法另行制定。

第二编　审判程序

第十二章　第一审普通程序

第一节　起诉和受理

第一百零八条　起诉必须符合下列条件：

（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；

（二）有明确的被告；

（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；

（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

第一百零九条　起诉应当向人民法院递交诉状，并按照被告人数提出副本。

书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，并告知对方当事人。

第一百一十条　起诉状应当记明下列事项：

（一）当事人的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；

（二）诉讼请求和所根据的事实与理由；

（三）证据和证据来源，证人姓名和住所。

第一百一十一条　人民法院对符合本法第一百零八条的起诉，必须受理；对下列起诉，分别情形，予以处理：

（一）依照行政诉讼的规定，属于行政诉讼受案范围的，告知原告提起行政诉讼；

（二）依照法律规定，双方当事人对合同纠纷自愿达成书面仲裁协议向仲裁机构申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁；

（三）依照法律规定，应当由其他机关处理的争议，告知原告向有关机关申请解决；

（四）对不属于本院管辖的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；

（五）对判决、裁定已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告按照申诉处理，但人民法院准许撤诉的裁定除外；

（六）依照法律规定，在一定期限内不得起诉的案件，在不得起诉的期限内起诉的，不予受理。

（七）判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在6个月内又起诉，不予受理。

第一百一十二条 人民法院收到起诉状或者口头起诉，经审查，认为符合起诉条件的，应当在7日内立案，并通知当事人；认为不符合起诉条件的，应当在7日内裁定不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉。

第二节 审理前的准备

第一百一十三条 人民法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告，被告在收到之日起15日内提出答辩状。

被告提出答辩状的，人民法院应当在收到之日起5日内将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

第一百一十四条 人民法院对决定受理的案件，应当在受理案件通知书和应诉通知书中向当事人告知有关的诉讼权利义务，或者口头告知。

第一百一十五条 合议庭组成人员确定后，应当在3日内告知当事人。

第一百一十六条 审判人员必须认真审核诉讼材料，调查收集必要的证据。

第一百一十七条 人民法院派出人员进行调查时，应当向被调查人出示证件。

调查笔录经被调查人校阅后，由被调查人、调查人签名或者盖章。

第一百一十八条 人民法院在必要时可以委托外地人民法院调查。

委托调查，必须提出明确的项目和要求。受委托人民法院可以主动补充调查。

受委托人民法院收到委托书后，应当在30日内完成调查。因故不能完成的，应当在上述期限内函告委托人民法院。

第一百一十九条 必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当通知其参加诉讼。

第三节　开庭审理

第一百二十条　人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。

离婚案件，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。

第一百二十一条　人民法院审理民事案件，根据需要进行巡回审理，就地办案。

第一百二十二条　人民法院审理民事案件，应当在开庭3日前通知当事人和其他参与人。公开审理的，应当告知当事人姓名、案由和开庭的时间、地点。

第一百二十三条　开庭审理前，书记员应当查明当事人和其他诉讼参与人是否到庭，宣布法庭纪律。

开庭审理时，由审判长核对当事人，宣布案由，宣布审判人员、书记员名单，告知当事人有关的诉讼权利义务，询问当事人是否提出回避申请。

第一百二十四条　法庭调查按照下列顺序进行：

（一）当事人陈述；

（二）告知证人的权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言；

（三）出示书证、物证和视听资料；

（四）宣读鉴定结论；

（五）宣读勘验笔录。

第一百二十五条　当事人在法庭上可以提出新的证据。

当事人经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问。

当事人要求重新进行调查、鉴定或者勘验的，是否准许，由人民法院决定。

第一百二十六条　原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理。

第一百二十七条　法庭辩论按照下列顺序进行：

（一）原告及其诉讼代理人发言；

（二）被告及其诉讼代理人答辩；

（三）第三人及其诉讼代理人发言或者答辩；

（四）互相辩论。

法庭辩论终结，由审判长按照原告、被告、第三人的先后顺序征询各方最后意见。

第一百二十八条 法庭辩论终结，应当依法作出判决。判决前能够调解的，还可以进行调解，调解不成的，应当及时判决。

第一百二十九条 原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经许可中途退庭的，可以按撤诉处理；被告反诉的，可以缺席判决。

第一百三十条 被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

第一百三十一条 宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。

人民法院裁定不准许撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由不到庭的，可以缺席判决。

第一百三十二条 有下列情形之一的，可以延期开庭审理：

（一）必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的；

（二）当事人临时提出回避申请的；

（三）需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的；

（四）其他应当延期的情形。

第一百三十三条 书记员应当将法庭审理的全部活动记人笔录，由审判人员和书记员签名。

法庭笔录应当当庭宣读，也可以告知当事人和其他诉讼参与人当庭或者在5日内阅读。当事人和其他诉讼参与人认为对自己的陈述记录有遗漏或者有差错的，有权申请补正。如果不予补正，应当将申请记录在案。

法庭笔录由当事人和其他诉讼参与人签名或者盖章。拒绝签名盖章的，记明情况附卷。

第一百三十四条 人民法院对公开审理或者不公开审理的案件，一律公开宣告判决。

当庭宣判的，应当在10日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。

宣告离婚判决，必须告知当事人在判决发生法律效力前不得另行结婚。

第一百三十五 人民法院适用普通程序审理的案件，应当在立案之日起6个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准，可以延长6个月；还需要延长的，报请上级人民法院批准。

第四节　诉讼中止和终结

第一百三十六条　有下列情形之一的，中止诉讼：

（一）一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；

（二）一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；

（三）作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；

（四）一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；

（五）本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；

（六）其他应当中止诉讼的情形。

第一百三十七条　有下列情形之一的，终结诉讼：

（一）原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利的；

（二）被告死亡，没有遗产，也没有应当承担义务的人的；

（三）离婚案件一方当事人死亡的；

（四）追索赡养费、扶养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。

第五节　判决和裁定

第一百三十八条　判决书应当写明：

（一）案由、诉讼请求、争议的事实和理由；

（二）判决认定的事实、理由和适用的法律依据；

（三）判决结果和诉讼费用的负担。

（四）上诉期间和上诉的法院。

判决书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。

第一百三十九条　人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。

第一百四十条　裁定适用于下列范围：

（一）不予受理；

（二）对管辖权有异议的；

（三）驳回起诉；

（四）财产保全和先予执行；

（五）准许或者不准许撤诉；

（六）中止或者终结诉讼；

（七）补正判决书中的笔误；

（八）中止或者终结执行；

（九）不予执行仲裁裁决；

（十）不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书；

（十一）其他需要裁定解决的事项。

对前款第（一）、（二）、（三）项裁定，可以上诉。

裁定书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。口头裁定的，记入笔录。

第一百四十一条 最高人民法院的判决、裁定，以及依法不准上诉或者超过上诉期没有上诉的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定。

第十三章 简易程序

第一百四十二条 基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚，权利义务关系明确，争议不大的简单的民事案件，适用本章规定。

第一百四十三条 对简单的民事案件，原告可以口头起诉。

当事人双方可以同时到基层人民法院或者它派出的法庭，请求解决纠纷。基层人民法院或者它派出的法庭可以当即审理，也可以另定日期审理。

第一百四十四条 基层人民法院和它派出的法庭审理简单的民事案件，可以用简便方式随时传唤当事人、证人。

第一百四十五条 简单的民事案件由审判员1人独任审理，并不受本法第一百二十二条、第一百二十四条、第一百二十七条规定的限制。

第一百四十六条 人民法院适用简易程序审理案件，应当在立案之日起3个月内审结。

第十四章 第二审程序

第一百四十七条 当事人不服地方人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起15日内向上一级人民法院提起上诉。

当事人不服地方人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起 10 日内向上一级人民法院提起上诉。

第一百四十八条　上诉应当递交上诉状。上诉状的内容，应当包括当事人的姓名，法人的名称及其法定代表人的姓名或者其他组织的名称及其主要负责人的姓名；原审人民法院名称，案件编号和案由；上诉的请求和理由。

第一百四十九条　上诉状应当通过原审人民法院提出，并按照对方当事人或者代表人的人数提出副本。

当事人直接向第二审人民法院上诉的，第二审人民法院应当在 5 日内将上诉状移交原审人民法院。

第一百五十条　原审人民法院收到上诉状，应当在 5 日内将上诉状副本送达对方当事人，对方当事人在收到之日起 15 日内提出答辩状，人民法院应当在收到答辩状之日起 5 日内将副本送达上诉人。对方当事人不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

原审人民法院收到上诉状、答辩状，应当在 5 日内连同全部案卷和证据，报送第二审人民法院。

第一百五十一条　第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。

第一百五十二条　第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷和调查，询问当事人，在事实核对清楚后，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以进行判决、裁定。

第二审人民法院审理上诉案件，可以在本院进行，也可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

第一百五十三条　第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决；

（二）原判决适用法律错误的，依法改判；

（三）原判决认定事实错误，或者原判决认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

第一百五十四条　第二审人民法院对不服第一审人民法院裁定的上诉案件

的处理，一律使用裁定。

第一百五十五条 第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解。调解达成协议，应当制作调解书，由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章。调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。

第一百五十六条 第二审人民法院判决宣告前，上诉人申请撤回上诉的，是否准许，由第二审人民法院裁定。

第一百五十七条 第二审人民法院审理上诉案件，除依照本章规定外，适用第一审普通程序。

第一百五十八条 第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

第一百五十九条 人民法院审理对判决的上诉案件，应当在第二审立案之日起 3 个月内审结。有特殊情况需要延长，由本院院长批准。

人民法院审理对裁定的上诉案件，应当在第二审立案之日起 30 日内作出终审裁定。

第十五章 特别程序

第一节 一般规定

第一百六十条 人民法院审理选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件和认定财产无主案件，适用本章规定。本章没有规定的，适用本法和其他法律的有关规定。

第一百六十一条 依照本章程序审理的案件，实行一审终审。选民资格案件或者重大、疑难的案件，由审判员组成合议庭审理，其他案件由审判员一人独任审理。

第一百六十二条 人民法院在依照本章程序审理案件的过程中，发现本案属于民事权益争议的，应当裁定终结特别程序，并告知利害关系人可以另行起诉。

第一百六十三条 人民法院适用特别程序审理的案件，应当在立案之日起 30 日内或者公告期满后 30 日内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。但审理选民资格的案件除外。

第二节　选民资格案件

第一百六十四条　公民不服选举委员会对选民资格的申诉所作的处理决定，可以在选举日的5日以前向选区所在地基层人民法院起诉。

第一百六十五条　人民法院受理选民资格案件后，必须在选举日前审结。

审理时，起诉人、选举委员会的代表和有关公民必须参加。

人民法院的判决书，应当在选举日前送达选举委员会和起诉人，并通知有关公民。

第三节　宣告失踪、宣告死亡案件

第一百六十六条　公民下落不明满2年，利害关系人申请宣告其失踪的，向下落不明的人住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明失踪的事实、时间和请求，并附有公安机关或者其他有关机关关于该公民下落不明的书面证明。

第一百六十七条　公民下落不明满4年，或者因意外事故下落不明满2年，或者因意外事故下落不明，经有关机关证明公民不可能生存，利害关系人申请宣告其死亡的，向下落不明人住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明下落不明的事实、时间和请求，并附有公安机关或者其他有关机关关于公民下落不明的书面证明。

第一百六十八条　人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后，应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期间为3个月，宣告死亡的公告期间为1年。因意外事故下落不明，经有关机关证明该公民不可能生存的，宣告死亡的公告期间为3个月。

公告期间届满，人民法院应当根据被宣告失踪、宣告死亡的事实是否得到确认，作出宣告失踪、宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。

第一百六十九条　被宣告失踪、宣告死亡的公民重新出现，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当作出新判决，撤销原判决。

第四节 认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件

第一百七十条 申请认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力，由其近亲属或者利害关系人向该公民住所地基层人民法院提出。

申请书应当写明该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的事实和根据。

第一百七十一条 人民法院受理申请后，必要时应当对被请求认定为民事行为能力或者限制民事行为能力的公民进行鉴定。申请人已提供鉴定结论的，应当对鉴定结论进行审查。

第一百七十二条 人民法院审理认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的案件，应当由该公民的近亲属为代理人，但申请人除外。近亲属互相推诿的，由人民法院指定其中一人为代理人。该公民健康情况许可的，还应当询问本人的意见。

人民法院经审理认定申请有事实根据的，判决该公民为无民事行为能力或者限制民事行为能力人；认定申请没有事实根据的，应当判决予以驳回。

第一百七十三条 人民法院根据被认定为无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者他的监护人的申请，证实该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力的原因已经消除的，应当作出新判决，撤销原判决。

第五节 认定财产无主案件

第一百七十四条 申请认定财产无主，由公民、法人或者其他组织向财产所在地基层人民法院提出。

申请书应当写明财产的种类、数量以及要求认定财产无主的根据。

第一百七十五条 人民法院受理申请后，经审查核实，应当发出财产认领公告。公告满 1 年无人认领的，判决认定财产无主，收归国家或者集体所有。

第一百七十六条 判决认定财产无主后，原财产所有人或者继承人出现，在民法通则规定的诉讼时效期间可以对财产提出请求，人民法院审查属实后，应当作出新判决，撤销原判决。

第十六章　审判监督程序

第一百七十七条　各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。

最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

第一百七十八条　当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向原审人民法院或者上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。

第一百七十九条　当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：

（一）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；

（二）原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；

（三）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（四）人民法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；

（五）审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

人民法院对不符合前款规定的申请，予以驳回。

第一百八十条　当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。经人民法院审查属实的，应当再审。

第一百八十一条　当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决，不得申请再审。

第一百八十二条　当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出。

第一百八十三条　按照审判监督程序决定再审的案件，裁定中止原判决的执行。裁定由院长署名，加盖人民法院印章。

第一百八十四条　人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定，是由第一审法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；发生法律效力的判决、裁定，是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定；

上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

第一百八十五条 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有下列情形之一的，应当按照审判监督程序提出抗诉：

（一）原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；

（二）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（三）人民法院违反法定程序，可能影响案件判决、裁定的；

（四）审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有前款规定情形之一的，应当提请上级人民检察院按照审判监督程序提出抗诉。

第一百八十六条 人民检察院提出抗诉的案件，人民法院应当再审。

第一百八十七条 人民检察院决定对人民法院的判决、裁定提出抗诉的，应当制作抗诉书。

第一百八十八条 人民检察院提出抗诉的案件，人民法院再审时，应当通知人民检察院派员出席法庭。

第十七章 督促程序

第一百八十九条 债权人请求债务人给付金钱、有价证券，符合下列条件的，可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令：

（一）债权人与债务人没有其他债务纠纷的；

（二）支付令能够送达债务人的。

申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据。

第一百九十条 债权人提出申请后，人民法院应当在5日内通知债权人是否受理。

第一百九十一条 人民法院受理申请后，经审查债权人提供的事实、证据，对债权债务关系明确、合法的，应当在受理之日起15日内向债务人发出支付令；申请不成立的，裁定予以驳回。

债务人应当自收到支付令之日起 15 日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。

债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。

第一百九十二条　人民法院收到债务人提出的书面异议后，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效，债权人可以起诉。

第十八章　公示催告程序

第一百九十三条　按照规定可以背书转让的票据持有人，因票据被盗、遗失或者灭失，可以向票据支付地的基层人民法院申请公示催告。依照法律规定可以申请公示催告的其他事项，适用本章规定。

申请人应当向人民法院递交申请书，写明票面金额、发票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实。

第一百九十四条　人民法院决定受理申请，应当同时通知支付人停止支付，并在 3 日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间，由人民法院根据情况决定，但不得少于 60 日。

第一百九十五条　支付人收到人民法院停止支付的通知，应当停止支付，至公示催告程序终结。

公示催告期间，转让票据权利的行为无效。

第一百九十六条　利害关系人应当在公示催告期间向人民法院申报。

人民法院收到利害关系人的申报后，应当裁定终结公示催告程序，并通知申请人和支付人。

申请人或者申报人可以向人民法院起诉。

第一百九十七条　没有人申报的，人民法院应当根据申请人的申请，作出判决，宣告票据无效。判决应当公告，并通知支付人。自判决公告之日起，申请人有权向支付人请求支付。

第一百九十八条　利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的，自知道或者应当知道判决公告之日起 1 年内，可以向作出判决的人民法院起诉。

第十九章　企业法人破产还债程序

第一百九十九条　企业法人因严重亏损，无力清偿到期债务，债权人可以向人民法院申请宣告债务人破产还债，债务人也可以向人民法院申请宣告破产还债。

第二百条　人民法院裁定宣告进入破产还债程序后，应当在10日内通知债务人和已知的债权人，并发出公告。

债权人应当在收到通知后30日内，未收到通知的债权人应当自公告之日起3个月内，向人民法院申报债权。逾期未申报债权的，视为放弃债权。

债权人可以组成债权人会议。讨论通过破产财产的处理和分配方案或者和解协议。

第二百零一条　人民法院可以组织有关机关和有关人员成立清算组织，清算组织负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配，清算组织可以依法进行必要的民事活动。

清算组织对人民法院负责并报告工作。

第二百零二条　企业法人与债权人会议达成和解协议的，经人民法院认可后，由人民法院发布公告，中止破产还债程序。和解协议自公告之日起具有法律效力。

第二百零三条　已作为银行贷款等债权的抵押物或者其他担保物的财产，银行和其他债权人享有就该抵押物或者其他担保物优先受偿的权利。抵押物或者其他担保物的价款超过其所担保的债务数额的，超过部分属于破产还债的财产。

第二百零四条　破产财产优先拨付破产费用后，按照下列顺序清偿：

（一）破产企业所欠职工工资和劳动保险费用；

（二）破产企业所欠税款；

（三）破产债权。

破产财产不足清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

第二百零五条　企业法人破产还债，由该企业法人住所地的人民法院管辖。

第二百零六条　全民所有制企业的破产还债程序适用中华人民共和国企业破产法规定。

不是法人的企业、个体工商户、农村承包经营户、个人合伙，不适用本章规定。

第三编 执行程序

第二十章 一般规定

第二百零七条 发生法律效力的民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院执行。

法律规定由人民法院执行的其他法律文书，由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。

第二百零八条 执行过程中，案外人对执行标的提出异议的，执行员应当按照法定程序进行审查。理由不成立的，予以驳回；理由成立的，由院长批准中止执行。如果发现判决、裁定确有错误，按照审判监督程序处理。

第二百零九条 执行工作由执行员进行。

采取强制执行措施时，执行员应当出示证件。执行完毕后，应当将执行情况制作笔录，由在场的有关人员签名或者盖章。

基层人民法院、中级人民法院根据需要，可以设立执行机构。执行机构的职责由最高人民法院规定。

第二百一十条 被执行人或者被执行的财产在外地的，可以委托当地人民法院代为执行。受委托人民法院收到委托函件后，必须在15日内开始执行，不得拒绝。执行完毕后，应当将执行结果及时函复委托人民法院；在30日内如果还未执行完毕，也应当将执行情况函告委托人民法院。

受委托人民法院自收到委托函件之日起15日内不执行的，委托人民法院可以请求受委托人民法院的上级人民法院执行。

第二百一十一条 在执行中，双方当事人自行和解达成协议的，执行员应当将协议内容记入笔录，由双方当事人签名或者盖章。

一方当事人不履行和解协议的，人民法院可以根据对方当事人的申请，恢复对原生效法律文书的执行。

第二百一十二条 在执行中，被执行人向人民法院提供担保，并经申请执行人同意的，人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。被执行人逾期仍不履行的，人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。

第二百一十三条 作为被执行人的公民死亡的，以其遗产偿还债务。作为被执行人的法人或者其他组织终止的，由其权利义务承受人履行义务。

第二百一十四条 执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已被执行的财产，人民法院应当作出裁定，责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行。

第二百一十五条 人民法院制作的调解书的执行，适用本编的规定。

第二十一章 执行的申请和移送

第二百一十六条 发生法律效力的民事判决、裁定，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行，也可以由审判员移送执行员执行。

调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。

第二百一十七条 对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；

（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；

（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；

（四）认定事实的主要证据不足的；

（六）仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院认定执行裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。

仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

第二百一十八条　对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。

公证债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行，并将裁定书送达双方当事人和公证机关。

第二百一十九条　申请执行的期限。双方或者一方当事人是公民的为1年。双方是法人或者其他组织的为6个月。

前款规定的期限，从法律文书规定履行期间的最后1日起计算；法律文书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后1日起计算。

第二百二十条　执行员接到申请执行书或者移交执行书，应当向被执行人发出执行通知，责令其在指定的期间履行，逾期不履行的，强制执行。

第二十二章　执行措施

第二百二十一条　被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权向银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位查询被执行人的存款情况，有权冻结、划拨被执行人的存款，但查询、冻结、划拨存款不得超出被执行人应当履行义务的范围。

人民法院决定冻结、划拨存款，应当作出裁定，并发出协助执行通知书。银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位必须办理。

第二百二十二条　被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。

人民法院扣留、提取收入时，应当作出裁定，并发出协助执行通知书。被执行人所在单位、银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位必须办理。

第二百二十三条　被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。

采取前款措施，人民法院应当作出裁定。

第二百二十四条　人民法院查封、扣押财产时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场；被执行人是法人或者其他组织的，应当通知其法定代表人或者主要负责人到场，拒不到场的，不影响执行。被执行人

是公民的，其工作单位或者财产所在地的基层组织应当派人参加。

对被查封、扣押的财产，执行员必须造具清单，由在场人签名或者盖章后，交被执行人1份。被执行人是公民的，也可以交他的成年家属1份。

第二百二十五条 被查封的财产，执行员可以指定被执行人负责保管。因被执行人的过错造成的损失，由被执行人承担。

第二百二十六条 财产被查封、扣押后，执行员应当责令被执行人在指定期间履行法律文书确定的义务。被执行人逾期不履行的，人民法院可以按照规定交有关单位拍卖或者变卖被查封、扣押的财产。国家禁止自由买卖的物品，交有关单位按照国家规定的价格收购。

第二百二十七条 被执行人不履行法律文书确定的义务，并隐匿财产的，人民法院有权发出搜查令，对被执行人及其住所或者财产隐匿地进行搜查。

采取前款措施，由院长签发搜查令。

第二百二十八条 法律文书指定交付的财物或者票证，由执行员传唤双方当事人当面交付，或者由执行员转交，并由被交付人签收。

有关单位持有该项财物或者票证的，应当根据人民法院的协助执行通知书转交，并由被交付人签收。

有关公民持有该项财物或者票证的，人民法院通知其交出。拒不交出的，强制执行。

第二百二十九条 强制迁出房屋或者强制退出土地，由院长签发公告，责令被执行人在指定期间履行。被执行人逾期不履行的，由执行员强制执行。

强制执行时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场。拒不到场的，不影响执行。被执行人是公民的，其工作单位或者房屋、土地所在地的基层组织应当派人参加。执行员应当将强制执行情况记入笔录，由在场人签名或者盖章。

强制迁出房屋被搬出的财物，由人民法院派人运至指定处所，交给被执行人。被执行人是公民的，也可以交给他的成年家属。因拒绝接收而造成的损失，由被执行人承担。

第二百三十条 在执行中，需要办理有关财产权证照转移手续的，人民法院可以向有关单位发出协助执行通知书，有关单位必须办理。

第二百三十一条 对判决、裁定和其他法律文书指定的行为，被执行人未按执行通知履行的，人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人完成，费用由被执行人承担。

第二百三十二条 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履

行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

第二百三十三条　人民法院采取本法第二百二十一条、第二百二十二条、第二百二十三条规定的执行措施后，被执行人仍不能偿还债务的，应当继续履行义务。债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。

第二十三章　执行中止和终结

第二百三十四条　有下列情形之一的，人民法院应当裁定中止执行：

（一）申请人表示可以延期执行的；

（二）案外人对执行标的提出确有理由的异议的；

（三）作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或者承担义务的；

（四）作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；

（五）人民法院认为应当中止执行的其他情形。

中止的情形消失后，恢复执行。

第二百三十五条　有下列情形之一的，人民法院裁定终结执行：

（一）申请人撤销申请的；

（二）据以执行的法律文书被撤销的；

（三）作为被执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的；

（四）追索赡养费、扶养费、抚育费案件的权利人死亡的；

（五）作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款，无收入来源，又丧失劳动能力的；

（六）人民法院认为应当终结执行的其他情形。

第二百三十六条　中止和终结执行的裁定，送达当事人后立即生效。

第四编　涉外民事诉讼程序的特别规定

第二十四章　一般原则

第二百三十七条　在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，适用本编规定。本编没有规定的，适用本法其他有关规定。

第二百三十八条　中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

第二百三十九条　对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。

第二百四十条　人民法院审理涉外民事案件，应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。当事人要求提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。

第二百四十一条　外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师。

第二百四十二条　在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。

第二十五章　管　　辖

第二百四十三条　因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在

地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

第二百四十四条　涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。

第二百四十五条　涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院为有管辖权的法院。

第二百四十六条　因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国法院管辖。

第二十六章　送达、期间

第二百四十七条　人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列方式：

（一）依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；

（二）通过外交途径送达；

（三）对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；

（四）向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；

（五）向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；

（六）受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满6个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；

（七）不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满6个月，即视为送达。

第二百四十八条　被告在中华人民共和国领域内没有住所的，人民法院应当将起诉状副本送达被告。并通知被告在收到起诉状副本后30日内提出答辩状。被告申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

第二百四十九条　在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起30日内提起上

诉。被上诉人在收到上诉状副本后，应当在30日内提出答辩状。当事人不能在法定期间提起上诉或者提出答辩状，申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

第二百五十条 人民法院审理涉外民事案件的期间，不受本法第一百三十五条、第一百五十九条规定的限制。

第二十七章 财产保全

第二百五十一条 当事人依照本法第九十二条的规定可以向人民法院申请财产保全。

利害关系人依照本法第九十三条的规定可以在起诉前向人民法院申请财产保全。

第二百五十二条 人民法院裁定准许诉前财产保全后，申请人应当在30日内提起诉讼。逾期不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

第二百五十三条 人民法院裁定准许财产保全后，被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

第二百五十四条 申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

第二百五十五条 人民法院决定保全的财产需要监督的，应当通知有关单位负责监督，费用由被申请人承担。

第二百五十六条 人民法院解除保全的命令由执行员执行。

第二十八章 仲　　裁

第二百五十七条 涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。

当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的，可以向人民法院起诉。

第二百五十八条 当事人申请采取财产保全的，中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请，提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民

法院裁定。

第二百五十九条　经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。

第二百六十条　对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；

（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；

（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；

（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

第二百六十一条　仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

第二十九章　司法协助

第二百六十二条　根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。

外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予执行。

第二百六十三条　请求和提供司法协助，应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行；没有条约关系的，通过外交途径进行。

外国驻中华人民共和国的使领馆可以向该国公民送达文书和调查取证，但不得违反中华人民共和国的法律，并不得采取强制措施。

除前款规定的情况外，未经中华人民共和国主管机关准许，任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国领域内送达文书、调查取证。

第二百六十四条　外国法院请求人民法院提供司法协助的请求书及其所附文件，应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。

人民法院请求外国法院提供司法协助的请求书及其所附文件，应当附有该国文字译本或者国际条约规定的其他文字文本。

第二百六十五条 人民法院提供司法协助，依照中华人民共和国法律规定的程序进行。外国法院请求采用特殊方式的，也可以按照其请求的特殊方式进行，但请求采用的特殊方式不得违反中华人民共和国法律。

第二百六十六条 人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，当事人请求执行的，可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求外国法院承认和执行。

中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力的仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。

第二百六十七条 外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

第二百六十八条 人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。

第二百六十九条 国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。

第二百七十条 本法自公布之日起施行，《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》同时废止。

附件 1：

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见

（最高人民法院审判委员会第 528 次会议讨论通过）

为了正确适用《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称民事诉讼法），根据民事诉讼法的规定和审判实践经验，我们提出以下意见，供各级人民法院在审判工作中执行。

一、管 辖

1．民事诉讼法第十九条第（一）项规定的重大涉外案件，是指争议标的额大，或者案情复杂，或者居住在国外的当事人人数众多的涉外案件。

2．专利纠纷案件由最高人民法院确定的中级人民法院管辖。

海事、海商案件由海事法院管辖。

3．各省、自治区、直辖市高级人民法院可以依照民事诉讼法第十九条（二）项、第二十条的规定，从本地实际情况出发，根据案情繁简、诉讼标的金额大小、在当地的影响等情况，对本辖区内一审案件的级别管辖提出意见，报最高人民法院批准。

4．公民的住所地是指公民的户籍所在地，法人的住所地是指法人的主要营业地或者主要办事机构所在地。

5．公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住 1 年以上的地方。但公民住院就医的地方除外。

6．被告一方被注销城镇户口，依照民事诉讼法第二十三条规定确定管辖；双方均被注销城镇户口的，由被告居住地的人民法院管辖。

7．当事人的原户籍迁出后尚未落户，有经常居住地的，由该地人民法院管辖。没有经常居住地，户籍迁出不足 1 年的，由其户原籍所在地人民法院管辖；超过 1 年的，由其居住地人民法院管辖。

8．双方当事人都被监禁或被劳动教养的，由被告原住所地人民法院管辖。被告被监禁或被劳动教养 1 年以上的，由被告被监禁地或被劳动教养地人民法院管辖。

9．追索赡养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖。

10．不服指定监护或变更监护关系的案件，由被监护人住所地人民法院管辖。

11．非军人对军人提出的离婚诉讼，如果军人一方为非文职军人，由原告住所地人民法院管辖。

离婚诉讼双方当事人都是军人的，由被告住所地或者被告所在的团级以上单位驻地的人民法院管辖。

12．夫妻一方离开住所地超过1年，另一方起诉离婚的案件，由原告住所地人民法院管辖。夫妻双方离开住所地超过1年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

13．在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

14．在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。

15．中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提出离婚诉讼，国内一方住所地的人民法院都有权管辖。如国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。

16．中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告原住所地的人民法院管辖。

17．对没有办事机构的公民合伙、合伙型联营体提起的诉讼，由被告注册登记地人民法院管辖。没有注册登记，几个被告又不在同一辖区的，被告住所地的人民法院都有管辖权。

18．因合同纠纷提起的诉讼，如果合同没有实际履行，当事人双方住所地又都不在合同约定的履行地的，应由被告住所地人民法院管辖。

19．购销合同的双方当事人在合同中对交货地点有约定的，以约定的交货地点为合同履行地；没有约定的，依交货方式确定合同履行地；采用送货方式的，以货物送达地为合同履行地；采用自提方式的，以提货地为合同履行地；代办托运或按木材、煤炭送货办法送货的，以货物发运地为合同履行地。

购销合同的实际履行地点与合同中约定的交货地点不一致的，以实际履行

地点为合同履行地。

20．加工承揽合同，以加工行为为合同履行地，但合同中对履行地有约定的除外。

21．财产租赁合同、融资租赁合同以租赁物使用地为合同履行地，但合同中对履行地有约定的除外。

22．补偿贸易合同，以接受投资一方主要义务履行地为合同履行地。

23．民事诉讼法第二十五条规定的书面合同中的协议，是指合同中的协议管辖条款或者诉讼前达成的选择管辖的协议。

24．合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择民事诉讼法第二十五规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的，选择管辖的协议无效，依照民事诉讼法第二十四条的规定确定管辖。

25．因保险合同纠纷提起的诉讼，如果保险标的物是运输工具或者运输中的货物，由被告住所地或者运输工具登记注册地、运输目的地、保险事故发生地的人民法院管辖。

26．民事诉讼法第二十七条规定的票据支付地，是指票据上载明的付款地。票据未载明付款地的，票据付款人（包括代理付款人）的住所地或主营业所在地为票据付款地。

27．债权人申请支付令，适用民事诉讼法第二十二规定，由债务人住所地的基层人民法院管辖。

28．民事诉讼法第二十九条规定的侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。

29．因产品质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼，产品制造地、产品销售地、侵权行为地和被告住所地的人民法院都有管辖权。

30．铁路运输合同纠纷及与铁路运输有关的侵权纠纷，由铁路运输法院管辖。

31．诉前财产保全，由当事人向财产所在地的人民法院申请。

在人民法院采取诉前财产保全后，申请人起诉的，可以向采取诉前财产保全的人民法院或者其他有管辖权的人民法院提起。

32．当事人申请诉前财产保全后没有在法定的期间起诉，因而给被申请人造成财产损失引起诉讼的，由采取该财产保全措施的人民法院管辖。

33．两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，不得重复立案；立案后发现其他有管辖权的人民法院已先

立案的，裁定将案件移送给先立案的人民法院。

34．案件受理后，受诉人民法院的管辖权不受当事人住所地、经常居住地变更的影响。

35．有管辖权的人民法院受理案件后，不得以行政区域变更为由，将案件移送给变更后有管辖权的人民法院。判决后的上诉案件和依审判监督程序提审的案件，由原审人民法院的上级人民法院进行审判；第二审人民法院发回重审或者上级人民法院指令再审的案件，由原审人民法院重审或者再审。

36．依照民事诉讼法第三十七条第二款规定，发生管辖权争议的两个人民法院因协商不成报请它们的共同上级人民法院指定管辖时，如双方为同属一个地、市辖区的基层人民法院，由该地、市的中级人民法院及时指定管辖；同属一个省、自治区、直辖市的两个人民法院，由该省、自治区、直辖市的高级人民法院及时指定管辖；如双方为跨省、自治区、直辖市的人民法院，高级人民法院协商不成的，由最高人民法院及时指定管辖。

依前款规定报请上级人民法院指定管辖时，应当逐级进行。

37．上级人民法院依照民事诉讼法第三十七条的规定指定管辖，应书面通知报送的人民法院和被指定的人民法院。报送的人民法院接到通知后，应及时告知当事人。

二、诉讼参加人

38．法人的正职负责人是法人的法定代表人。没有正职负责人的，由主持工作的副职负责人担任法定代表人。设有董事会的法人，以董事长为法定代表人；没有董事长的法人，经董事会授权的负责人可作为法人的法定代表人。

不具备法人资格的其他组织，以其主要负责人为代表人。

39．在诉讼中，法人的法定代表人更换的，由新的法定代表人继续进行诉讼，并应向人民法院提交新的法定代表人身份证明书。原法定代表人进行的诉讼行为有效。

本条的规定，适用于其他组织参加的诉讼。

40．民事诉讼法第四十九规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：

（1）依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；

（2）依法登记领取营业执照的合伙型联营企业。

（3）依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；

（4）经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体；

（5）法人依法设立并领取营业执照的分支机构；

（6）中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；

（7）中国人民保险公司设在各地的分支机构；

（8）经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业；

（9）符合本条规定条件的其他组织。

41．法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立，但没有领取营业执照的分支机构，以设立该分支机构的法人为当事人。

42．法人或者其他组织的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼，该法人或其他组织为当事人。

43．个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。

44．在诉讼中，一方当事人死亡，有继承人的，裁定中止诉讼。人民法院应及时通知继承人作为当事人承担诉讼，被继承人已经进行的诉讼行为对承担诉讼的继承人有效。

45．个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的，其雇主是当事人。

46．在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。

营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。

47．个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代表人；被推选的代表人，应由全体合伙人出具推选书。

48．当事人之间的纠纷经仲裁机构仲裁或者经人民调解委员会调解，当事人不服仲裁或调解向人民法院提起诉讼的，应以对方当事人为被告。

49．法人或者其他组织应登记而未登记即以法人或者其他组织名义进行民事活动，或者他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动，或者法人或者其他组织依法终止后仍以其名义进行民事活动的，以直接责任人为当事人。

50．企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人；企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。

51．企业法人未经清算即被撤销，有清算组织的，以该清算组织为当事

人；没有清算组织的，以作出撤销决定的机构为当事人。

52. 借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的，出借单位和借用人为共同诉讼人。

53. 因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告；债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼；债权人仅起诉被保证人的，可只将被保证人列为被告。

54. 在继承遗产的诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应把其列为共同原告。

55. 被代理人和代理人承担连带责任的，为共同诉讼人。

56. 共有财产权受到他人侵害，部分共有权人起诉的，其他共有权人应当列为共同诉讼人。

57. 必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当依照民事诉讼法第一百一十九条的规定，通知其参加；当事人也可以向人民法院申请追加。人民法院对当事人提出的申请，应当进行审查，申请无理的，裁定驳回；申请有理的，书面通知被追加的当事人参加诉讼。

58. 人民法院追加共同诉讼的当事人时，应通知其他当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。

59. 民事诉讼法第五十四条和第五十五条规定的当事人一方人数众多，一般指 10 人以上。

60. 依照民事诉讼法第五十四条规定，当事人一方人数众多在起诉时确定的，可以由全体当事人推选共同的代表人，也可以由部分当事人推选自己的代表人；推选不出代表人的当事人，在必要的共同诉讼中可由自己参加诉讼，在普通的共同诉讼中可以另行起诉。

61. 依照民事诉讼法第五十五规定，当事人一方人数众多在起诉时不确定的，由当事人推选代表人；当事人推选不出的，可以由人民法院提出人选与当事人协商；协商不成的；也可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人。

62. 民事诉讼法第五十四条和第五十五条规定的代表人为 2 至 5 人，每位代表人可以委托 1 至 2 人作为诉讼代理人。

63．依照民事诉讼法第五十五条规定受理的案件，人民法院可以发出公告，通知权利人向人民法院登记。公告期根据具体案件的情况确定，最少不得少于30日。

64．依照民事诉讼法第五十五条规定向人民法院登记的当事人，应证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害。证明不了的，不予登记，当事人可以另行起诉。人民法院的裁判在登记的范围内执行。未参加登记的权利人在诉讼时效期间内提起诉讼，人民法院认定其请求成立的，裁定适用人民法院已作出的判决、裁定。

65．依照民事诉讼法第五十六条的规定，有独立请求权的第三人有权向人民法院提出诉讼请求和事实、理由，成为当事人；无独立请求权的第三人，可以申请或者由人民法院通知参加诉讼。

66．在诉讼中，无独立请求权的第三人有当事人的诉讼权利义务，判决承担民事责任的无独立请求权的第三人有权提出上诉。但该第三人在一审中无权对案件的管辖权提出异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。

67．在诉讼中，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定，协商不成的，由人民法院在他们之间指定诉讼中的法定代理人。当事人没有民法通则第十六条第一、二款或者第十七条第一款规定的监护人的，可以指定该法第十六条第四款或者第十七条第三款规定的有关组织担任诉讼期间的法定代理人。

68．除律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者当事人所在单位推荐的人之外，当事人还可以委托其他公民为诉讼代理人。但无民事行为能力人、限制民事行为能力人或者可能损害被代理人利益的人以及人民法院认为不宜作诉讼代理人的人，不能作为诉讼代理人。

69．当事人向人民法院提交的授权委托书，应在开庭审理前送交人民法院。授权委托书仅写“全权代理”而无具体授权的，诉讼代理人无权代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉。

三、证　据

70．人民法院收集调查证据，应由两人以上共同进行。调查材料要由调查人、被调查人、记录人签名或盖章。

71．对当事人提供的证据，人民法院应当出具收据，注明证据的名称、收到的时间、份数和页数，由审判员或书记员签名或盖章。

72．证据应当在法庭上出示，并经过法庭辩论、质证。依法应当保密的证据，人民法院可视具体情况决定是否在开庭时出示，需要出示的，也不得在公开开庭时出示。

73．依照民事诉讼法第六十四条第二款规定，由人民法院负责调查收集的证据包括：

（1）当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；

（2）人民法院认为需要鉴定、勘验的；

（3）当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的；

（4）人民法院认为应当由自己收集的其他证据。

74．在诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。但在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：

（1）因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；

（2）高度危险作业致人损害的侵权诉讼；

（3）因环境污染引起的损害赔偿诉讼；

（4）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼；

（5）饲养动物致人损害的侵权诉讼；

（6）有关法律规定由被告承担举证责任的。

75．下列事实，当事人无需举证：

（1）一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的；

（2）众所周知的事实和自然规律及定理；

（3）根据法律规定或已知事实，能推定出的另一事实；

（4）已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实；

（5）已为有效公证书所证明的事实。

76．人民法院对当事人一时不能提交证据的，应根据具体情况，指定其在合理期限内提交。当事人在指定期限内提交确有困难的，应在指定期限届满之前，向人民法院申请延期。延长的期限由人民法院决定。

77．依照民事诉讼法第六十五条由有关单位向人民法院提出的证明文书，应由单位负责人签名或盖章，并加盖单位印章。

78．证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据。

四、期间和送达

79. 依照民事诉讼法第七十五条第二款规定，民事诉讼中以日计算的各种期间均从次日起算。

80. 民事诉讼法第一百一十二条规定的立案期限，因起诉状内容欠缺令原告补正的，从补正后交人民法院的次日起算。由上级人民法院转交下级人民法院，或者由基层人民法院转交有关人民法庭受理的案件，从受诉人民法院或人民法庭收到起诉状的次日起算。

81. 向法人或者其他组织送达诉讼文书，应当由法人的法定代表人、该组织的主要负责人或者办公室、收发室、值班室等负责收件的人签收或盖章，拒绝签收或者盖章的，适用留置送达。

82. 受送达人拒绝接受诉讼文书，有关基层组织或者所在单位的代表及其他见证人不愿在送达回证上签字或盖章的，由送达人在送达回证上记明情况，把送达文书留在受达人住所，即视为送达。

83. 受送达人有诉讼代理人的，人民法院既可以向受送达人送达，也可以向其诉讼代理人送达。受送达人指定诉讼代理人为代收人的，向诉讼代理人送达时，适用留置送达。

84. 调解书应当直接送达当事人本人，不适用留置送达。当事人本人因故不能签收的，可由其指定的代收人签收。

85. 邮寄送达，应当附有送达回证。挂号信回执上注明的收件日期与送达回证上注明的收件日期不一致的，或者送达回证没有寄回的，以挂号信回执上注明的收件日期为送达日期。

86. 依照民事诉讼法第八十条规定，委托其他人民法院代为送达的，委托法院应当出具委托函，并附需要送达的诉讼文书和送达回证，以受送达人在送达回证上签收的日期为送达日期。

87. 依照民事诉讼法第八十一条和第八十二条规定，诉讼文书交有关单位转交的，以受送达人在送达回证上注明的签收日期为送达日期。

88. 公告送达，可以在法院的公告栏、受送达人原住所地张贴公告，也可以在报纸上刊登公告；对公告送达方式有特殊要求的，应按要求的方式进行公告。公告期满，即视为送达。

89. 公告送达起诉状或上诉状副本的，应说明起诉或上诉要点、受送达人答辩期限及逾期不答辩的法律后果；公告送达传票，应说明出庭地点、时间及逾期不出庭的法律后果；公告送达判决书、裁定书的，应说明裁判主要内容，

属于一审的，还应说明上诉权利、上诉期限和上诉的人民法院。

90. 人民法院在定期宣判时，当事人拒不签收判决书、裁定书的，应视为送达，并在宣判笔录中记明。

五、调　　解

91. 人民法院受理案件后，经审查，认为法律关系明确、事实清楚，在征得当事人双方同意后，可以径行调解。

92. 人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解。当事人一方或双方坚持不愿调解的，人民法院应当及时判决。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解，但不应久调不决。

93. 人民法院调解案件时，当事人不能出庭的，经其特别授权，可由其委托代理人参加调解，达成的调解协议，可由委托代理人签名。

离婚案件当事人确因特殊情况无法出庭参加调解的，除本人不能表达意志的以外，应当出具书面意见。

94. 无民事行为能力人的离婚案件，由其法定代理人进行诉讼。法定代理人与对方达成协议要求发给判决书的，可根据协议内容制作判决书。

95. 当事人一方拒绝签收调解书的，调解书不发生法律效力，人民法院要及时通知对方当事人。

96. 调解书不能当庭送达双方当事人的，应以后收到调解书的当事人签收的日期为调解书生效日期。

97. 无独立请求权的第三人诉讼的案件，人民法院调解时需要确定无独立请求权的第三人承担义务的，应经第三人的同意，调解书应当同时送达第三人。第三人在调解书送达前反悔的，人民法院应当及时判决。

六、财产保全和先予执行

98. 人民法院依照民事诉讼法第九十二条、第九十三条规定，在采取诉前财产保全和诉讼财产保全时责令申请人提供担保的，提供担保的数额应相当于请求保全的数额。

99. 人民法院对季节性商品、鲜活、易腐烂变质以及其他不宜长期保存的物品采取保全措施时，可以责令当事人及时处理，由人民法院保存价款；必要时，人民法院可予以变卖，保存价款。

100. 人民法院在财产保全中采取查封、扣押财产措施时，应当妥善保管被查封、扣押的财产。当事人、负责保管的有关单位或个人以及人民法院都不

得使用该项财产。

101. 人民法院对不动产和特定的动产（如车辆、船舶等）进行财产保全，可以采用扣押有关财产权证照并通知有关产权登记部门不予办理该项财产的转移手续的财产保全措施；必要时，也可以查封或扣押该项财产。

102. 人民法院对抵押物、留置物可以采取财产保全措施，但抵押权人、留置权人有优先受偿权。

103. 对当事人不服一审判决提出上诉的案件，在第二审人民法院接到报送的案件之前，当事人有转移、隐匿、出卖或者毁损财产等行为，必须采取财产保全措施的，由第一审人民法院依当事人申请或依职权采取。第一审人民法院制作的财产保全的裁定，应及时报送第二审人民法院。

104. 人民法院对债务人到期应得的收益，可以采取财产保全措施，限制其支取，通知有关单位协助执行。

105. 债务人的财产不能满足保全请求，但对第三人有到期债权的，人民法院可以依债权人的申请裁定该第三人不得对本案债务人清偿。该第三人要求偿付的，由人民法院提存财物或价款。

106. 民事诉讼法规定的先予执行，人民法院应当在受理案件后终审判决作出前采取。先予执行应当限于当事人诉讼请求的范围，并以当事人的生活、生产经营的急需为限。

107. 民事诉讼法第九十七条第（三）项规定的紧急情况，包括：

（1）需要立即停止侵害、排除妨碍的；

（2）需要立即制止某项行为的；

（3）需要立即返还用于购置生产原料、生产工具货款的；

（4）追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的。

108. 人民法院裁定采取财产保全措施后，除作出保全裁定的人民法院自行解除和其上级人民法院决定解除外，在财产保全期限内，任何单位都不得解除保全措施。

109. 诉讼中的财产保全裁定的效力一般应维持到生效的法律文书执行时止。在诉讼过程中，需要解除保全措施的，人民法院应及时作出裁定，解除保全措施。

110. 对当事人不服财产保全、先予执行裁定提出的复议申请，人民法院应及时审查。裁定正确的，通知驳回当事人的申请；裁定不当的，作出新的裁定变更或者撤销原裁定。

111. 人民法院先予执行后，依发生法律效力的判决，申请人应当返还因

先予执行所取得的利益的，适用民事诉讼法第二百一十四条的规定。

七、对妨害民事诉讼的强制措施

112. 民事诉讼法第一百条规定的必须到庭的被告，是指负有赡养、抚育、扶养义务和不到庭就无法查清案情的被告。

给国家、集体或他人造成损害的未成年人的法定代理人，如其必须到庭，经两次传票传唤无正当理由拒不到庭的，也可以适用拘传。

113. 拘传必须用拘传票，并直接送达被拘传人；在拘传前，应向被拘传人说明拒不到庭的后果，经批评教育仍拒不到庭的，可拘传其到庭。

114. 人民法院依照民事诉讼法第一百零一条、第一百零二条的规定，需要对诉讼参与人和其他人采取拘留措施的，应经院长批准，作出拘留决定书，由司法警察将被拘留人送交当地公安机关看管。

115. 被拘留人不在本辖区的，作出拘留决定的人民法院应派员到被拘留人所在地的人民法院，请该院协助执行，受委托的人民法院应及时派员协助执行。被拘留人申请复议或者在拘留期间承认并改正错误，需要提前解除拘留的，受委托的人民法院应向委托人民法院转达或者提出建议，由委托人民法院审查决定。

116. 因哄闹、冲击法庭，用暴力、威胁等方法抗拒执行公务等紧急情况，必须立即采取拘留措施的，可在拘留后，立即报告院长补办批准手续。院长认为拘留不当的，应当解除拘留。

117. 被拘留人在拘留期间认错悔改的，可以责令其具结悔过，提前解除拘留。提前解除拘留，应报经院长批准，并作出提前解除拘留决定书，交负责看管的公安机关执行。

118. 民事诉讼法第一百零一条、第一百零二条规定的罚款、拘留可以单独适用，也可以合并适用。

119. 对同一妨害民事诉讼行为的罚款、拘留不得连续适用。但发生了新的妨害民事诉讼的行为，人民法院可以重新予以罚款、拘留。

120. 依照民事诉讼法第一百零六条的规定，人民法院对非法拘禁他人或者非法私自扣押他人财产追索债务的单位和个人予以拘留、罚款的，适用该法第一百零四条和第一百零五条的规定。

121. 被罚款、拘留的人不服罚款、拘留决定申请复议的，上级人民法院应在收到复议申请后5日内作出决定，并将复议结果通知下级人民法院和当事人。

122. 上级人民法院复议时认为强制措施不当，应当制作决定书，撤销或变更下级人民法院的拘留、罚款决定。情况紧急的，可以在口头通知后 3 日内发出决定书。

123. 当事人有下列情形之一的，可以依照民事诉讼法第一百零二条第一款第（六）项的规定处理：

（1）在法律文书发生法律效力后隐藏、转移、变卖、毁损财产，造成人民法院无法执行的；

（2）以暴力、威胁或者其他方法妨碍或抗拒人民法院执行的；

（3）有履行能力而拒不执行人民法院发生法律效力的判决书、裁定书、调解书和支付令的。

124. 有关单位有下列情形之一的，人民法院可以依照民事诉讼法第一百零二条的规定处理：

（1）擅自转移已被人民法院冻结的存款，或擅自解冻的；

（2）以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员查询、冻结、划拨银行存款的；

（3）接到人民法院协助执行通知后，给当事人通风报信，协助其转移、隐匿财产的。

125. 依照民事诉讼法第一百零一条的规定，应当追究有关人员刑事责任的，由审理该案的审判组织直接予以判决；在判决前，应当允许当事人陈述意见或者委托辩护人辩护。

127. 依照民事诉讼法第一百零二条第（一）至（五）项和第一百零六条的规定，应当追究有关人员刑事责任的，依照刑事诉讼法的规定办理。

八、诉讼费用

128. 依照民事诉讼法第九十三条的规定向人民法院申请诉前财产保全的，诉讼费用按照《人民法院诉讼收费办法》第八条第（二）项的规定交纳。

129. 依照民事诉讼法第五十五条审理的案件不预交案件受理费，结案后按照诉讼标的额由败诉方交纳。

130. 依照民事诉讼法第五十五条第四款的规定，未参加登记的权利人向人民法院申请执行的，按《人民法院诉讼收费办法》第八条第（一）项的规定交纳申请执行费。

131. 人民法院裁定不予受理的案件，当事人不需交纳诉讼费用。当事人不服裁定上诉的，诉讼费用按照《人民法院诉讼收费办法》第五条第（三）项

的规定交纳。

132. 依照民事诉讼法第一百八十九条的规定向人民法院申请支付令的，每件交纳申请费100元。督促程序因债务人异议而终结的，申请费由申请人负担；债务人未提出异议的，申请费由债务人负担。

133. 督促程序终结后，债权人另行起诉的，按照《人民法院诉讼收费办法》交纳诉讼费用。

134. 依照民事诉讼法第一百九十三条的规定向人民法院申请公示催告的，每件交纳申请费100元。申请费和公告费由申请人负担。

135. 依照民事诉讼法第一百九十六条、第一百九十八条的规定向人民法院起诉的，按照《人民法院诉讼收费办法》第五条第（四）项的规定交纳案件受理费。

136. 依照民事诉讼法第一百九十九条的规定，向人民法院申请破产还债的，可不预交案件受理费，破产费用从破产财产中拨付。

137. 人民法院依职权提起的再审案件和人民检察院抗诉的再审案件，当事人不需交纳诉讼费用。

138. 委托执行，受委托人民法院不得向委托人民法院收费取用。执行中实际支出的费用，按照《人民法院诉讼收费办法》收取。

九、第一审普通程序

139. 起诉不符合受理条件的，人民法院应当裁定不予受理。立案后发现起诉不符合受理条件的，裁定驳回起诉。

不予受理的裁定书由负责审查立案的审判员、书记员署名；驳回起诉的裁定书由负责审理该案的审判员、书记员署名。

140. 当事人在诉状中有谩骂和人身攻击之词，送达副本可能引起矛盾激化，不利于案件解决的，人民法院应当说服其实事求是地修改。坚持不改的，可以送达起诉状副本。

141. 对本院没有管辖权的案件，告知原告向有管辖权的人民法院起诉；原告坚持起诉的，裁定不予受理；立案后发现本院没有管辖权的，应当将案件移送有管辖权的人民法院。

142. 裁定不予受理、驳回起诉的案件，原告再次起诉的，如果符合起诉条件，人民法院应予受理。

143. 原告应当预交而未预交案件受理费，人民法院应当通知其预交，通知后仍不预交或者申请减、缓、免未获人民法院批准而仍不预交的，裁定按自

动撤诉处理。

144. 当事人撤诉或人民法院按撤诉处理后，当事人以同一诉讼请求再次起诉的，人民法院应予受理。

原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，6个月内又起诉的，可比照民事诉讼法第一百一十一条第（七）项的规定不予受理。

145. 依照民事诉讼法第一百一十一条第（二）项的规定，当事人在书面合同中订有仲裁条款，或者在发生纠纷后达成书面仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院裁定不予受理，告知原告向仲裁机构申请仲裁。但仲裁条款、仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的除外。

146. 当事人在仲裁条款或协议中选择的仲裁机构不存在，或者选择裁决的事项超越仲裁机构权限的，人民法院有权依法受理当事人一方的起诉。

147. 因仲裁条款或协议无效、失效或者内容不明确，无法执行而受理的民事诉讼，如果被告一方对人民法院的管辖权提出异议的，受诉人民法院应就管辖权作出裁定。

148. 当事人一方向人民法院起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为该人民法院有管辖权。

149. 病员及其亲属对医疗事故技术鉴定委员会作出的医疗事故结论没有意见，仅要求医疗单位就医疗事故赔偿经济损失，向人民法院提起诉讼的，应予受理。

150. 判决不离婚、调解和好的离婚案件以及判决、调解维持收养关系的案件的被告向人民法院起诉的，不受民事诉讼法第一百一十一条第（七）项规定的条件的限制。

151. 夫妻一方下落不明，另一方诉至人民法院，只要求离婚，不申请宣告下落不明人失踪或死亡的案件，人民法院应当受理，对下落不明人用公告送达诉讼文书。

152. 赡养费、扶养费、抚育费案件，裁判发生法律效力后，因新情况、新理由，一方当事人再行起诉要求增加或减少费用的，人民法院应作为新案受理。

153. 当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。

154. 民事诉讼法第六十六条、第一百二十条所指的商业秘密，主要是指技术秘密、商业情报及信息等，如生产工艺、配方、贸易联系、购销渠道等当事人不愿公开的工商业秘密。

155. 人民法院按照普通程序审理案件，应当在开庭3日前用传票传唤当事人。对诉讼代理人、证人、鉴定人、勘验人、翻译人员应当用通知书通知其到庭。当事人或其他诉讼参与人在外地的，应留有必要的在途时间。

156. 在案件受理后，法庭辩论结束前，原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理的，人民法院应当合并审理。

157. 无民事行为能力人的离婚诉讼，当事人的法定代理人应当到庭；法定代理人不能到庭的，人民法院应当在查清事实的基础上，依法作出判决。

158. 无民事行为能力的当事人的法定代理人，经传票传唤无正当理由拒不到庭的，如属原告方，可以比照民事诉讼法第一百二十九的规定，按撤诉处理；如属被告方，可以比照民事诉讼法第一百三十条的规定，缺席判决。

159. 有独立请求权的第三人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以对该第三人比照民事诉讼法第一百二十九条的规定，按撤诉处理。

160. 有独立请求权的第三人参加诉讼后，原告申请撤诉，人民法院在准许原告撤诉后，有独立请求权的第三人作为另案原告，原案原告、被告作为另案被告，诉讼另行进行。

161. 当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件，如果当事人有违反法律的行为需要依法处理的，人民法院可以不准撤诉或者不按撤诉处理。

162. 无独立请求权的第三人经人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理。人民法院判决承担民事责任的无独立请求权的第三人，有权提起上诉。

163. 一审宣判后，原审人民法院发现判决有错误，当事人在上诉期内提出上诉的，原审人民法院可以提出原判决有错误的意见，报送第二审人民法院，由第二审人民法院按照第二审程序进行审理；当事人不上诉的，按照审判监督程序处理。

164. 民事诉讼法第一百三十五条规定的审限，是指从立案的次日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间，但公告期间、鉴定期间、审理当事人提出的管辖权异议以及处理人民法院之间的管辖争议期间不应计算在内。

165. 一审判决书和可以上诉的裁定书不能同时送达双方当事人的，上诉期从各自收到判决书、裁定书的次日起计算。

166. 民事诉讼法第一百四十条第一款第（七）项中的笔误是指法律文书误写、误算，诉讼费用漏写、误算和其他笔误。

167．裁定中止诉讼的原因消除，恢复诉讼程序时，不必撤销原裁定，从人民法院通知或准许当事人双方继续进行诉讼时起，中止诉讼的裁定即失去效力。

十、简易程序

168．民事诉讼法第一百四十二条规定的简单民事案件中的“事实清楚”，是指当事人双方对争议的事实陈述基本一致，并能提供可靠的证据，无须人民法院调查收集证据即可判明事实、分清是非；“权利义务关系明确”，是指谁是责任的承担者，谁是权利的享有者，关系明确；“争议不大”，是指当事人对案件的是非、责任以及诉讼标的争执无原则分歧。

169．起诉时被告下落不明的案件，不得适用简易程序审理。

170．适用简易程序审理的案件，审理期限不得延长。在审理过程中，发现案情复杂，需要转为普通程序审理的，可以转为普通程序，由合议庭进行审理，并及时通知双方当事人。审理期限从立案的次日起计算。

171．已经按照普通程序审理的案件，在审理过程中无论是否发生了情况变化，都不得改用简易程序审理。

172．适用简易程序审理案件，人民法院应当将起诉内容，用口头或书面方式告知被告，用口头或者其他简便方式传唤当事人、证人，由审判员独任审判，书记员担任记录，不得自审自记。判决结案时，应当依照民事诉讼法第一百三十四条的规定公开宣判。

173．人民法庭制作的判决书、裁定书、调解书，必须加盖基层人民法院印章，不得用人民法庭的印章代替基层人民法院的印章。

174．发回重审和按照审判监督程序再审的案件，不得适用简易程序审理。

175．适用简易程序审理案件，卷宗中应当具备以下材料：(1)诉状或者口头起诉笔录；(2)答辩状或者口头答辩笔录；(3)委托他人代理诉讼的要有授权委托书；(4)必要的证据；(5)询问当事人笔录；(6)审理（包括调解）笔录；(7)判决书、调解书、裁定书，或者调解协议；(8)送达和宣判笔录；(9)执行情况；(10)诉讼费收据。

十一、第二审程序

176．双方当事人和第三人都提出上诉的，均为上诉人。

177．必要共同诉讼人中的一人或者部分人提出上诉的，按下列情况处理：(1)该上诉是对与对方当事人之间权利义务分担有意见，不涉及其他共同

诉讼人利益的，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方当事人依原审诉讼地位列明；

(2) 该上诉仅对共同诉讼人之间权利义务分担有意见，不涉及对方当事人利益的，未上诉的同一方当事人为被上诉人，对方当事人依原审诉讼地位列明；

(3) 该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的，未提出上诉的其他当事人均为被上诉人。

178. 一审宣判时或判决书、裁定书送达时，当事人口头表示上诉的，人民法院应告知其必须在法定上诉期间内提出上诉状。未在法定上诉期内递交上诉状的，视为未提出上诉。

179. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人，可以代理当事人提起上诉。

180. 第二审人民法院依照民事诉讼法第一百五十一条的规定，对上诉人上诉请求的有关事实和适用法律进行审查时，如果发现在上诉请求以外原判确有错误的，也应予以纠正。

181. 第二审人民法院发现第一审人民法院有下列违反法定程序的情形之一，可能影响案件正确判决的，应依照民事诉讼法第一百五十三条第一款第（四）项的规定，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审：

(1) 审理本案的审判人员、书记员应当回避未回避的；

(2) 未经开庭审理而作出判决的；

(3) 适用普通程序审理的案件当事人未经传票传唤缺席判决的；

(4) 其他严重违反法定程序的。

182. 对当事人在一审中已经提出的诉讼请求，原审人民法院未作审理、判决的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解，调解不成的，发回重审。

183. 必须参加诉讼的当事人在一审中未参加诉讼，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，发回重审。发回重审的裁定书不列应追加的当事人。

184. 在第二审程序中，原审原告增加独立的诉讼请求或原审被告提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

185. 一审判决不准离婚的案件，上诉后，第二审人民法院认为应当判决离婚的，可以根据当事人自愿的原则，与子女抚养、财产问题一并调解，调解

不成的，发回重审。

186．人民法院依照第二审程序审理的案件，认为依法不应由人民法院受理的，可以由第二审人民法院直接裁定撤销原判，驳回起诉。

187．第二审人民法院查明第一审人民法院作出的不予受理裁定有错误的，应在撤销原裁定的同时，指令第一审人民法院立案受理；查明第一审人民法院作出的驳回起诉裁定有错误的，应在撤销原裁定的同时，指令第一审人民法院进行审理。

188．第二审人民法院对下列上诉案件，可以依照民事诉讼法第一百五十二条的规定迳行判决、裁定：

（1）一审就不予受理、驳回起诉和管辖权异议作出裁定的案件；

（2）当事人提出的上诉请求明显不能成立的案件；

（3）原审裁判认定事实清楚，但适用法律错误的案件。

（4）原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决，需要发回重审的案件。

189．在第二审程序中，作为当事人的法人或者其他组织分立的，人民法院可以直接将分立后的法人或者其他组织列为共同诉讼人；合并的，将合并后的法人或者其他组织列为当事人。不必将案件发还原审人民法院重审。

190．在第二审程序中，当事人申请撤回上诉，人民法院经审查认为一审判决确有错误，或者双方当事人串通损害国家和集体利益、社会公共利益及他人合法权益的，不应准许。

191．当事人在二审中达成和解协议的，人民法院可以根据当事人的请求，对双方达成的和解协议进行审查并制作调解书送达当事人；因和解而申请撤诉，经审查符合撤诉条件的，人民法院应予准许。

192．第二审人民法院宣告判决可以自行宣判，也可以委托原审人民法院或者当事人所在地人民法院代行宣判。

十二、特别程序

193．在诉讼中，当事人的利害关系人提出该当事人患有精神病，要求宣告该当事人无民事行为能力或限制民事行为能力的，应由利害关系人向人民法院提出申请，由受诉人民法院按照特别程序立案审理，原诉讼中止。

194．宣告失踪或者宣告死亡案件，人民法院可以根据申请人的请求，清理下落不明人的财产，指定诉讼期间的财产管理人。公告期满后，人民法院判决宣告失踪的，应同时依照民法通则第二十一条第一款的规定指定失踪人的财

产代管人。

195. 失踪人的财产代管人经人民法院指定后，代管人申请变更代管的，比照民事诉讼法特别程序的有关规定进行审理。申请有理的，裁定撤销申请人的代管人身份，同时另行指定财产代管人；申请无理的，裁定驳回申请。失踪人的其他利害关系人申请变更代管的，人民法院应告知其以原指定的代管人为被告起诉，并按普通程序进行审理。

196. 人民法院判决宣告公民失踪后，利害关系人向人民法院申请宣告失踪人死亡，从失踪的次日起满4年的，人民法院应当受理，宣告失踪的判决即是该公民失踪的证明，审理中仍应依照民事诉讼法第一百六十八条的规定进行公告。

197. 认定财产无主案件，公告期间有人对财产提出请求，人民法院应裁定终结特别程序，告知申请人另行起诉，适用普通程序审理。

198. 被指定的监护人不服指定，应当在接到通知的次日起30日内向人民法院起诉。经审理，认为指定并无不当的，裁定驳回起诉；指定不当的，判决撤销指定，同时另行指定监护人。判决书应送达起诉人、原指定单位及判决指定的监护人。

十三、审判监督程序

199. 各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现确有错误，经审判委员会讨论决定再审的，应当裁定中止原判决、裁定的执行。

200. 最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，如果发现确有错误，在提审或者指令下级人民法院再审的裁定中同时写明中止原判决、裁定的执行；情况紧急的，可以将中止执行的裁定口头通知负责执行的人民法院，但应在口头通知后10日内发出裁定书。

201. 按审判监督程序决定再审或提审的案件，由再审或提审的人民法院在作出新的判决、裁定中确定是否撤销、改变或者维持原判决、裁定；达成调解协议的，调解书送达后，原判决、裁定即视为撤销。

202. 由第二审人民法院判决、裁定的案件，上级人民法院需要指令再审的，应当指令第二审人民法院再审。

203. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人，可以代理当事人提出再审申请。

204. 当事人对已经发生法律效力的调解书申请再审，适用民事诉讼法第

一百八十二条的规定，应在该调解书发生法律效力后2年内提出。

205．当事人可以向原审人民法院申请再审，也可以向上一级人民法院申请再审。向上一级人民法院申请再审的，上级人民法院经审查认为符合民事诉讼法第一百七十九条规定条件的，可以指令下级人民法院再审，也可以提审。

206．人民法院接到当事人的再审申请后，应当进行审查。认为符合民事诉讼法第一百七十九条规定的，应当在立案后裁定中止原判决的执行，并及时通知双方当事人；认为不符合第一百七十九条规定的，用通知书驳回申请。

207．按照督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序审理的案件以及依照审判监督程序审理后维持原判的案件，当事人不得申请再审。

208．对不予受理、驳回起诉的裁定，当事人可以申请再审。

209．当事人就离婚案件中的财产分割问题申请再审的，如涉及判决中已分割的财产，人民法院应依照民事诉讼法第一百七十九条的规定进行审查，符合再审条件的，应立案审理；如涉及判决中未作处理的夫妻共同财产，应告知当事人另行起诉。

210．人民法院提审或按照第二审程序再审的案件，审理中发现原一、二审判决违反法定程序的，可分别情况处理：

（1）认为不符合民事诉讼法规定的受理条件的，裁定撤销一、二审判决，驳回起诉。

（2）具有本意见第181条规定的违反法定程序的情况，可能影响案件正确判决、裁定的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。

211．依照审判监督程序再审的案件，人民法院发现原一、二审判决遗漏了应当参加的当事人的，可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，裁定撤销一、二审判决，发回原审人民法院重审。

212．民事诉讼法第一百八十二条中的2年为不变期间，自判决、裁定发生法律效力次日起计算。

213．再审案件按照第一审程序或者第二审程序审理的，适用民事诉讼法第一百三十五条、第一百五十九条规定的审限。审限自决定再审的次日起计算。

214．本意见第192条的规定适用于审判监督程序。

十四、督促程序

215．债权人向人民法院申请支付令，符合下列条件的，人民法院应予受理，并在收到申请后5日内通知债权人：

（1）请求给付金钱或汇票、本票、支票以及股票、债权、国库券、可转让的存款单等有价证券的；

（2）请求给付的金钱或者有价证券已到期且数额确定，并写明了请求所根据的事实、证据的；

（3）债权人没有对待给付义务的；

（4）支付令能够送达债务人的。

不符合上述条件的，通知不予受理。

216. 人民法院受理申请后，由审判员一人进行审查。经审查申请不成立的，应当在15日内裁定驳回申请，该裁定不得上诉。

217. 在人民法院发出支付令前，申请人撤回申请的，应当裁定终结督促程序。

218. 债务人不在我国境内的，或者虽在我国境内但下落不明的，不适用督促程序。

219. 支付令应记明以下事项：

（1）债权人、债务人姓名或名称等基本情况；

（2）债务人应当给付的金钱、有价证券的种类、数量；

（3）清偿债务或者提出异议的期限；

（4）债务人在法定期间不提出异议的法律后果。

支付令由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。

220. 向债务人本人送达支付令，债务人拒绝接收的，人民法院可以留置送达。

221. 依照民事诉讼法第一百九十二条的规定，债务人在法定期间提出书面异议的，人民法院无须审查异议是否有理由，应当直接裁定终结督促程序。债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力的，不影响支付令的效力。

债务人的口头异议无效。

222. 民事诉讼法第一百九十一条驳回支付令申请的裁定书和第一百九十二条终结督促程序的裁定书，由审判员、书记员署名、加盖人民法院印章。

223. 债务人在收到支付令后，不在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。

224. 督促程序终结后，债权人起诉的，由有管辖权的人民法院受理。

225. 债权人向人民法院申请执行支付令的期限，适用民事诉讼法第二百一十九条的规定。

十五、公示催告程序

226. 民事诉讼法第一百九十三条规定的票据持有人，是指票据被盗、遗失或者灭失前的最后持有人。

227. 人民法院收到公示催告的申请后，应当立即审查，并决定是否受理。经审查认为符合受理条件的，通知予以受理，并同时通知支付人停止支付；认为不符合受理条件的，7日内裁定驳回申请。

228. 人民法院依照民事诉讼法第一百九十四条规定发出的受理申请的公告，应写明以下内容：

(1) 公示催告申请人的姓名或名称；

(2) 票据的种类、票面金额、发票人、持票人、背书人等；

(3) 申报权利的期间；

(4) 在公示催告期间转让票据权利，利害关系人不申报的法律后果。

229. 公告张贴于人民法院公告栏内，并在有关报纸或其他宣传媒介上刊登；人民法院所在地有证券交易所的，还应贴于该交易所。

230. 利害关系人在公示催告期间向人民法院申报权利的，人民法院应当裁定终结公示催告程序。利害关系人在申报期间届满后，判决作出之前申报权利的，同样应裁定终结公示催告程序。

231. 利害关系人申报权利，人民法院应通知其向法院出示票据，并通知公示催告申请人在指定的期间察看该票据。公示催告申请人申请公示催告的票据与利害关系人出示的票据不一致的，人民法院应当裁定驳回利害关系人的申报。

232. 在申报权利的期间没有人申报的，或者申报被驳回的，公示催告申请人应自申报权利期间届满的次日起1个月内申请人民法院作出判决。逾期不申请判决的，终结公示催告程序。

233. 判决生效后，公示催告申请人有权依据判决向付款人请求付款。

234. 适用公示催告程序审理案件，可由审判员一人独任审理；判决宣告票据无效的，应当组成合议庭审理。

235. 公示催告申请人撤回申请，应在公示催告前提出；公示催告期间申请撤回的，人民法院可以进行裁定终结公示催告程序。

236. 人民法院依照民事诉讼法第一百九十四条规定通知支付人停止支付，应符合有关财产保全的规定。支付人收到停止支付通知后拒不支付的，除可依照民事诉讼法第一百零二条、第一百零三条规定采取强制措施外，在判决后，

支付人仍应承担支付义务。

237. 人民法院依据民事诉讼法第一百九十六条规定终结公示催告程序后，公示催告申请人或者申报人向人民法院提起诉讼的，依照民事诉讼法第二十七条的规定确定管辖。

238. 民事诉讼法第一百九十六条终结公示催告程序裁定书，由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。

239. 依照民事诉讼法第一百九十八条的规定，利害关系人向人民法院起诉的，人民法院可按票据纠纷适用普通程序审理。

十六、企业法人破产还债程序

240. 具有法人资格的集体企业、联营企业、私人企业以及设在中国领域内的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业等，适用企业法人破产还债程序。

联营企业中的联营各方均为全民所有制企业的，该联营企业的破产不适用企业法人破产还债程序。

241. 债权人就其抵押物或者其他担保物享有优先受偿权。抵押权人或者其他担保物权人在破产还债案件受理后至破产宣告前请求优先受偿的，应经人民法院准许。

抵押物或者其他担保物的价款不足其所担保的债务数额的，其差额部分列为破产债权。

242. 人民法院受理破产案件后，应当组成合议庭进行审理。

243. 人民法院依照民事诉讼法第二百条发出的破产公告，应当在报纸上刊登，公告中应当写明下列内容：

(1) 立案时间；

(2) 破产案件的债务人；

(3) 申报债权的期限、地点和逾期未申报的法律后果；

(4) 第一次债权人会议召开的日期、地点。

244. 人民法院受理破产申请后，对债务人的其他民事执行程序、财产保全程序必须中止。

245. 人民法院受理破产案件后，应当及时通知债务人的开户银行停止办理债务人的结算业务。开户银行支付维持债务人正常生产经营所必需的费用，应经人民法院许可。

246. 依照民事诉讼法第二百零一条的规定，人民法院组织成立破产清算

组织的，破产财产处理和分配方案由破产清算组织提出，经债权人会议讨论通过，报请人民法院裁定后执行。

247．债权人会议讨论通过破产财产的处理和分配方案，应由出席会议的有表决权的债权人的过半数通过，并且其所代表的债权额必须占无财产担保债权总额的半数以上；讨论通过和解协议草案，必须占无财产担保债权总额的2/3以上。

248．民事诉讼法第二百条规定的和解协议，应当具备以下内容：

（1）清偿债务的财产来源；

（2）清偿债务的办法；

（3）清偿债务的期限。

249．清算组织在对破产财产进行保管、清理、估价、处理和分配过程中，应向人民法院负责并报告工作，接受人民法院和债权人会议的监督。

250．破产财产分配完毕，由破产清算组织提请人民法院裁定终结破产程序。破产程序终结后，未得到清偿的债权不再清偿。

251．破产程序终结后由破产清算组织向破产企业原登记机关办理注销登记。

252．破产还债案件，一律用裁定；当事人除对驳回破产申请的裁定可以上诉外，对其他裁定不准上诉。

253．人民法院审理破产还债案件，除适用民事诉讼法第十九章的规定外，并可参照《中华人民共和国企业破产法（试行）》的有关规定。

十七、执行程序

254．强制执行的标的应当是财物或者行为。当事人拒绝履行发生法律效力的判决、裁定、调解书、支付令的，人民法院应向当事人发出执行通知。在执行通知指定的期间被执行人仍不履行，应当强制执行。

255．发生法律效力的支付令，由制作支付令的人民法院负责执行。

256．民事诉讼法第二百零七条第二款规定的由人民法院执行的其他法律文书，包括仲裁裁决书、公证债权文书。

其他法律文书由被执行人住所地或者被执行人的财产所在地人民法院执行；当事人分别向上述人民法院申请执行的，由最先接受申请的人民法院执行。

257．民事诉讼法第二百零八条规定的中止执行，应当限于案外人依该条规定提出异议部分的财产范围。对被执行人的其他财产，不应中止执行。异议

理由不成立的，通知驳回。

258. 执行员在执行本院的判决、裁定和调解书时，发现确有错误的，应当提出书面意见，报请院长审查处理。在执行上级人民法院的判决、裁定和调解书时，发现确有错误的，可提出书面意见，经院长批准，函请上级人民法院审查处理。

259. 被执行人、被执行的财产在外地的，负责执行的人民法院可以委托当地人民法院代为执行，也可以直接到当地执行。直接到当地执行的，负责执行的人民法院可以要求当地人民法院协助执行。当地人民法院应当根据要求协助执行。

260. 委托执行，委托人民法院应当出具委托函和生效的法律文书（副本）。委托函应当提出明确的执行要求。

261. 受委托人民法院在接到委托函后，无权对委托执行的生效的法律文书进行实体审查；执行中发现据以执行的法律文书有错误的，受委托人民法院应当及时向委托人民法院反映。

262. 受委托人民法院应当严格按照生效法律文书的规定和委托人民法院的要求执行。对债务人履行债务的时间、期限和方式需要变更的，应当征得申请执行人的同意，并将变更情况及时告知委托人民法院。

263. 受委托人民法院遇有需要中止或者终结执行的情形，应当及时函告委托人民法院，由委托人民法院作出裁定，在此期间，可以暂缓执行。受委托人民法院不得自行裁定中止或者终结执行。

264. 委托执行中，案外人对执行标的提出异议的，受委托人民法院应当函告委托人民法院，由委托人民法院通知驳回或者作出中止执行的裁定，在此期间，暂缓执行。

265. 依照民事诉讼法第二百一十条第二款的规定，受委托人民法院的上一级人民法院在接到委托人民法院指令执行的请求后，应当在5日内书面指令受委托人民法院执行，并将这一情况及时告知委托人民法院。

受委托人民法院在接到上一级人民法院的书面指令后，应当立即执行，将执行情况报告上一级人民法院，并告知委托人民法院。

266. 一方当事人不履行或者不完全履行在执行中双方自愿达成的和解协议，对方当事人申请执行原生效法律文书的，人民法院应当恢复执行，但和解协议已履行的部分应当扣除。和解协议已经履行完毕的，人民法院不恢复执行。

267. 申请恢复执行原法律文书，适用民事诉讼法第二百一十九条申请执

行期限的规定。申请执行期限因达成执行中的和解协议而中止，其期限自和解协议所定履行期限的最后一日起连续计算。

268．人民法院依照民事诉讼法第二百一十二条的规定决定暂缓执行的，如果担保是有期限的，暂缓执行的期限应与担保期限一致，但最长不得超过1年。被执行或担保人担保的财产在暂缓执行期间有转移、隐藏、变卖、毁损等行为的，人民法院可以恢复强制执行。

269．民事诉讼法第二百一十二条规定的执行担保，可以由被执行人向人民法院提供财产作担保，也可以由第三人出面作担保。以财产作担保的，应提交保证书；由第三人担保的，应当提交担保书。担保人应当具有代为履行或者代为承担赔偿责任的能力。

270．被执行人在人民法院决定暂缓执行的期限届满后仍不履行义务的，人民法院可以直接执行担保财产，或者裁定执行担保人的财产，但执行担保人的财产以担保人应当履行义务部分的财产为限。

271．依照民事诉讼法第二百一十三条的规定，执行中作为被执行人的法人或者其他组织分立、合并的，其权利义务由变更后的法人或者其他组织承受；被撤销的，如果依有关实体法的规定有权利义务承受人的，可以裁定该权利义务承受人为被执行人。

272．其他组织在执行中不能履行法律文书确定的义务的，人民法院可以裁定执行对该其他组织依法承担义务的法人或者公民个人的财产。

273．在执行中，作为被执行人的法人或者其他组织名称变更的，人民法院可以裁定变更后的法人或者其他组织为被执行人。

274．作为被执行人的公民死亡，其遗产继承人没有放弃继承的，人民法院可以裁定变更被执行人，由该继承人在遗产的范围内偿还债务。继承人放弃继承的，人民法院可以直接执行被执行人的遗产。

275．法律规定由人民法院执行的其他法律文书执行完毕后，该法律文书被有关机关依法撤销的，经当事人申请，适用民事诉讼法第二百一十四条的规定。

276．执行中，具有企业法人资格的被执行人不能清偿到期债务，根据债权人或者债务人申请，人民法院可以依法宣告被执行人破产。

277．仲裁机构裁决的事项部分属于仲裁协议的范围，部分超过仲裁协议范围的，对超过部分，人民法院应当裁定不予执行。

278．依照民事诉讼法第二百一十七条第二款、第三款的规定，人民法院裁定不予执行仲裁裁决后，当事人可以重新达成书面仲裁协议申请仲裁，也可

以向人民法院起诉。

279. 民事诉讼法第二百二十条规定的执行通知，人民法院应在收到申请执行书后的10日内发出。执行通知中除应责令被执行人履行法律文书确定的义务外，并应通知其承担民事诉讼法第二百三十二条规定的迟延履行利息或者迟延履行金。

280. 人民法院可以直接向银行及其营业所、储蓄所、信用合作社以及其他有储蓄业务的单位查询、冻结、划拨被执行人的存款。外地法院可以直接到被执行人住所地、被执行财产所在地银行及其营业所、储蓄所、信用合作社以及其他有储蓄业务的单位查询、冻结、划拨被执行人应当履行义务部分的存款，无需由当地人民法院出具手续。

281. 人民法院在执行中需要变卖被执行人财产的，可以交有关单位变卖，也可以由人民法院直接变卖。由人民法院直接变卖的，变卖前应就价格问题征求物价等有关部门的意见，作价应当公平合理。

对变卖的财产，人民法院或其工作人员不得买受。

282. 人民法院在执行中已依照民事诉讼法第二百二十一条、第二百二十三条的规定对被执行人的财产查封、冻结的，任何单位包括其他人民法院不得重复查封、冻结或者擅自解冻，违者按照民事诉讼法第一百零二条的规定处理。被执行人的财产不能满足所有申请执行人清偿要求的，执行时可以参照民事诉讼法第二百零四条的规定处理。

283. 依照民事诉讼法第二百三十一条规定，当事人不履行法律文书确定的行为义务，如果该项行为义务只能由被执行人完成的，人民法院可以依照民事诉讼法第一百零二条第一款第（六）项的规定处理。

284. 执行的标的物为特定物的，应执行原物。原物确已不存在的，可折价赔偿。

285. 执行中，被执行人隐匿财产的，人民法院除可依照民事诉讼法第一百零二条规定对其处理外，并应责令被执行人交出隐匿的财产或折价赔偿。被执行人拒不交出或赔偿的，人民法院可按被执行财产的价值强制执行被执行人的其他财产，也可以采取搜查措施，追回被隐匿的财产。

286. 人民法院依照民事诉讼法第二百二十七条规定对被执行人及其住所或者财产隐匿地进行搜查，必须符合以下条件：

（1）生效法律文书确定的履行期限已经届满；

（2）被执行人不履行法律文书确定的义务；

（3）认为有隐匿财产的行为。

搜查人员必须按规定着装并出示搜查令和身份证件。

287. 人民法院搜查时禁止无关人员进入搜查现场；搜查对象是公民的，应被通知执行人或者他的成年家属以及基层组织派员到场；搜查对象是法人或者其他组织的，应通知法定代表人或者主要负责人到场，有上级主管部门的，也应通知主管部门有关人员到场，拒不到场的，不影响搜查。

搜查妇女身体，应由女执行人员进行。

288. 搜查中发现应当依法扣押的财产，依照民事诉讼法第二百二十四条第二款和第二百二十六条的规定办理。

289. 搜查应制作搜查笔录，由搜查人员、被搜查人员及其他在场人签名或盖章。拒绝签名或者盖章的，应在搜查笔录中写明。

290. 法人或其他组织持有法律文书指定交付的财物或者票证，在人民法院发出协助执行通知后，拒不转交的，强制执行，并可依照民事诉讼法第一百零三条的规定处理。

291. 有关单位和个人持有法律文书指定交付的财物或者票证，因其过失被毁损或灭失的，人民法院可责令持有人赔偿；拒不赔偿的，人民法院可按被执行的财物或者票证的价值强制执行。

292. 人民法院在执行中需要办理房产证、土地证、山林所有权证、专利证书、商标证书、车辆执照等有关财产权证照转移手续的，可以依照民事诉讼法第二百三十条规定办理。

293. 被执行人迟延履行的，迟延履行期间的利息或迟延履行金自判决、裁定和其他法律文书指定的履行期间届满的次日起计算。

294. 民事诉讼法第二百二十三条规定的加倍支付迟延履行期间的债务利息，是指在按银行同期贷款最高利率计付的债务利息上增加一倍 。

295. 被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行非金钱给付义务的，无论是否已给申请执行人造成损失，都应当支付迟延履行金。已经造成损失的，双倍补偿申请执行人已经受到的损失；没有造成损失的，迟延履行金可以由人民法院根据具体案件情况决定。

296. 债权人依照民事诉讼法第二百三十三条的规定请求人民法院继续执行的，不受民事诉讼法第二百一十九条所定期限的限制。

297. 被执行人为公民或者其他组织，在执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的或者已经起诉的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的，可以向人民法院申请参与分配。

298. 申请参与分配，申请人应提交申请书，申请书应写明参与分配和被

执行人不能清偿所有债权的事实和理由，并附有执行依据。

参与分配申请应当在执行程序开始后，被执行人的财产被清偿前提出。

299．被执行人为公民或者其他组织，在有其他已经取得执行依据的债权人申请参与分配的执行中，被执行人的财产参照民事诉讼法第二百零四条规定的顺序清偿，不足清偿同一顺序的，按照比例分配。清偿后的剩余债务，被执行人应当继续清偿。债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时请求人民法院执行。

300．被执行人不能清偿债务，但对第三人享有到期债权的，人民法院可依申请执行人的申请，通知该第三人向申请执行人履行债务。该第三人对债务没有异议但又在通知指定的期限内不履行的，人民法院可以强制执行。

301．经申请执行人和被执行人同意，可以不经拍卖、变卖，直接将被执行人的财产作价交申请执行人抵偿债务，对剩余债务，被执行人应当继续清偿。

302．被执行人的财产无法拍卖或变卖的，经申请执行人同意，人民法院可以将该财产作价后交付申请执行人抵偿债务，或者交付申请执行人管理；申请执行人拒绝接收或管理的，退回被执行人。

303．在人民法院执行完毕后，被执行人或者其他人对已执行的标的有妨害行为的，人民法院应当采取措施，排除妨害，并可以依照民事诉讼法第一百零二条的规定处理。因妨害行为给申请执行人或者其他人造成损失的，受害人可以另行起诉。

十八、涉外民事诉讼程序的特别规定

304．当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件。

305．依照民事诉讼法第三十四条和第二百四十六条规定，属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。但协议选择仲裁裁决的除外。

306．中华人民共和国人民法院和外国法院都有管辖权的案件，一方当事人向外国法院起诉，而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的，人民法院可予受理。判决后，外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的，不予准许；但双方共同参加或者签订的国际条约另有规定的除外。

307．对不在我国领域内居住的被告，经用公告方式送达诉状或传唤，公告期满不应诉，人民法院缺席判决后，仍应将裁判文书依照民事诉讼法第二百四十七条第（七）项的规定公告送达。自公告送达裁判文书满6个月的次日起，经过30日的上诉期当事人没有上诉的，一审判决即发生法律效力。

308．涉外民事诉讼中的外籍当事人，可以委托本国人为诉讼代理人，也可以委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人；外国驻华使、领馆官员，受本国公民的委托，可以以个人名义担任诉讼代理人，但在诉讼中不享有外交特权和豁免权。

309．涉外民事诉讼中，外国驻华使、领馆授权其本馆官员，在作为当事人的本国国民不在我国领域内的情况下，可以以外交代表身份为其本国国民在我国聘请中国律师或中国公民代理民事诉讼。

310．涉外民事诉讼中，经调解双方达成协议，应当制发调解书。当事人要求发给判决书的，可以依协议的内容制作判决书送达当事人。

311．当事人双方分别居住在我国领域内和领域外，对第一审人民法院判决、裁定的上诉期，居住在我国领域内的为民事诉讼法第一百四十七条所规定的期限；居住在我国领域外的为30日。双方的上诉期均已届满没有上诉的，第一审人民法院的判决、裁决即发生法律效力。

312．本意见第145条至第148条、第277条、第278条的规定适用于涉外民事诉讼程序。

313．我国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决，一方当事人不履行，对方当事人向人民法院申请执行的，应依照民事诉讼法第二十八章的有关规定办理。

314．申请人向人民法院申请执行我国涉外仲裁机构裁决，须提出书面申请书，并附裁决书正本。如申请人为外国一方当事人，其申请书须用中文本提出。

315．人民法院强制执行涉外仲裁机构的仲裁裁决时，如被执行人申辩有民事诉讼法第二百六十条第一款规定的情形之一的，在其提供了财产担保后，可以中止执行。人民法院应当对被执行人的申辩进行审查，并根据审查结果裁定不予执行或驳回申辩。

316．涉外经济合同的解除或者终止，不影响合同中仲裁条款的效力。当事人一方因订有仲裁条款的涉外经济合同被解除或者终止，向人民法院起诉的，不予受理。

317．依照民事诉讼法第二百五十八条的规定，我国涉外仲裁机构将当事人的财产保全申请提交人民法院裁定的，人民法院可以进行审查，决定是否进

行保全。裁定采取保全的，应当责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。

318. 当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定的，如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约，也没有互惠关系的，当事人可以向人民法院起诉，由有管辖权的人民法院作出判决，予以执行。

319. 与我国没有司法协助协议又无互惠关系的国家的法院，未通过外交途径，直接请求我国法院司法协助的，我国法院应予退回，并说明理由。

320. 当事人在我国领域外使用人民法院的判决书、裁定书，要求我国人民法院证明其法律效力的，以及外国法院要求我国人民法院证明判决书、裁定书的法律效力的，我国作出判决、裁定的人民法院，可以本法院的名义出具证明。

二、中华人民共和国刑事诉讼法

（1979年7月1日第五届全国人民代表大会
第二次会议通过根据1996年3月17日第八届
全国人民代表大会第四次会议《关于修改
〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》修正）

目　录

第五节　搜查
第六节　扣押物证、书证
第七节　鉴定
第八节　通缉
第九节　侦查终结
第十节　人民检察院对直接受理的案件的侦查
第三章　提起公诉

第三编　审　　判

第一章　审判组织
第二章　第一审程序
第一节　公诉案件
第二节　自诉案件
第三节　简易程序
第三章　第二审程序
第四章　死刑复核程序
第五章　审判监督程序

第四编　执　　行

附则

第一编　总　　则

第一章　任务和基本原则

第一条　为了保证刑法的正确实施，惩罚犯罪，保护人民，保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序，根据宪法，制定本法。

第二条　中华人民共和国刑事诉讼法的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争，以维护社会主义法制，保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。

第三条　对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审，由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。

人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。

第四条　国家安全机关依照法律规定，办理危害国家安全的刑事案件，行使与公安机关相同的职权。

第五条　人民法院依照法律规定独立行使审判权，人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

第六条　人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须依靠群众，必须以事实为根据，以法律为准绳。对于一切公民，在适用法律上一律平等，在法律面前，不允许有任何特权。

第七条　人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。

第八条　人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督。

第九条　各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院、

人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。

在少数民族聚居或者多民族杂居的地区，应当用当地通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件。

第十条 人民法院审判案件，实行两审终审制。

第十一条 人民法院审判案件，除本法另有规定的以外，一律公开进行。被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。

第十二条 未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。

第十三条 人民法院审判案件，依照本法实行人民陪审员陪审的制度。

第十四条 人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。

对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。

诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。

第十五条 有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪：

（一）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；

（二）犯罪已过追诉时效期限的；

（三）经过赦令免除刑罚的；

（四）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；

（五）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；

（六)）其他法律规定免予追究刑事责任的。

第十六条 对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用本法的规定。

对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。

第十七条 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。

第二章　管　　辖

第十八条 刑事案件的侦查由公安机关进行，法律另有规定的除外。

贪污贿赂犯罪，国家工作人员的渎职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人民检察院决定，可以由人民检察院立案侦查。

自诉案件，由人民法院直接受理。

第十九条　基层人民法院管辖第一审普通刑事案件，但是依照本法由上级人民法院管辖的除外。

第二十条　中级人民法院管辖下列第一审刑事案件：

（一）反革命案件、危害国家安全案件；

（二）可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件；

（三）外国人犯罪的刑事案件。

第二十一条　高级人民法院管辖的第一审刑事案件，是全省（自治区、直辖市）性的重大刑事案件。

第二十二条　最高人民法院管辖的第一审刑事案件，是全国性的重大刑事案件。

第二十三条　上级人民法院在必要的时候，可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件；下级人民法院认为案情重大、复杂需要由上级人民法院审判的第一审刑事案件，可以请求移送上一级人民法院审判。

第二十四条　刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。

第二十五条　几个同级人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民法院审判。在必要的时候，可以移送主要犯罪地的人民法院审判。

第二十六条　上级人民法院可以指定下级人民法院审判管辖不明的案件，也可以指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判。

第二十七条　专门人民法院案件的管辖另行规定。

第三章　回　避

第二十八条　审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：

（一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；

（二）本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；

（三）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；

（四）与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。

第二十九条 审判人员、检察人员、侦查人员不得接受当事人及其委托的人的请客送礼，不得违反规定会见当事人及其委托的人。

审判人员、检察人员、侦查人员违反前款规定的，应当依法追究法律责任。当事人及其法定代理人有权要求他们回避。

第三十条 审判人员、检察人员、侦查人员的回避，应当分别由院长、检察长、公安机关负责人决定；院长的回避，由本院审判委员会决定；检察长和公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。

对侦查人员的回避作出决定前，侦查人员不能停止对案件的侦查。

对驳回申请回避的决定，当事人及其法定代理人可以申请复议一次。

第三十一条 本法第二十八条、第二十九条、第三十条的规定也适用于书记员、翻译人员和鉴定人。

第四章　辩护与代理

第三十二条 犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护权以外，还可以委托一至二人作为辩护人。下列的人可以被委托为辩护人：

（一）律师；

（二）人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；

（三）犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。

正在被执行刑罚或者依法被剥夺、限制人身自由的人，不得担任辩护人。

第三十三条 公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权随时委托辩护人。自诉案件的被告人有权随时委托辩护人。

人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民法院自受理自诉案件之日起三日以内，应当告知被告人有权委托辩护人。

第三十四条 公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

第三十五条　辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

第三十六条　辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。其他辩护人经人民检察院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料，同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。

辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料，可以同在押的被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料，同在押的被告人会见和通信。

第三十七条　辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。

辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。

第三十八条　辩护律师和其他辩护人，不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。

违反前款规定的，应当依法追究法律责任。

第三十九条　在审判过程中，被告人可以拒绝辩护人继续为他辩护，也可以另行委托辩护人辩护。

第四十条　公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。自诉案件的自诉人及其法定代理人，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。

人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内，应当告知被害人及其法定代理人或者其近亲属、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。

人民法院自受理自诉案件之日起三日以内，应当告知自诉人及其法定代理人、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。

第四十一条　委托诉讼代理人，参照本法第三十二条的规定执行。

第五章　证　　据

第四十二条　证明案件真实情况的一切事实，都是证据。

证据有下列七种：

（一）物证、书证；

（二）证人证言；

（三）被害人陈述；

（四）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；

（五）鉴定结论；

（六）勘验、检查笔录；

（七）视听资料。

以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。

第四十三条　审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。

第四十四条　公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书，必须忠实于事实真象。故意隐瞒事实真象的，应当追究责任。

第四十五条　人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。

对于涉及国家秘密的证据，应当保密。

凡是伪造证据、隐匿证据或者毁灭证据的，无论属于何方，必须受法律追究。

第四十六条　对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。

第四十七条　证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证的时候，应当依法处理。

第四十八条　凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。

生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。

第四十九条 人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。

对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚。

第六章 强制措施

第五十条 人民法院、人民检察院和公安机关根据案件情况，对犯罪嫌疑人、被告人可以拘传、取保候审或者监视居住。

第五十一条 人民法院、人民检察院和公安机关对于有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候审或者监视居住：

（一）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；

（二）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审、监视居住不致发生社会危险性的。

取保候审、监视居住由公安机关执行。

第五十二条 被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属有权申请取保候审。

第五十三条 人民法院、人民检察院和公安机关决定对犯罪嫌疑人、被告人取保候审，应当责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金。

第五十四条 保证人必须符合下列条件：

（一）与本案无牵连；

（二）有能力履行保证义务；

（三）享有政治权利，人身自由未受到限制；

（四）有固定的住处和收入。

第五十五条 保证人应当履行以下义务：

（一）监督被保证人遵守本法第五十六条的规定；

（二）发现被保证人可能发生或者已经发生违反本法第五十六条规定的行为的，应当及时向执行机关报告。

被保证人有违反本法第五十六条规定的行为，保证人未及时报告的，对保证人处以罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五十六条 被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定：

（一）未经执行机关批准不得离开所居住的市、县；

（二）在传讯的时候及时到案；

（三）不得以任何形式干扰证人作证；

（四）不得毁灭、伪造证据或者串供。

被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定，已交纳保证金的，没收保证金，并且区别情形，责令犯罪嫌疑人、被告人具结悔过，重新交纳保证金、提出保证人或者监视居住、予以逮捕。犯罪嫌疑人、被告人在取保候审期间未违反前款规定的，取保候审结束的时候，应当退还保证金。

第五十七条 被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定：

（一）未经执行机关批准不得离开住处，无固定住处的，未经批准不得离开指定的居所；

（二）未经执行机关批准不得会见他人；

（三）在传讯的时候及时到案；

（四）不得以任何形式干扰证人作证；

（五）不得毁灭、伪造证据或者串供。

被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反前款规定，情节严重的，予以逮捕。

第五十八条 人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人取保候审最长不得超过十二个月，监视居住最长不得超过六个月。

在取保候审、监视居住期间，不得中断对案件的侦查、起诉和审理。对于发现不应当追究刑事责任或者取保候审、监视居住期限届满的，应当及时解除取保候审、监视居住。解除取保候审、监视居住，应当及时通知被取保候审、监视居住人和有关单位。

第五十九条 逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必须经过人民检察院批准或者人民法院决定，由公安机关执行。

第六十条 对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕。

对应当逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，如果患有严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，可以采用取保候审或者监视居住的办法。

第六十一条 公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：

（一）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；

（二）被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；

（三）在身边或者住处发现有犯罪证据的；

（四）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；

（五）有毁灭、伪造证据或者串供可能的；

（六）不讲真实姓名、住址，身份不明的；

（七）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

第六十二条　公安机关在异地执行拘留、逮捕的时候，应当通知被拘留、逮捕人所在地的公安机关，被拘留、逮捕人所在地的公安机关应当予以配合。

第六十三条　对于有下列情形的人，任何公民都可以立即扭送公安机关、人民检察院或者人民法院处理：

（一）正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；

（二）通缉在案的；

（三）越狱逃跑的；

（四）正在被追捕的。

第六十四条　公安机关拘留人的时候，必须出示拘留证。

拘留后，除有碍侦查或者无法通知的情形以外，应当把拘留的原因和羁押的处所，在二十四小时以内，通知被拘留人的家属或者他的所在单位。

第六十五条　公安机关对于被拘留的人，应当在拘留后的二十四小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候，必须立即释放，发给释放证明。对需要逮捕而证据还不充足的，可以取保候审或者监视居住。

第六十六条　公安机关要求逮捕犯罪嫌疑人的时候，应当写出提请批准逮捕书，连同案卷材料、证据，一并移送同级人民检察院审查批准。必要的时候，人民检察院可以派人参加公安机关对于重大案件的讨论。

第六十七条　人民检察院审查批准逮捕犯罪嫌疑人由检察长决定。重大案件应当提交检察委员会讨论决定。

第六十八条　人民检察院对于公安机关提请批准逮捕的案件进行审查后，应当根据情况分别作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。对于批准逮捕的决定，公安机关应当立即执行，并且将执行情况及时通知人民检察院。对于不批准逮捕的，人民检察院应当说明理由，需要补充侦查的，应当同时通知公安机关。

第六十九条　公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的三日以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，提请审查批准的时间可

以延长一日至四日。

对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至三十日。

人民检察院应当自接到公安机关提请批准逮捕书后的七日以内，作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。人民检察院不批准逮捕的，公安机关应当在接到通知后立即释放，并且将执行情况及时通知人民检察院。对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。

第七十条 公安机关对人民检察院不批准逮捕的决定，认为有错误的时候，可以要求复议，但是必须将被拘留的人立即释放。如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。上级人民检察院应当立即复核，作出是否变更的决定，通知下级人民检察院和公安机关执行。

第七十一条 公安机关逮捕人的时候，必须出示逮捕证。

逮捕后，除有碍侦查或者无法通知的情形以外，应当把逮捕的原因和羁押的处所，在二十四小时以内通知被逮捕人的家属或者他的所在单位。

第七十二条 人民法院、人民检察院对于各自决定逮捕的人，公安机关对于经人民检察院批准逮捕的人，都必须在逮捕后的二十四小时以内进行讯问。在发现不应当逮捕的时候，必须立即释放，发给释放证明。

第七十三条 人民法院、人民检察院和公安机关如果发现对犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施不当的，应当及时撤销或者变更。公安机关释放被逮捕的人或者变更逮捕措施的，应当通知原批准的人民检察院。

第七十四条 犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件，不能在本法规定的侦查羁押、审查起诉、一审、二审期限内办结，需要继续查证、审理的，对犯罪嫌疑人、被告人可以取保候审或者监视居住。

第七十五条 犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人、被告人委托的律师及其他辩护人对于人民法院、人民检察院或者公安机关采取强制措施超过法定期限的，有权要求解除强制措施。人民法院、人民检察院或者公安机关对于被采取强制措施超过法定期限的犯罪嫌疑人、被告人应当予以释放、解除取保候审、监视居住或者依法变更强制措施。

第七十六条 人民检察院在审查批准逮捕工作中，如果发现公安机关的侦查活动有违法情况，应当通知公安机关予以纠正，公安机关应当将纠正情况通知人民检察院。

第七章　附带民事诉讼

第七十七条　被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。

如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼。

人民法院在必要的时候，可以查封或者扣押被告人的财产。

第七十八条　附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，只有为了防止刑事案件审判的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。

第八章　期间、送达

第七十九条　期间以时、日、月计算。

期间开始的时和日不算在期间以内。

法定期间不包括路途上的时间。上诉状或者其他文件在期满前已经交邮的，不算过期。

第八十条　当事人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误期限的，在障碍消除后五日以内，可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动。

前款申请是否准许，由人民法院裁定。

第八十一条　送达传票、通知书和其他诉讼文件应当交给收件人本人；如果本人不在，可以交给他的成年家属或者所在单位的负责人员代收。

收件人本人或者代收人拒绝接收或者拒绝签名、盖章的时候，送达人可以邀请他的邻居或者其他见证人到场，说明情况，把文件留在他的住处，在送达证上记明拒绝的事由、送达的日期，由送达人签名，即认为已经送达。

第九章　其他规定

第八十二条　本法下列用语的含意是：

（一）“侦查”是指公安机关、人员检察院在办理案件过程中，依照法律进行的专门调查工作和有关强制性措施；

（二）“当事人”是指被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人；

（三）“法定代理人”是指被代理人的父母、养父母、监护人和负有保护责任的机关、团体的代表；

（四）“诉讼参与人”是指当事人、法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员；

（五）“诉讼代理人”是指公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属、自诉案件的自诉人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人和附带民事诉讼的当事人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人；

（六）“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹。

第二编　立案、侦查和提起公诉

第一章　立　　案

第八十三条　公安机关或者人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人，应当按照管辖范围，立案侦查。

第八十四条　任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。

被害人对侵犯其人身、财产权利的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者控告。

公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、控告、举报，都应当接

受。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理，并且通知报案人、控告人、举报人；对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。

犯罪人向公安机关、人民检察院或者人民法院自首的，适用第三款规定。

第八十五条　报案、控告、举报可以用书面或者口头提出。接受口头报案、控告、举报的工作人员，应当写成笔录，经宣读无误后，由报案人、控告人、举报人签名或者盖章。

接受控告、举报的工作人员，应当向控告人、举报人说明诬告应负的法律责任。但是，只要不是捏造事实，伪造证据，即使控告、举报的事实有出入，甚至是错告的，也要和诬告严格加以区别。

公安机关、人民检察院或者人民法院应当保障报案人、控告人、举报人及其近亲属的安全。报案人、控告人、举报人如果不愿公开自己的姓名和报案、控告、举报的行为，应当为他保守秘密。

第八十六条　人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。

第八十七条　人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。

第八十八条　对于自诉案件，被害人有权向人民法院直接起诉。被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权向人民法院起诉。人民法院应当依法受理。

第二章 侦 查

第一节 一般规定

第八十九条 公安机关对已经立案的刑事案件，应当进行侦查，收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。对现行犯或者重大嫌疑分子可以依法先行拘留，对符合逮捕条件的犯罪嫌疑人，应当依法逮捕。

第九十条 公安机关经过侦查，对有证据证明有犯罪事实的案件，应当进行预审，对收集、调取的证据材料予以核实。

第二节 讯问犯罪嫌疑人

第九十一条 讯问犯罪嫌疑人必须由人民检察院或者公安机关的侦查人员负责进行。讯问的时候，侦查人员不得少于二人。

第九十二条 对于不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问，但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。

传唤、拘传持续的时间最长不得超过十二小时。不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。

第九十三条 侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为，让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解，然后向他提出问题。犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。但是对与本案无关的问题，有拒绝回答的权利。

第九十四条 讯问聋、哑的犯罪嫌疑人，应当有通晓聋、哑手势的人参加，并且将这种情况记明笔录。

第九十五条 讯问笔录应当交犯罪嫌疑人核对，对于没有阅读能力的，应当向他宣读。如果记载有遗漏或者差错，犯罪嫌疑人可以提出补充或者改正。犯罪嫌疑人承认笔录没有错误后，应当签名或者盖章。侦查人员也应当在笔录上签名。犯罪嫌疑人请求自行书写供述的，应当准许。必要的时候，侦查人员也可以要犯罪嫌疑人亲笔书写供词。

第九十六条 犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之

日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审。涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘请律师，应当经侦查机关批准。

受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。

第三节　询问证人

第九十七条　侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行，但是必须出示人民检察院或者公安机关的证明文件。在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。

询问证人应当个别进行。

第九十八条　询问证人，应当告知他应当如实地提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。

询问不满十八岁的证人，可以通知其法定代理人到场。

第九十九条　本法第九十五条的规定，也适用于询问证人。

第一百条　询问被害人，适用本节各条规定。

第四节　勘验、检查

第一百零一条　侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体应当进行勘验或者检查。在必要的时候，可以指派或者聘请具有专门知识的人，在侦查人员的主持下进行勘验、检查。

第一百零二条　任何单位和个人，都有义务保护犯罪现场，并且立即通知公安机关派员勘验。

第一百零三条　侦查人员执行勘验、检查，必须持有人民检察院或者公安机关的证明文件。

第一百零四条　对于死因不明的尸体，公安机关有权决定解剖，并且通知死者家属到场。

第一百零五条　为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些物证、伤害情况或者生理状态，可以对人身进行检查。

犯罪嫌疑人如果拒绝检查，侦查人员认为必要的时候，可以强制检查。

检查妇女的身体，应当由女工作人员或者医师进行。

第一百零六条 勘验、检查的情况应当写成笔录，由参加勘验、检查的人和见证人签名或者盖章。

第一百零七条 人民检察院审查案件的时候，对公安机关的勘验、检查，认为需要复验、复查时，可以要求公安机关复验、复查，并且可以派检察人员参加。

第一百零八条 为了查明案情，在必要的时候，经公安局长批准，可以进行侦查实验。

侦查实验，禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。

第五节 搜　　查

第一百零九条 为了收集犯罪证据、查获犯罪人，侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查。

第一百一十条 任何单位和个人，有义务按照人民检察院和公安机关的要求，交出可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料。

第一百一十一条 进行搜查，必须向被搜查人出示搜查证。

在执行逮捕、拘留的时候，遇有紧急情况，不另用搜查证也可以进行搜查。

第一百一十二条 在搜查的时候，应当有被搜查人或者他的家属，邻居或者其他见证人在场。

搜查妇女的身体，应当由女工作人员进行。

第一百一十三条 搜查的情况应当写成笔录，由侦查人员和被搜查人或者他的家属，邻居或者其他见证人签名或者盖章。如果被搜查人或者他的家属在逃或者拒绝签名、盖章，应当在笔录上注明。

第六节 扣押物证、书证

第一百一十四条 在勘验、搜查中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种物品和文件，应当扣押；与案件无关的物品、文件，不得扣押。

对于扣押的物品、文件，要妥善保管或者封存，不得使用或者损毁。

第一百一十五条　对于扣押的物品和文件，应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚，当场开列清单一式二份，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。

第一百一十六条　侦查人员认为需要扣押犯罪嫌疑人的邮件、电报的时候，经公安机关或者人民检察院批准，即可通知邮电机关将有关的邮件、电报检交扣押。

不需要继续扣押的时候，应即通知邮电机关。

第一百一十七条　人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。

犯罪嫌疑人的存款、汇款已被冻结的，不得重复冻结。

第一百一十八条　对于扣押的物品、文件、邮件、电报或者冻结的存款、汇款，经查明确实与案件无关的，应当在三日以内解除扣押、冻结，退还原主或者原邮电机关。

第七节　鉴　　定

第一百一十九条　为了查明案情，需要解决案件中某些专门性问题的时候，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。

第一百二十条　鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且签名。

对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且由鉴定人签名，医院加盖公章。

鉴定人故意作虚假鉴定的，应当承担法律责任。

第一百二十一条　侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。

第一百二十二条　对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。

第八节　通　　缉

第一百二十三条　应当逮捕的犯罪嫌疑人如果在逃，公安机关可以发布通缉令，采取有效措施，追捕归案。

各级公安机关在自己管辖的地区以内，可以直接发布通缉令；超出自己管辖的地区，应当报请有权决定的上级机关发布。

第九节　侦查终结

第一百二十四条　对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过二个月。案情复杂、期限届满不能终结的案件，可以经上一级人民检察院批准延长一个月。

第一百二十五条　因为特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大复杂的案件，由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理。

第一百二十六条　下列案件在本法第一百二十四条规定的期限届满不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以延长二个月：

（一）交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；

（二）重大的犯罪集团案件；

（三）流窜作案的重大复杂案件；

（四）犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件。

第一百二十七条　对犯罪嫌疑人可能判处十年有期徒刑以上刑罚，依照本法第一百二十六条规定延长期限届满，仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以再延长二个月。

第一百二十八条　在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自发现之日起依照本法第一百二十四条的规定重新计算侦查羁押期限。

犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，侦查羁押期限自查清其身份之日起计算，但是不得停止对其犯罪行为的侦查取证。对于犯罪事实清楚，证据确实、充分的，也可以按其自报的姓名移送人民检察院审查起诉。

第一百二十九条　公安机关侦查终结的案件，应当做到犯罪事实清楚，证据确实、充分，并且写出起诉意见书，连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定。

第一百三十条　在侦查过程中，发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的，应当撤销案件；犯罪嫌疑人已被逮捕的，应当立即释放，发给释放证明，并且通知原批准逮捕的人民检察院。

第十节　人民检察院对直接受理的案件的侦查

第一百三十一条　人民检察院对直接受理的案件的侦查适用本章规定。

第一百三十二条　人民检察院直接受理的案件中符合本法第六十条、第六十一条第四项、第五项规定情形，需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的，由人民检察院作出决定，由公安机关执行。

第一百三十三条　人民检察院对直接受理的案件中被拘留的人，应当在拘留后的二十四小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候，必须立即释放，发给释放证明。对需要逮捕而证据还不充足的，可以取保候审或者监视居住。

第一百三十四条　人民检察院对直接受理的案件中被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在十日以内作出决定。在特殊情况下，决定逮捕的时间可以延长一日至四日。对不需要逮捕的，应当立即释放；对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。

第一百三十五条　人民检察院侦查终结的案件，应当作出提起公诉、不起诉或者撤销案件的决定。

第三章　提起公诉

第一百三十六条　凡需要提起公诉的案件，一律由人民检察院审查决定。

第一百三十七条　人民检察院审查案件的时候，必须查明：

（一）犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪性质和罪名的认定是否正确；

（二）有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人；

（三）是否属于不应追究刑事责任的；

（四）有无附带民事诉讼；

（五）侦查活动是否合法。

第一百三十八条　人民检察院对于公安机关移送起诉的案件，应当在一个月以内作出决定，重大、复杂的案件，可以延长半个月。

人民检察院审查起诉的案件，改变管辖的，从改变后的人民检察院收到案件之日起计算审查起诉期限。

第一百三十九条　人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人，听取被害

人或者犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。

第一百四十条 人民检察院审查案件，可以要求公安机关提供法庭审判所必需的证据材料。

人民检察院审查案件，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。

对于补充侦查的案件，应当在一个月以内补充侦查完毕。补充侦查以二次为限。补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限。

对于补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出不起诉的决定。

第一百四十一条 人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉。

第一百四十二条 犯罪嫌疑人有本法第十五条规定的情形之一的，人民检察院应当作出不起诉决定。

对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。

人民检察院决定不起诉的案件，应当同时对侦查中扣押、冻结的财物解除扣押、冻结。对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将处理结果及时通知人民检察院。

第一百四十三条 不起诉的决定，应当公开宣布，并且将不起诉决定书送达被不起诉人和他的所在单位。如果被不起诉人在押，应当立即释放。

第一百四十四条 对于公安机关移送起诉的案件，人民检察院决定不起诉的，应当将不起诉决定书送达公安机关。公安机关认为不起诉的决定有错误的时候，可以要求复议，如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。

第一百四十五条 对于有被害人的案件，决定不起诉的，人民检察院应当将不起诉决定书送达被害人。被害人如果不服，可以自收到决定书后七日以内向上一级人民检察院申诉，请求提起公诉。人民检察院应当将复查决定告知被害人。对人民检察院维持不起诉决定的，被害人可以向人民法院起诉。被害人也可以不经申诉，直接向人民法院起诉。人民法院受理案件后，人民检察院应当将有关案件材料移送人民法院。

第一百四十六条 对于人民检察院依照本法第一百四十二条第二款规定作

出的不起诉决定，被不起诉的人如果不服，可以自收到决定书后七日以内向人民检察院申诉。人民检察院应当作出复查决定，通知被不起诉的人，同时抄送公安机关。

第三编　审　判

第一章　审判组织

第一百四十七条　基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行，但是基层人民法院适用简易程序的案件可以由审判员一人独任审判。

高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行。

人民陪审员在人民法院执行职务，同审判员有同等的权利。

人民法院审判上诉和抗诉案件，由审判员三人至五人组成合议庭进行。

合议庭的成员人数应当是单数。

合议庭由院长或者庭长指定审判员一人担任审判长。院长或者庭长参加审判案件的时候，自己担任审判长。

第一百四十八条　合议庭进行评议的时候，如果意见分歧，应当按多数人的意见作出决定，但是少数人的意见应当写入笔录。评议笔录由合议庭的组成人员签名。

第一百四十九条　合议庭开庭审理并且评议后，应当作出判决。对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定，合议庭应当执行。

第二章　第一审程序

第一节　公诉案件

第一百五十条　人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。

第一百五十一条　人民法院决定开庭审判后，应当进行下列工作：

（一）确定合议庭的组成人员；

（二）将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭十日以前送达被告人。对于被告人未委托辩护人的，告知被告人可以委托辩护人，或者在必要的时候指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；

（三）将开庭的时间、地点在开庭三日以前通知人民检察院；

（四）传唤当事人，通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员，传票和通知书至迟在开庭三日以前送达；

（五）公开审判的案件，在开庭三日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

上述活动情形应当写入笔录，由审判人员和书记员签名。

第一百五十二条　人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。

十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。

对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。

第一百五十三条　人民法院审判公诉案件，人民检察院应当派员出席法庭支持公诉，但是依照本法第一百七十五条的规定适用简易程序的，人民检察院可以不派员出席法庭。

第一百五十四条　开庭的时候，审判长查明当事人是否到庭，宣布案由；宣布合议庭的组成人员、书记员、公诉人、辩护人、诉讼代理人、鉴定人和翻译人员的名单；告知当事人有权对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员申请回避；告知被告人享有辩护权利。

第一百五十五条　公诉人在法庭上宣读起诉书后，被告人、被害人可以就

起诉书指控的犯罪进行陈述，公诉人可以讯问被告人。

被害人、附带民事诉讼的原告人和辩护人、诉讼代理人，经审判长许可，可以向被告人发问。

审判人员可以讯问被告人。

第一百五十六条　证人作证，审判人员应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可，可以对证人、鉴定人发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候，应当制止。

审判人员可以询问证人、鉴定人。

第一百五十七条　公诉人、辩护人应当向法庭出示物证，让当事人辨认，对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。

第一百五十八条　法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。

人民法院调查核实证据，可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。

第一百五十九条　法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。

法庭对于上述申请，应当作出是否同意的决定。

第一百六十条　经审判长许可，公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。审判长在宣布辩论终结后，被告人有最后陈述的权利。

第一百六十一条　在法庭审判过程中，如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序，审判长应当警告制止。对不听制止的，可以强行带出法庭；情节严重的，处以一千元以下的罚款或者十五日以下的拘留。罚款、拘留必须经院长批准。被处罚人对罚款、拘留的决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。复议期间不停止执行。

对聚众哄闹、冲击法庭或者侮辱、诽谤、威胁、殴打司法工作人员或者诉讼参与人，严重扰乱法庭秩序，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第一百六十二条　在被告人最后陈述后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议，根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定，分别作出以下判决：

（一）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应

当作出有罪判决；

（二）依据法律认定被告人无罪的，应当作出无罪判决；

（三）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

第一百六十三条 宣告判决，一律公开进行。

当庭宣告判决的，应当在五日以内将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院；定期宣告判决的，应当在宣告后立即将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院。

第一百六十四条 判决书应当由合议庭的组成人员和书记员署名，并且写明上诉的期限和上诉的法院。

第一百六十五条 在法庭审判过程中，遇有下列情形之一，影响审判进行的，可以延期审理：

（一）需要通知新的证人到庭，调取新的物证，重新鉴定或者勘验的；

（二）检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出建议的；

（三）由于当事人申请回避而不能进行审判的。

第一百六十六条 依照本法第一百六十五条第二项的规定延期审理的案件，人民检察院应当在一个月以内补充侦查完毕。

第一百六十七条 法庭审判的全部活动，应当由书记员写成笔录，经审判长审阅后，由审判长和书记员签名。

法庭笔录中的证人证言部分，应当当庭宣读或者交给证人阅读。证人在承认没有错误后，应当签名或者盖章。

法庭笔录应当交给当事人阅读或者向他宣读。当事人认为记载有遗漏或者差错的，可以请求补充或者改正。当事人承认没有错误的，应当签名或者盖章。

第一百六十八条 人民法院审理公诉案件，应当在受理后一个月以内宣判，至迟不得超过一个半月。有本法第一百二十六条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长一个月。

人民法院改变管辖的案件，从改变后的人民法院收到案件之日起计算审理期限。

人民检察院补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民法院后，人民法院重新计算审理期限。

第一百六十九条 人民检察院发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序，有权向人民法院提出纠正意见。

第二节　自诉案件

第一百七十条　自诉案件包括下列案件：

（一）告诉才处理的案件；

（二）被害人有证据证明的轻微刑事案件；

（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。

第一百七十一条　人民法院对于自诉案件进行审查后，按照下列情形分别处理：

（一）犯罪事实清楚，有足够证据的案件，应当开庭审判；

（二）缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回。

自诉人经两次依法传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，按撤诉处理。

法庭审理过程中，审判人员对证据有疑问，需要调查核实的，适用本法第一百五十八条的规定。

第一百七十二条　人民法院对自诉案件，可以进行调解；自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉。本法第一百七十条第三项规定的案件不适用调解。

第一百七十三条　自诉案件的被告人在诉讼过程中，可以对自诉人提起反诉。反诉适用自诉的规定。

第三节　简易程序

第一百七十四条　人民法院对于下列案件，可以适用简易程序，由审判员一人独任审判：

（一）对依法可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，事实清楚、证据充分，人民检察院建议或者同意适用简易程序的；

（二）告诉才处理的案件；

（三）被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件。

第一百七十五条　适用简易程序审理公诉案件，人民检察院可以不派员出

席法庭。被告人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述和辩护。人民检察院派员出席法庭的，经审判人员许可，被告人及其辩护人可以同公诉人互相辩论。

第一百七十六条 适用简易程序审理自诉案件，宣读起诉书后，经审判人员许可，被告人及其辩护人可以同自诉人及其诉讼代理人互相辩论。

第一百七十七条 适用简易程序审理案件，不受本章第一节关于讯问被告人、询问证人、鉴定人、出示证据、法庭辩论程序规定的限制。但在判决宣告前应当听取被告人的最后陈述意见。

第一百七十八条 适用简易程序审理案件，人民法院应当在受理后二十日以内审结。

第一百七十九条 人民法院在审理过程中，发现不宜适用简易程序的，应当按照本章第一节或者第二节的规定重新审理。

第三章 第二审程序

第一百八十条 被告人、自诉人和他们的法定代理人，不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉。被告人的辩护人和近亲属，经被告人同意，可以提出上诉。

附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，可以对地方各级人民法院第一审的判决、裁定中的附带民事诉讼部分，提出上诉。

对被告人的上诉权，不得以任何借口加以剥夺。

第一百八十一条 地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉。

第一百八十二条 被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决的，自收到判决书后五日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后五日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人。

第一百八十三条 不服判决的上诉和抗诉的期限为十日，不服裁定的上诉和抗诉的期限为五日，从接到判决书、裁定书的第二日起算。

第一百八十四条 被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人通过原审人民法院提出上诉的，原审人民法院应当在三日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。

被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在三日以内将上诉状交原审人民法院送交同级人民检察院和对方当事人。

第一百八十五条 地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉，应当通过原审人民法院提出抗诉书，并且将抗诉书抄送上一级人民检察院。原审人民法院应当将抗诉书连同案卷、证据移送上一级人民法院，并且将抗诉书副本送交当事人。

上级人民检察院如果认为抗诉不当，可以向同级人民法院撤回抗诉，并且通知下级人民检察院。

第一百八十六条 第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。

共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的，应当对全案进行审查，一并处理。

第一百八十七条 第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。合议庭经过阅卷，讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，对事实清楚的，可以不开庭审理。对人民检察院抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭审理。

第二审人民法院开庭审理上诉、抗诉案件，可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

第一百八十八条 人民检察院提出抗诉的案件或者第二审人民法院开庭审理的公诉案件，同级人民检察院都应当派员出庭。第二审人民法院必须在开庭十日以前通知人民检察院查阅案卷。

第一百八十九条 第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：

（一）原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判；

（二）原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；

（三）原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

第一百九十条 第二审人民法院审判被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件，不得加重被告人的刑罚。

人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的，不受前款规定的限制。

第一百九十一条 第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：

（一）违反本法有关公开审判的规定的；

（二）违反回避制度的；

（三）剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；

（四）审判组织的组成不合法的；

（五）其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。

第一百九十二条 原审人民法院对于发回重新审判的案件，应当另行组成合议庭，依照第一审程序进行审判。对于重新审判后的判决，依照本法第一百八十条、第一百八十一条、第一百八十二条的规定可以上诉、抗诉。

第一百九十三条 第二审人民法院对不服第一审裁定的上诉或者抗诉，经过审查后，应当参照本法第一百八十九条、第一百九十一条和第一百九十二条的规定，分别情形用裁定驳回上诉、抗诉，或者撤销、变更原裁定。

第一百九十四条 第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件，原审人民法院从收到发回的案件之日起，重新计算审理期限。

第一百九十五条 第二审人民法院审判上诉或者抗诉案件的程序，除本章已有规定的以外，参照第一审程序的规定进行。

第一百九十六条 第二审人民法院受理上诉、抗诉案件，应当在一个月以内审结，至迟不得超过一个半月。有本法第一百二十六条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长一个月，但是最高人民法院受理的上诉、抗诉案件，由最高人民法院决定。

第一百九十七条 第二审的判决、裁定和最高人民法院的判决、裁定，都是终审的判决、裁定。

第一百九十八条 公安机关、人民检察院和人民法院对于扣押、冻结犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。对被害人的合法财产，应当及时返还。对违禁品或者不宜长期保存的物品，应当依照国家有关规定处理。

对作为证据使用的实物应当随案移送，对不宜移送的，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送。

人民法院作出的判决生效以后，对被扣押、冻结的赃款赃物及其孳息，除依法返还被害人的以外，一律没收，上缴国库。

司法工作人员贪污、挪用或者私自处理被扣押、冻结的赃款赃物及其孳息

的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予处分。

第四章　死刑复核程序

第一百九十九条　死刑由最高人民法院核准。

第二百条　中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉的，应当由高级人民法院复核后，报请最高人民法院核准。高级人民法院不同意判处死刑的，可以提审或者发回重新审判。

高级人民法院判处死刑的第一审案件被告人不上诉的，和判处死刑的第二审案件，都应当报请最高人民法院核准。

第二百零一条　中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件，由高级人民法院核准。

第二百零二条　最高人民法院复核死刑案件，高级人民法院复核死刑缓期执行的案件，应当由审判员三人组成合议庭进行。

第五章　审判监督程序

第二百零三条　当事人及其法定代理人、近亲属，对已经发生法律效力的判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉，但是不能停止判决、裁定的执行。

第二百零四条　当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：

（一）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；

（二）据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；

（三）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（四）审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

第二百零五条　各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实上或者在适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。

最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权提审或者指令下级人民法院再审。

最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。

人民检察院抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新审理，对于原判决事实不清楚或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审。

第二百零六条 人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

第二百零七条 人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当在作出提审、再审决定之日起三个月以内审结，需要延长期限的，不得超过六个月。

接受抗诉的人民法院按照审判监督程序审判抗诉的案件，审理期限适用前款规定；对需要指令下级人民法院再审的，应当自接受抗诉之日起一个月以内作出决定，下级人民法院审理案件的期限适用前款规定。

第四编 执　　行

第二百零八条 判决和裁定在发生法律效力后执行。

下列判决和裁定是发生法律效力的判决和裁定：

（一）已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定；

（二）终审的判决和裁定；

（三）最高人民法院核准的死刑的判决和高级人民法院核准的死刑缓期二年执行的判决。

第二百零九条 第一审人民法院判决被告人的无罪、免除刑事处罚的，如果被告人在押，在宣判后应当立即释放。

第二百一十条 最高人民法院判处和核准的死刑立即执行的判决，应当由

最高人民法院院长签发执行死刑的命令。

被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，死刑缓期执行期满，应当予以减刑，由执行机关提出书面意见，报请高级人民法院裁定；如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

第二百一十一条　下级人民法院接到最高人民法院执行死刑的命令后，应当在七日以内交付执行。但是发现有下列情形之一的，应当停止执行，并且立即报告最高人民法院，由最高人民法院作出裁定：

（一）在执行前发现判决可能有错误的；

（二）在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；

（三）罪犯正在怀孕。

前款第一项、第二项停止执行的原因消失后，必须报请最高人民法院院长再签发执行死刑的命令才能执行；由于前款第三项原因停止执行的，应当报请最高人民法院依法改判。

第二百一十二条　人民法院在交付执行死刑前，应当通知同级人民检察院派员临场监督。

死刑采用枪决或者注射等方法执行。

死刑可以在刑场或者指定的羁押场所内执行。

指挥执行的审判人员，对罪犯应当验明正身，讯问有无遗言、信札，然后交付执行人员执行死刑。在执行前，如果发现可能有错误，应当暂停执行，报请最高人民法院裁定。

执行死刑应当公布，不应示众。

执行死刑后，在场书记员应当写成笔录。交付执行的人民法院应当将执行死刑情况报告最高人民法院。

执行死刑后，交付执行的人民法院应当通知罪犯家属。

第二百一十三条　罪犯被交付执行刑罚的时候，应当由交付执行的人民法院将有关的法律文书送达监狱或者其他执行机关。

对于被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯，由公安机关依法将该罪犯送交监狱执行刑罚。对于被判处有期徒刑的罪犯，在被交付执行刑罚前，剩余刑期在一年以下的，由看守所代为执行。对于被判处拘役的罪犯，由公安机关执行。

对未成年犯应当在未成年犯管教所执行刑罚。

执行机关应当将罪犯及时收押，并且通知罪犯家属。

判处有期徒刑、拘役的罪犯，执行期满，应当由执行机关发给释放证明书。

第二百一十四条 对于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有下列情形之一的。可以暂予监外执行：

（一）有严重疾病需要保外就医的；

（二）怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女。

对于适用保外就医可能有社会危险性的罪犯，或者自伤自残的罪犯，不得保外就医。

对于罪犯确有严重疾病，必须保外就医的，由省级人民政府指定的医院开具证明文件，依照法律规定的程序审批。

发现被保外就医的罪犯不符合保外就医条件的，或者严重违反有关保外就医的规定的，应当及时收监。

对于被判处有期徒刑、拘役，生活不能自理，适用暂予监外执行不致危害社会的罪犯，可以暂予监外执行。

对于暂予监外执行的罪犯，由居住地公安机关执行，执行机关应当对其严格管理监督，基层组织或者罪犯的原所在单位协助进行监督。

第二百一十五条 批准暂予监外执行的机关应当将批准的决定抄送人民检察院。人民检察院认为暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起一个月以内将书面意见送交批准暂予监外执行的机关，批准暂予监外执行的机关接到人民检察院的书面意见后，应当立即对该决定进行重新核查。

第二百一十六条 暂予监外执行的情形消失后，罪犯刑期未满的，应当及时收监。

罪犯在暂予监外执行期间死亡的，应当及时通知监狱。

第二百一十七条 对于被判处徒刑缓刑的罪犯，由公安机关交所在单位或者基层组织予以考察。

对于被假释的罪犯，在假释考验期限内，由公安机关予以监督。

第二百一十八条 对于被判处管制、剥夺政治权利的罪犯，由公安机关执行。执行期满，应当由执行机关通知本人，并向有关群众公开宣布解除管制或者恢复政治权利。

第二百一十九条 被判处罚金的罪犯，期满不缴纳的，人民法院应当强制缴纳；如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的，可以裁定减少或者免除。

第二百二十条　没收财产的判决，无论附加适用或者独立适用，都由人民法院执行；在必要的时候，可以会同公安机关执行。

第二百二十一条　罪犯在服刑期间又犯罪的，或者发现了判决的时候所没有发现的罪行，由执行机关移送人民检察院处理。

被判处管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑的罪犯，在执行期间确有悔改或者立功表现，应当依法予以减刑、假释的时候，由执行机关提出建议书，报请人民法院审核裁定。

第二百二十二条　人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当，应当在收到裁定书副本后二十日以内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院应当在收到纠正意见后一个月以内重新组成合议庭进行审理，作出最终裁定。

第二百二十三条　监狱和其他执行机关在刑罚执行中，如果认为判决有错误或者罪犯提出申诉，应当转请人民检察院或者原判人民法院处理。

第二百二十四条　人民检察院对执行机关执行刑罚的活动是否合法实行监督。如果发现有违法的情况，应当通知执行机关纠正。

附　则

第二百二十五条　军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权。

对罪犯在监狱内犯罪的案件由监狱进行侦查。

军队保卫部门、监狱办理刑事案件，适用本法的有关规定。

附件 1：

最高人民法院　最高人民检察院　公安部国家安全部　司法部　全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定

（1998 年 1 月 19 日）

一、管辖

1. 按照刑事诉讼法对刑事案件管辖的分工的规定，人民检察院管辖“贪污贿赂犯罪，国家工作人员的渎职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪”。对于涉税等案件由公安机关管辖，公安机关应当立案侦查，人民检察院不再受理。任何不符合刑事诉讼法关于案件管辖分工规定的文件一律无效。

对于人民检察院已经立案侦查的依法应由公安机关管辖的涉税等案件，可由人民检察院继续办理完毕，或由人民检察院移交公安机关办理。

2. 刑事诉讼法规定人民检察院管辖“国家工作人员的渎职犯罪”案件，修订后的刑法已将渎职罪的主体修改为国家机关工作人员。根据这一修改，人民检察院管辖的“渎职犯罪”，是指刑法分则第九章规定的渎职罪。另外，刑法分则第四章第二百四十八条规定的监管人员殴打、体罚、虐待被监管人罪，由人民检察院管辖。刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中规定的犯罪由公安机关管辖。

3. 修订后的刑法已将贪污贿赂罪明确在分则第八章中作了规定，根据这一修改，人民检察院管辖“贪污贿赂犯罪”案件，是指修订后刑法分则第八章规定的贪污贿赂罪的和其他章节中明确规定按照刑法分则第八章贪污贿赂罪的规定定罪处罚的犯罪。第一百六十三条第一款、第二款、第一百八十四条第一款和第一百六十四条规定的犯罪由公安机关管辖。

4. 刑事诉讼法第一百七十条第二项规定由人民法院直接受理的“被害人

有证据证明的轻微刑事案件”是指下列被害人有证据证明的刑事案件：

（一）故意伤害案（轻伤）；

（二）重婚罪；

（三）遗弃案；

（四）妨害通信自由案；

（五）非法侵入他人住宅案；

（六）生产、销售伪劣商品案件（严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

（七）侵犯知识产权案件（严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

（八）属于刑法分则第四章、第五章规定的，对被告人可以判处三年有期徒刑以下刑罚的其他轻微刑事案件。

上述所列八项案件中，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理，对于其中证据不足、可由公安机关受理的，应当移送公安机关立案侦查。被害人向公安机关控告的，公安机关应当受理。

伪证罪、拒不执行判决裁定罪由公安机关立案侦查。

5. 修改后的刑事诉讼法删除了原来关于“上级人民法院在必要的时候，可以把自己管辖的第一审刑事案件交由下级人民法院审判”的内容。根据这一修改，对于第一审刑事案件，依法应当由上级人民法院管辖的，不能再指定下级人民法院管辖。

6. 公安机关侦查刑事案件涉及人民检察院管辖的贪污贿赂案件时，应当将贪污贿赂案件移送人民检察院；人民检察院侦查贪污贿赂案件涉及公安机关管辖的刑事案件，应当将属于公安机关管辖的刑事案件移送公安机关。在上述情况中，如果涉嫌主罪属于公安机关管辖，由公安机关为主侦查，人民检察院予以配合；如果涉嫌主罪属于人民检察院管辖，由人民检察院为主侦查，公安机关予以配合。

二、立案

7. 刑事诉讼法第八十七条规定：“人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。”根据上述规定，公安机关在收到人民检察院《要求说明不立案理由通知书》后七日内应当将说明情况书面答复人民检察院。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立，发出《通知立案书》

时，应当将有关证明应该立案的材料同时移送公安机关。公安机关在收到《通知立案书》后，应当在十五日内决定立案，并将立案决定书送达人民检察院。

三、回避

8. 刑事诉讼法第三十条和第三十一条规定，书记员、翻译人员和鉴定人员的回避，由人民法院院长决定。根据这一规定，上述人员的回避不能由审判长决定。

四、律师参加刑事诉讼

9. 刑事诉讼法第九十六条规定的"涉及国家秘密的案件"，是指案情或者案件性质涉及国家秘密的文件，不能因刑事案件侦查过程中的有关材料和处理意见需保守秘密而作为涉及国家秘密的案件。

10. 依照刑事诉讼法第九十六规定，在侦查阶段犯罪嫌疑人聘请律师的，可以自己聘请，也可以由其亲属代为聘请。在押的犯罪嫌疑人提出聘请律师的，看守机关应当及时将其请求转达办理案件的有关侦查机关，侦查机关应当及时向其所委托的人员或者所在的律师事务所转达该项请求。犯罪嫌疑人仅有聘请律师的要求，但提不出具体对象的，侦查机关应当及时通知当地律师协会或者司法行政机关为其推荐律师。

11. 刑事诉讼法第九十六条规定，涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。对于不涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人不需要经过批准。不能以侦查过程需要保密作为涉及国家秘密的案件不予批准。律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在四十八小时内安排会见，对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪、组织、领导、参加恐怖活动组织罪或者走私犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪等重大复杂的两人以上的共同犯罪案件，律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在五日内安排会见。

12. 刑事诉讼法第九十六条规定，在侦查阶段，律师会见在押的犯罪嫌疑人，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。审查起诉阶段和审判阶段，案件已经侦查终结，辩护律师和其他辩护人会见在押的犯罪嫌疑人、被告人时，人民检察院、人民法院不派员在场。

13. 在审判阶段，辩护律师和其他辩护人依照刑事诉讼法第三十六条规定的程序可以到人民法院查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料，同被告人会见、通信。辩护律师还可以依照刑事诉讼法第三十七条的规定向证人或者其他有关单位和个人收集与本案有关的材料，申请人民检察院、人民法院收

集、调取证据，申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院、人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。

在法庭审理过程中，辩护律师在提供被告人无罪或者罪轻的证据时，认为在侦查、审查起诉过程中侦查机关、人民检察院收集的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料需要在法庭上出示的，可以申请人民法院向人民检察院调取该证据材料，并可以到人民法院查阅、摘抄、复制该证据材料。

14. 对于律师查阅、摘抄、复制案件的诉讼文书、技术性鉴定材料和本案所指控的犯罪事实的材料，只能收取复制材料所必要的工本费用，不得收取各种其他名目的费用。工本费收取的标准应当全国统一，由最高人民法院、最高人民检察院报国家价格主管部门核定。

15. 刑事诉讼法第三十七条规定："辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。"对于辩护律师申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，人民检察院、人民法院认为需要调查取证的，应当由人民检察院、人民法院收集、调取证据，不应当向律师签发准许调查决定书，让律师收集、调取证据。

16. 刑事诉讼法第四十条规定："自诉案件的自诉人及其法定代理人，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。"根据这一规定，对自诉人及其法定代理人、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人委托诉讼代理人不应当限定为在"开庭审判前"。

五、证据

17. 刑事诉讼法第九十七条规定："侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行"，"在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言"。侦查人员询问证人，应当依照刑事诉讼法第九十七条的规定进行，不得另行指定其他地点。

18. 刑事诉讼法第一百二十条第二款规定："对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。"人民法院在开庭审理时，对省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论，经质证后，认为有疑问，不能作为定案根据的，可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院进行补充鉴定或者重新鉴定。不能另行聘请其他鉴定机构进行补充鉴定或者重新鉴定。

19. 刑事诉讼法第一百一十七条规定："人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。"根据这一规定，人民检察院、公安机关不能扣划存款、汇款，对于在侦查、审查起诉中犯罪嫌疑人死亡，对犯罪嫌疑人的存款、汇款应当依法予以没收或者返还被害人的，可以申请人民法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人存款、汇款的金融机构上缴国库或者返还被害人。

六、取保候审、监视居住

20. 刑事诉讼法第五十二条规定："被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属有权申请取保候审。"第九十六条规定："犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审"。被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属和律师申请取保候审，有权决定的机关应当在七日内作出是否同意的答复。同意取保候审的，依法办理取保候审手续；不同意取保候审的，应当告知申请人，并说明不同意的理由。

21. 刑事诉讼法第五十三条规定："对犯罪嫌疑人、被告人取保候审，应当责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金。"根据这一规定，不能要求同时提供保证人并交纳保证金。

22. 对犯罪嫌疑人采取保证金保证的，由决定机关根据案件具体情况确定保证金的数额。取保候审保证金由公安机关统一收取和保管。对取保候审保证人是否履行了保证义务，由公安机关认定，对保证人的罚款决定，也由公安机关作出。具体办法由公安部会同最高人民法院、最高人民检察院、国家安全部制定。

23. 被采取取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人无正当理由不得离开所居住的市、县或者住处，有正当理由需离开所居住的市、县或者住处，应当经执行机关批准。如取保候审、监视居住是由人民检察院、人民法院决定的，执行机关的批准犯罪嫌疑人、被告人离开所居住的市、县或者住处前，应当征得决定机关同意。

24. 被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人会见其聘请的律师不需要经过批准。

七、拘留、逮捕

25. 刑事诉讼法规定，拘留由公安机关执行。对于人民检察院直接受理的案件，人民检察院作出的拘留决定，应当送达公安机关执行，公安机关应当立

即执行，人民检察院可以协助公安机关执行。

26. 修改后的刑事诉讼法将原刑事诉讼法关于逮捕条件中“主要犯罪事实已经查清”的规定修改为“有证据证明有犯罪事实”。其中“有证据证明有犯罪事实”，是指同时具备下列情况：

（一）有证据证明发生了犯罪事实；

（二）有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的；

（三）证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已有查证属实的。

犯罪事实可以是犯罪嫌疑人实施的数个犯罪行为中的一个。

27. 人民检察院审查公安机关提请批准逮捕的案件，应当作出批准或者不批准逮捕的决定，对报请批准逮捕的案件不另行侦查。

28. 对于人民检察院批准逮捕的决定，公安机关应当立即执行，并将执行回执及时送达作出批准逮捕的人民检察院。如果未能执行，也应当将回执送达人民检察院，并写明未能执行的原因；对于人民检察院决定不批准逮捕的，公安机关在收到不批准逮捕决定书后，应当立即释放在押的犯罪嫌疑人或者变更强制措施，并将执行回执在收到不批准逮捕决定书后的三日内送达作出不批准逮捕决定的人民检察院。

八、期间和办案期限

29. 关于刑事诉讼中期间的计算，期间的最后一日为节假日的，以节假日后的第一日为期间届满日期。但对于犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯在押期间，应当至期间届满之日为止，不得因节假日而延长在押期限至节假日后的第一日。

30. 公安机关对案件提请延长羁押期限时，应当在羁押期限届满七日前提出，并书面呈报延长羁押期限案件的主要案情和延长羁押期限的具体理由，人民检察院应当在羁押期限届满前作出决定。

31. 最高人民检察院直接立案侦查的案件，符合刑事诉讼法第一百二十四条、第一百二十六条和第一百二十七条规定的条件，需要延长犯罪嫌疑人侦查羁押期限的，由最高人民检察院依法决定。

32. 根据刑事诉讼法第一百二十八条的规定，公安机关在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行，重新计算侦查羁押期限的，由公安机关决定，不再经人民检察院批准。但须报人民检察院备案，人民检察院可以进行监督。

33. 刑事诉讼法第一百二十二条规定：“对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。”根据上述规定，犯罪嫌疑人、被告人在押的案件，除对

犯罪嫌疑人、被告人的精神病鉴定时间不计入办案期限外，其他鉴定时间都应当计入办案期限。对于因鉴定时间较长，办案期限届满仍不能终结的案件，自期限届满之日起，应当对被羁押的犯罪嫌疑人、被告人变更强制措施，改为取保候审或者监视居住。

九、侦查终结

34. 人民检察院受理同级公安机关移送审查起诉的案件，按照刑事诉讼法的管辖规定，认为应当由上级人民检察院或者同级其他人民检察院起诉的，应当由人民检察院将案件移送有管辖权的人民检察院审查起诉。

十、移送起诉

35. 根据刑事诉讼法第一百五十条的规定，人民检察院提起公诉的案件，应当向人民法院移送起诉书、证据目录、证人名单和所有犯罪事实的主要证据的复印件或者照片。对于称送材料中的一些具体问题，按以下办法办理：

（一）人民检察院移送证人名单应当包括在起诉前提供了证言的证人名单，证人名单应当列明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址、通讯处。人民检察院对于拟不出庭的证人，可以不说明不出庭的理由。

（二）人民检察院移送证据目录应当是起诉前收集的证据材料的目录。

（三）关于被害人姓名、住址、通讯处，有无扣押、冻结在案的被告人的财物及存放地点，被告人被采取强制措施的种类、是否在案及羁押地点等问题，人民检察院应当在起诉书中列明，不再单独移送材料，其中对于涉及被害人隐私或者为保护被害人人身安全，而不宜在起诉书中列明被害人姓名、住址、通讯处的，单独移送人民法院。

（四）鉴定结论、勘验检查笔录已经作为主要证据移送复印件的，鉴定人、勘验检查笔录制作人姓名已载明，不再另行移送。

36. 根据刑事诉讼法第一百五十条的规定，人民检察院提起公诉的案件，应当向人民法院移送所有犯罪事实的主要证据的复印件或者照片。“主要证据”包括：

（一）起诉书中涉及的各证据种类中的主要证据；

（二）多个同种类证据中被确定为“主要证据”的；

（三）作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、正当防卫的证据。

人民检察院针对具体案件移送起诉时，“主要证据”由人民检察院根据以

上规定确定。

37. 刑事诉讼法第一百五十条规定："人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。"对于人民检察院提起公诉的案件，人民法院都应当受理。人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判，不得以上述材料不充足为由而不开庭审判。如人民检察院移送的材料中缺少上述材料的，人民法院可以通知人民检察院补充材料，人民检察院应当收到通知之日起三日内补送。

人民法院对提起公诉的案件进行审查的期限计入人民法院的审理期限。

38. 对于适用简易程序审理的公诉案件，无论人民检察院是否派员出庭，都应当向人民法院移送全部案卷和证据材料。

十一、开庭审判

39. 刑事诉讼法第一百五十四条规定，开庭的时候，审判长查明当事人是否到庭。根据上述规定，应当由审判长查明当事人是否到庭，不能规定由书记员查明。

40. 关于在法庭审判中询问证人的顺序，法庭审判在审判长的主持下进行，公诉人、辩护人向证人发问的顺序由审判长决定。

41. 刑事诉讼法第一百五十八条第一款规定："法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。"第一百五十九条第一款规定："法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。"根据上述规定，人民法院可以向人民检察院调取需要调查核实的证据材料；人民法院也可以根据辩护、被告人的申请向人民检察院调取在侦查、审查起诉中收集的有关被告人无罪或者罪轻的证据材料。人民检察院应当自收到人民法院要求调取证据材料决定书后三日内移交。

42. 人民检察院对于在法庭上出示、宣读、播放的证据材料应当当庭移交人民法院，确实无法当庭移交的，应当在休庭后三日内移交。对于在法庭上出示、宣读、播放未到庭证人的证言的，如果该证人提供过不同的证言，人民检察院应当将该证人的全部证言在休庭后三日内移交。

43. 修改后的刑事诉讼法第一百六十九条规定："人民检察院发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序，有权向人民法院提出纠正意见。"人民

检察院对违反法定程序的庭审活动提出纠正意见，应当由人民检察院在庭审后提出。

十二、二审

44. 刑事诉讼法第一百八十八条规定："人民检察院提出抗诉的案件或者第二审人民法院开庭审理的公诉案件，同级人民检察院都应当派员出庭。"根据这一规定，出席第二审审判的应当是同级人民检察院的检察人员。

45. 人民检察院提出抗诉的案件或者第二审人民法院开庭审理的公诉案件，在二审中出庭的检察人民和辩护人需要出示、宣读、播放一审中已移交人民法院的证据的，出庭的检察人员和辩护人可以申请法庭出示、宣读、播放。

46. 对于人民检察院抗诉的案件，经第二审人民法院审查后，认为应当判处被告人死刑的，按照刑事诉讼法第一百八十九条的规定处理，即第二审人民法院认为原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；认为原判决事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判或者发回重审。其中，对于第二审人民法院直接改判死刑的案件，无论该案件的死刑核准权是否下放，都应当报请最高人民法院核准。

十三、死刑复核

47. 高级人民法院核准死刑缓期二年执行的案件，应当作出核准或者不核准的决定，不能加重被告人的刑罚。

十四、赃款赃物

48. 对于赃款赃物，除依法返还被害人的财物以及依法销毁的违禁品外，必须一律上缴国库。任何单位和个人都不得挪用或者私自处理。关于赃款赃物的处理，应当按照刑事诉讼法第一百九十八条的规定执行，并应当根据不同情况作以下处理。

（一）对作为证据使用的实物，应当依法随案移送。不宜移送的，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送，不得以未移送赃款赃物为由，拒绝受理案件。

（二）侦查机关冻结在金融机构的赃款，应当向人民法院随案移送该金融机构出具的证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民法院通知该金融机构上缴国库，该金融机构应当向人民法院送交执行回单。

（三）查封、扣押的赃款赃物，对依法不移送的，应当随案移送证据清单、

照片或者其他证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民法院通知查封、扣押机关上缴国库、查封、扣押机关应当向人民法院送交执行回单。

国家安全机关依照法律规定，办理危害国家安全的刑事案件，适用本规定中有关公安机关的规定。

本规定自公布之日起施行。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部制订的关于刑事诉讼法执行问题的解释或者规定中与本规定不一致的，以本规定为准。

附件 2：

最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释

（1998 年 6 月 29 日最高人民法院审判委员会
第 989 次会议通过法释〔1998〕23 号）

为正确理解和适用修正后的刑事诉讼法，现结合人民法院审判工作实际，对执行刑事诉讼法的若干具体问题解释如下：

一、管　辖

第一条　人民法院直接受理的自诉案件包括：

（一）告诉才处理的案件：

1. 侮辱、诽谤案（刑法第二百四十六条规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

2. 暴力干涉婚姻自由案（刑法第二百五十七条第一款规定的）；

3. 虐待案（刑法第二百六十条第一款规定的）；

4. 侵占案（刑法第二百七十条规定的）。

（二）人民检察院没有提起公诉，被害人有证据证明的轻微刑事案件：

1. 故意伤害案（刑法第二百三十四条第一款规定的）；

2. 非法侵入住宅案（刑法第二百四十五条规定的）；

3. 侵犯通信自由案（刑法第二百五十二条规定的）；

4. 重婚案（刑法第二百五十八条规定的）；

5. 遗弃案（刑法第二百六十一条规定的）；

6. 生产、销售伪劣商品案（刑法分则第三章第一节规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

7. 侵犯知识产权案（刑法分则第三章第七节规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

8. 属于刑法分则第四章、第五章规定的，对被告人可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件。

对上列八项案件，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理。对于其中证据不足、可由公安机关受理的，或者认为对被告人可能判处三年有期徒刑以上刑罚的，应当移送公安机关立案侦查。

（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院已经作出不予追究的书面决定的案件。

第二条 犯罪地是指犯罪行为发生地。以非法占有为目的的财产犯罪，犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪分子实际取得财产的犯罪结果发生地。

第三条 刑事自诉案件的自诉人、被告人一方或者双方是在港、澳、台居住的中国公民或者其住所地是在港、澳、台的单位的，由犯罪地的基层人民法院审判。

港、澳、台同胞告诉的，应当出示港、澳、台居民身份证、回乡证或者其他能证明本人身份的证明。

第四条 人民检察院认为可能判处无期徒刑、死刑而向中级人民法院提起公诉的普通刑事案件，中级人民法院受理后，认为不需要判处无期徒刑以上刑罚的，可以依法审理，不再交基层人民法院审理。

第五条 一人犯数罪、共同犯罪和其他需要并案审理的案件，只要其中一人或者一罪属于上级人民法院管辖的，全案由上级人民法院管辖。

第六条 单位犯罪的刑事案件，由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告单位住所地的人民法院管辖更为适宜的，可以由被告单位住所地的人民法院管辖。

第七条 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内，行使刑事管辖权。

前款规定的案件由被告人被抓获地的中级人民法院管辖。

第八条 在中华人民共和国领域外的中国船舶内的犯罪，由犯罪发生后该船舶最初停泊的中国口岸所在地人民法院管辖。

第九条　在中华人民共和国领域外的中国航空器内的犯罪，由犯罪发生后该航空器在中国最初降落地的人民法院管辖。

第十条　在国际列车上的犯罪，按照我国与相关国家签订的有关管辖协定确定管辖。没有协定的，由犯罪发生后该列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地和铁路运输法院管辖。

第十一条　中国公民在驻外的中国使领馆内的犯罪，由该公民主管单位所在地或者他的原户籍所在地的人民法院管辖。

第十二条　中国公民在中华人民共和国领域外的犯罪，由该公民离境前的居住或者原户籍所在地的人民法院管辖。

第十三条　外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，依照《中华人民共和国刑法》应受处罚的，由该外国人入境地的中级人民法院管辖。

第十四条　发现正在服刑的罪犯在判决宣告前还有其他犯罪没有受到审判的，由原审人民法院管辖；如果罪犯服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖更为适宜的，可以由服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖。

正在服刑的罪犯在服刑期间又犯罪的，由服刑地的人民法院管辖。

正在服刑的罪犯在脱逃期间的犯罪，如果是在犯罪地捕获并发现的，由犯罪地的人民法院管辖；如果是被缉捕押解回监狱后发现的，由罪犯服刑地的人民法院管辖。

第十五条　上级人民法院认为有必要审理下级人民法院管辖的第一审刑事案件，应当向下级人民法院下达改变管辖决定书，并书面通知同级人民检察院。

第十六条　基层人民法院对于认为案情重大、复杂或者可能判处无期徒刑、死刑的第一审刑事案件，请求移送中级人民法院审判，应当经合议庭报请院长决定后，在案件审理期限届满十五日以前书面请求移送。中级人民法院应当在接到移送申请十日内作出决定。

中级人民法院不同意移送的，应当向该基层人民法院下达不同意移送决定书，由该基层人民法院依法审判；同意移送的，应当向该基层人民法院下达同意移送决定书，并书面通知同级人民检察院。基层人民法院接到上级人民法院同意移送决定书后，应当通知同级人民检察院和当事人，并将起诉材料退回同级人民检察院。

第十七条　两个以上同级人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民

法院管辖。尚未开庭审判的，在必要的时候，可以移送被告人主要犯罪地的人民法院审判。对管辖权发生争议的，应当在审限内协商解决；协商不成的，由争议的人民法院分别逐级报请共同的上一级人民法院指定管辖。

第十八条 有管辖权的人民法院因案件涉及本院院长需要回避等原因，不宜行使管辖权的，可以请求上一级人民法院管辖；上一级人民法院也可以指定与提出请求的人民法院同级的其他人民法院管辖。

第十九条 上级人民法院指定管辖的，应当将指定管辖决定书分别送达被指定管辖的人民法院和其他有关的人民法院。

原受理案件的人民法院，在收到上级人民法院指定其他人民法院管辖决定书后，不再行使管辖权。对于公诉案件，应当书面通知提起公诉的人民检察院，并将全部案卷材料退回，同时书面通知当事人；对于自诉案件，应当将全部案卷材料移送被指定管辖的人民法院，并书面通知当事人。

第二十条 现役军人（含军内在编职工，下同）和非军人共同犯罪的，分别由军事法院和地方人民法院或者其他专门法院管辖；涉及国家军事秘密的，全案由军事法院管辖。

第二十一条 下列案件由地方人民法院或者军事法院以外的其他专门法院管辖：

（一）非军人、随军家属在部队营区内犯罪的；

（二）军人在办理退役手续后犯罪的；

（三）现役军人入伍前犯罪的（需与服役期内犯罪一并审判的除外）；

（四）退役军人在服役期内犯罪的（犯军人违反职责罪的除外）。

第二十二条 上级人民法院在必要的时候，可以将下级人民法院管辖的案件指定其他下级人民法院管辖。

二、回　避

第二十三条 审判委员会委员、合议庭组成人员及独任审判员有刑事诉讼法第二十八条、第二十九条所列情形之一的，应当自行回避；当事人和他们的法定代理人也有权申请上列人员回避。

第二十四条 审判人员自行回避的，可以口头或者书面提出，并说明理由，由院长决定。

当事人和他们的法定代理人申请审判人员回避的，可以口头或者书面提出，由院长决定，并将决定告知申请人。

第二十五条 当事人和他们的法定代理人申请人民法院院长回避或者院长

自行回避的，应当由审判委员会讨论决定，并将决定告知申请人。

审判委员会讨论院长回避问题时，由副院长主持，院长不得参加。

第二十六条　应当回避的人员，本人没有自行回避，当事人和他们的法定代理人也没有申请其回避的，院长或者审判委员会应当决定其回避。

第二十七条　依照刑事诉讼法第二十九条规定提出回避申请的，申请人应当提供证明材料。

第二十八条　被决定回避的人员对决定有异议的，可以在恢复庭审前申请复议一次；被驳回回避申请的当事人及其法定代理人对决定有异议的，可以当庭申请复议一次。

第二十九条　不属于刑事诉讼法第二十八条、第二十九条所列情形的回避申请，由法庭当庭驳回，并不得申请复议。

第三十条　当事人及其法定代理人对出庭的检察人员、书记员提出回避申请的，人民法院应当通知指派该检察人员出庭的人民检察院，由该院检察长或者检察委员会决定。

第三十一条　参加过本案侦查、起诉的侦查、检察人员，如果调至人民法院工作，不得担任本案的审判人员。

凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的合议庭组成人员，不得再参与本案其他程序的审判。

第三十二条　上述有关回避的规定，适用于法庭书记员、翻译人员和鉴定人。其回避问题由人民法院院长决定。

三、辩护与代理

第三十三条　人民法院审判案件过程中，应当充分保证被告人行使刑事诉讼法第三十二条规定的辩护权利。但下列人员不得被委托担任辩护人：

（一）被宣告缓刑和刑罚尚未执行完毕的人；

（二）依法被剥夺、限制人身自由的人；

（三）无行为能力或者限制行为能力的人；

（四）人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职人员；

（五）本院的人员陪审员；

（六）与本案审理结果有利害关系的人；

（七）外国人或者无国籍人。

前款第（四）、（五）、（六）、（七）项规定的人员，如果是被告人的近亲属

或者监护人，由被告人委托担任辩护人的，人民法院可以准许。

第三十四条 律师、人民团体、被告人所在单位推荐的公民以及被告人的监护人、亲人，被委托为辩护人的，人民法院应当核实其身份证明和辩护委托书。

第三十五条 一名被告人委托辩护人不得超过两人。在共同犯罪的案件中，一名辩护人不得为两名以上的同案被告人辩护。

第三十六条 被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的，人民法院应当为其指定辩护人：

（一）盲、聋、哑人或者限制行为能力的人；

（二）开庭审理时不满十八周岁的未成年人；

（三）可能被判处死刑的人。

第三十七条 被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的，人民法院可以为其指定辩护人：

（一）符合当地政府规定的经济困难标准的；

（二）本人确无经济来源，其家庭经济状况无法查明的；

（三）本人确无经济来源，其家属经多次劝说仍不愿为其承担辩护律师费用的；

（四）共同犯罪案件中，其他被告人已委托辩护人的；

（五）具有外国国籍的；

（六）案件有重大社会影响的；

（七）人民法院认为起诉意见和移送的案件证据材料可能影响正确定罪量刑的。

第三十八条 被告人坚持自己行使辩护权，拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护的，人民法院应当准许，并记录在案；被告人具有本解释第三十六条规定情形之一，拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护，有正当理由的，人民法院应当准许，但被告人需另行委托辩护人，或者人民法院应当为其另行指定辩护人。

第三十九条 人民法院指定的辩护人，应当是依法承担法律援助义务的律师。

第四十条 人民法院应当为辩护律师查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料提供方便，并保证必要的时间。其他辩护人经人民法院准许，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料。但审判委员会和合议庭的讨论记录及有关其他案件的线索材料，辩护律师和其他辩护人不得查阅、摘抄、

复制。

第四十一条　辩护律师可以同在押的被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院准许，也可以同在押的被告人会见和通信。

第四十二条　人民法院受理自诉案件后三日内，应当告知被告人有权委托辩护人；同时应当告知自诉人及其法定代理人、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。

第四十三条　辩护律师申请向被害人及其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料，人民法院认为确有必要的，应当准许，并签发准许调查书。

第四十四条　辩护律师向证人或者其他有关单位和个人收集、调取与本案有关的材料，因证人、有关单位和个人不同意，申请人民法院收集、调取，人民法院认为有必要的，应当同意。

第四十五条　辩护律师直接申请人民法院收集、调取证据，人民法院认为辩护律师不宜或者不能向证人或者其他有关单位和个人收集、调取，并确有必要的，应当同意。

人民法院根据辩护律师的申请收集、调取证据时，申请人可以在场。

人民法院根据辩护律师的申请书集、调取的证据，应当及时复制移送申请人。

第四十六条　辩护律师根据本解释第四十三条、第四十四条、第四十五条第一款规定提出的申请，应当以书面形式提出，并说明申请的理由，列出需要调查问题的提纲。

第四十七条　当事人委托诉讼代理人应当参照刑事诉讼法第三十二条和本解释第三十三条的规定执行。

第四十八条　诉讼代理人的责任是根据事实和法律，维护被害人、自诉人或者附带民事诉讼当事人的合法权益。

第四十九条　律师担任诉讼代理人，可以查阅、摘抄、复制与本案有关的材料，了解案情。其他诉讼代理人经人民法院准许，也可以查阅、摘抄、复制本案有关材料，了解案情。需要收集、调取与本案有关的材料的，可以参照本解释第四十四条、第四十五条的规定执行。

第五十条　诉讼代理人应当向人民法院提交由被代理人签名或者盖章的委托书；如果被代理人是附带民事诉讼当事人的，诉讼代理人应当向人民法院提交由被代理人签名或者盖章的授权委托书。

第五十一条　人民法院对律师、其他辩护人和诉讼代理人查阅、摘抄、复

制本案所指控的犯罪事实的材料，只收取复制材料所必需的工本费用。

四、证 据

第五十二条 需要运用证明的案件事实包括：

（一）被告人的身份；

（二）被指控的犯罪行为是否存在；

（三）被指控的行为是否为被告人所实施；

（四）被告人有无罪过，行为的动机、目的；

（五）实施行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节；

（六）被告人的责任以及与其他同案人的关系；

（七）被告人的行为是否构成犯罪，有无法定或者酌定从重、从轻、减轻处罚以及免除处罚的情节；

（八）其他与定罪量刑有关的事实。

第五十三条 收集、调取的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时，才可以是副本或者复制件。

收集、调取的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当返还被害人时，才可以拍摄足以反映原物外形或者内容的照片、录像。

书证的副本、复制件，物证的照片、录像，只有经与原件、原物核实无误或者经鉴定证明真实的，才具有与原件、原物同等的证明力。

制作书证的副本、复制件，拍摄物证的照片、录像以及对有证据关录音时，制作人不得少于二人。提供证据的副本、复制件及照片、音像制品应当附有关于制作过程的文字说明及原件、原物存放何处的说明，并由制作人签名或者盖章。

第五十四条 人民法院依法向有关单位和个人收集、调取、调查、核实证据，认为必要时，可以通知检察人员、辩护人到场。

人民法院向有关单位收集、调取的书面证据材料，必须由提供人署名，并加盖单位印章；人民法院向个人收集、调取的书面证据材料，必须由本人确认无误后签名或者盖章。

第五十五条 人民法院对公诉案件依法调查、核实证据时，发现对认定案件事实有重要作用的新的证据材料，应当告知检察人员和辩护人。必要时，也可以直接提取，复制后移送检察人员和辩护人。

第五十六条 人民法院对有关单位和个人提供的证据，应当出具收据，注明证据的名称、收到的时间、件数、页数以及是否原件等，由书记员或者审判

员签名。

第五十七条 对于证人能否辨别是非，能否正确表达，必要时可以进行审查或者鉴定。

第五十八条 证据必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，否则不能作为定案的根据。

对于出庭作证的证人，必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人等双方询问、质证，其证言经过审查确实的，才能作为定案的根据；未出庭证人的证言宣读后经当庭查证属实的，可以作为定案的根据。

法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证时，应当依法处理。

第五十九条 对鉴定结论有疑问的，人民法院可以指派或者聘请有专门知识的人或者鉴定机构，对案件中的某些专门性问题进行补充鉴定或者重新鉴定。

第六十条 人民法院在开庭审理时，对省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论，经质证后，认为有疑问，不能作为定案根据的，可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院进行补充鉴定或者重新鉴定。

第六十一条 严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的根据。

第六十二条 在公开审理案件时，对于公诉人、诉讼参与人提出涉及国家秘密或者个人隐私的证据时，审判长应当制止。如确与本案有关的，应当决定案件转为不公开审理。

五、强制措施

第六十三条 人民法院在审判过程中，根据案件情况，可以对被告人拘传、取保候审、监视居住或者决定逮捕。

合议庭或者独任审判员认为应当对被告人撤销或者变更强制措施的，应当报请院长批准。

第六十四条 对经过依法传唤，无正当理由拒不到庭，或者根据案件情况有必要拘传的被告人，可以拘传。

拘传由司法警察执行，执行人员不得少于二人。

拘传被告人时，应当出示拘传票。对抗拒拘传的，可以使用戒具。

第六十五条 审判人员对被拘传的人，应当在拘传后的十二小时以内讯问完毕，不得以连续拘传的形式变相关押被拘传人。

第六十六条 被告人具有下列情形之一的，人民法院可以决定取保候审或者监视居住：

（一）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；

（二）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审、监视居住不致发生社会危险的；

（三）应当逮捕但患有严重疾病的，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女。

第六十七条 人民法院对被告人决定取保候审、监视居住，应当向其本人宣布，并由被告人在取保候审决定书或者监视居住决定书上签名。

第六十八条 被羁押的被告人及其法定代理人、近亲属和律师有权申请取保候审。申请取保候审应当采用书面形式。人民法院应当在接到书面申请后七日内作出是否同意的答复。对符合取保候审条件并且提出了保证人或者能够交纳保证金的，人民法院应当同意，并依法办理取保候审手续；对不符合取保候审条件，不同意取保候审的，应当告知申请人，并说明不同意的理由。

第六十九条 对符合取保候审条件，具有下列情形之一的被告人，人民法院决定取保候审时，可以责令其提供一至二名保证人：

（一）无力交纳保证金的；

（二）未成年人或者具有其他不宜收取保证金情形的。

第七十条 人民法院应当依法严格审查保证人是否符合法定条件。符合保证人条件的，应当告知他必须履行的义务，并由他出具保证书。

第七十一条 人民法院决定对被告人取保候审，根据案件情况，可以责令其交纳保证金。保证金仅限于现金。

人民法院应当根据起诉指控犯罪的性质、情节、被告人的经济状况等因素，决定应当收取的保证金数额。

保证金应当依照有关规定交由公安机关收取和保管。

第七十二条 对同一被告人决定取保候审的，不能同时使用保证人保证与保证金保证。

第七十三条 根据案件事实，认为已经构成犯罪的被告人在取保候审期间逃匿的，如果保证人与该被告人串通，协助其逃匿以及明知藏匿地点而拒绝向司法机关提供的，对保证人应当依照刑法有关规定追究刑事责任。

具有前款规定情形的，如果取保候审的被告人同时也是附带民事诉讼的被告人，保证人还应当承担连带赔偿责任，但应当以其保证前附带民事诉讼原告人提起的诉讼请求数额为限。

第七十四条　被取保候审人违反刑事诉讼法第五十六条规定，被依法没收保证金后，人民法院仍决定对其取保候审的，取保候审的期限应当连续计算。

第七十五条　人民检察院、公安机关已对犯罪嫌疑人取保候审、监视居住，案件起诉到人民法院后，人民法院对于符合取保候审、监视居住条件的，应当依法对被告人重新办理取保候审、监视居住手续。取保候审、监视居住的期限重新计算。

人民法院不得对同一被告人重复采取取保候审、监视居住措施。

第七十六条　人民法院决定对被告人取保候审、监视居住，应当在宣布后立即将取保候审决定书、取保候审执行通知书或者监视居住决定书、监视居住执行通知书，送达负责执行的公安机关。

第七十七条　人民法院对有证据证明有犯罪事实存在，可能判处有期徒刑以上刑罚的被告人，认为采取取保候审、监视居住等措施，尚不足以防止发生社会危险而有逮捕必要的，应即决定依法逮捕。

第七十八条　人民法院作出逮捕决定后，应当将逮捕决定书送交公安机关执行。将被告人逮捕后，人民法院应当将逮捕的原因和羁押的处所，在二十四小时内通知被逮捕人的家属或者其所在单位；确实无法通知的，应当将原因记录在卷。

第七十九条　对人民法院决定逮捕的被告人，审判人员必须在逮捕后的二十四小时内进行讯问。如果发现不应当逮捕的，应当报经院长批准后，变更强制措施或者立即释放。立即释放的，应当发给释放证明。

第八十条　对已经逮捕的被告人，符合下列情形之一的，人民法院可以变更强制措施：

（一）患有严重疾病的；

（二）案件不能在法律规定的期限内审结的；

（三）正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女。

第八十一条　对已经逮捕的被告人，符合下列情形之一的，人民法院应当变更强制措施或者释放：

（一）第一审人民法院判处管制或者宣告缓刑以及单独适用附加刑，判决尚未发生法律效力的；

（二）第二审人民法院审理期间，被告人被羁押的时间已到第一审人民法院对其判处的刑期期限的；

（三）因进行司法鉴定而尚未审结的案件，法律规定的期限届满的。

第八十二条　对具有下列情形之一的被告人，应当变更强制措施，决定逮

捕：

（一）已取保候审或者监视居住的被告人，违反刑事诉讼法第五十六条、第五十七条的规定，不逮捕可能发生社会危险的；

（二）具有本解释第六十六第（三）项规定的情形而未予逮捕的被告人，疾病痊愈或者哺乳期已满的。

决定变更强制措施，予以逮捕的，应当通知负责执行取保候审或者监视居住的公安机关。

第八十三条 对被羁押的被告人需要变更强制措施或者释放的，应当将变更强制措施决定书或者释放通知书送交公安机关执行。

六、附带民事诉讼

第八十四条 人民法院受理刑事案件后，可以告知因犯罪行为遭受物质损失的被害人（公民、法人和其他组织）、已死亡被害人的近亲属、无行为能力或者限制行为能力被害人的法定代理人，有权提起附带民事诉讼。

有权提起附带民事诉讼的人放弃诉讼权利的，应当准许，并记录在案。

第八十五条 如果是国家财产、集体财产遭受损失，受损失的单位未提起附带民事诉讼，人民检察院在提起公诉时提起附带民事诉讼的，人民法院应当受理。

第八十六条 附带民事诉讼中依法负有赔偿责任的人包括：

（一）刑事被告人（公民、法人和其他组织）及没有被追究刑事责任的其他共同致害人；

（二）未成年刑事被告人的监护人；

（三）已被执行死刑的罪犯的遗产继承人；

（四）共同犯罪案件中，案件审结前已死亡的被告人的遗产继承人；

（五）其他对刑事被告人的犯罪行为依法应当承担民事赔偿责任的单位和个人。

第八十七条 附带民事诉讼的成年被告人，应当承担赔偿责任的，如果其亲属自愿代为承担，应当准许。

第八十八条 附带民事诉讼的起诉条件是：

（一）提起附带民事诉讼的原告人、法定代理人符合法定条件；

（二）有明确的被告人；

（三）有请求赔偿的具体要求和事实根据；

（四）被害人的物质损失是由被告人的犯罪行为造成的；

（五）属于人民法院受理附带民事诉讼的范围。

第八十九条　附带民事诉讼应当在刑事案件立案以后第一审判决宣告以前提起。有权提起附带民事诉讼的人在第一审判决宣告以前没有提起的，不得再提起附带民事诉讼。但可以在刑事判决生效后另行提起民事诉讼。

第九十条　在侦查、预审、审查起诉阶段，有权提起附带民事诉讼的人向公安机关、人民检察院提出赔偿要求，已经公安机关、人民检察院记录在案的，刑事案件起诉后，人民法院应当按附带民事诉讼案件受理；经公安机关、人民检察院调解，当事人双方达成协议并已给付，被害人又坚持向法院提起附带民事诉讼的，人民法院也可以受理。

第九十一条　提起附带民事诉讼一般应当提交附带民事诉状。书写诉状确有困难的，可以口头起诉。审判人员应当对原告人的口头诉讼请求详细询问，并制作笔录，向原告人宣读；原告人确认无误后，应当签名或者盖章。

第九十二条　人民法院收到附带民事诉状后，应当进行审查，并在七日内决定是否立案。符合刑事诉讼法第七十七条第一、二款以及本解释第八十八条规定的，应当受理；不符合规定的，应当裁定驳回起诉。

第九十三条　人民法院受理附带民事诉讼后，应当在五日内向附带民事诉讼的被告人送达附带民事起诉状副本，或者将口头起诉的内容及时通知附带民事诉讼的被告人，并制作笔录。被告人是未成年人的，应当将附带民事起诉状副本送达其法定代理人，或者将口头起诉的内容通知其法定代理人。

人民法院送达附带民事起诉状副本时，应当根据刑事案件审理的期限，确定被告人或者其法定代理人提交民事答辩状的时间。

第九十四条　附带民事诉讼案件的当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

第九十五条　人民法院审理附带民事诉讼案件，在必要时，可以决定查封或者扣押被告人财产。

第九十六条　审理附带民事诉讼案件，除人民检察院提起的以外，可以调解。调解应当在自愿合法的基础上进行。经调解达成协议的，审判人员应当及时制作调解书。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。

调解达成协议书并当庭执行完毕的，可以不制作调解书，但应当记入笔录，经双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章即发生法律效力。

第九十七条　经调解无法达成协议或者调解书签收前当事人反悔的，附带民事诉讼应当同刑事诉讼一并判决。

第九十八条　附带民事诉讼的原告人经人民法院传票传唤，无正当理由拒

不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，应当按自行撤诉处理。

第九十九条 对于被害人遭受的物质损失或者被告人的赔偿能力一时难以确定，以及附带民事诉讼当事人因故不能到庭等案件，为了防止刑事案件审判的过分迟延，附带民事诉讼可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理。如果同一审判组织的成员确实无法继续参加审判的，可以更换审判组织成员。

第一百条 人民法院审判附带民事诉讼案件，除适用刑法、刑事诉讼法外，还应当适用民法通则、民事诉讼法有关规定。

第一百零一条 人民法院认定公诉案件被告人的行为不构成犯罪的，对已经提起的附带民事诉讼，经调解不能达成协议的，应当一并作出刑事附带民事判决。

第一百零二条 人民法院审理刑事附带民事诉讼案件，不收取诉讼费。

七、期间、送达、审理期限

第一百零三条 期间以时、日、月计算。期间开始的时和日不计算在期间以内；计算法定期间时，应当将路途上的时间扣除；期间的最后一日为节假日的，以节假日后的第一日为期间届满日期。但对于被告人或者罪犯的在押期间，应当至期间届满之日为止，不得因节假日而延长在押期限。

当事人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误期限，依法申请继续进行应当在期限届满以前完成的诉讼活动，人民法院查证属实后，应当裁定准许。

以月计算的期限，自本月某日至下月某日为一个月，如本月 1 日收案至下一个月 1 日、本月最后一日至下一个月最后一日为一个月的审理期限；半月一律按 15 日计算期限。

第一百零四条 送达诉讼文书必须有送达回证。收件人本人应当在送达回证上记明收到的日期，并且签名或者盖章。如果本人不在，可以由其成年家属或者所在单位负责收件人员代收，代收人应当在送达回证上记明收到的日期，并且签名或者盖章。

收件人本人或者代收人在送达回证上签收的日期为送达的日期。

如果收件人本人或者代收人拒绝接收或者拒绝签名、盖章，送达人可以邀请见证人到场，说明情况，在送达回证上记明拒收的事由和日期，由送达人、见证人签名或者盖章，并将诉讼文书留在收件人或者代收人住处或者单位后，即视为送达。

第一百零五条　直接送达诉讼文书有困难的，可以委托收件人所在地的人民法院代为送达，或者邮寄送达。

第一百零六条　委托送达的，应当将委托函、委托送达的诉讼文书及送达回证，寄送收件人所在地的人民法院。受委托的人民法院收到委托送达的诉讼文书，应当登记，并由专人及送达收件人，然后将送达回证及时退回委托送达的人民法院。受委托的人民法院无法送达时，应当将不能送达的原因及时告知委托的人民法院，并将诉讼文书及时送达回证退回。

第一百零七条　邮寄送达的，应当将诉讼文书、送达回证挂号邮寄给收件人。挂号回执上注明的日期送达的日期。

第一百零八条　诉讼文书的收件人是军人的，可以通过所在部队团级以上单位的政治部门转交。

收件人正在服刑的，可以通过所在监狱或者其他执行机关转交。

收件人正在劳动教养的，可以通过劳动教养单位转交。

代为转交的部门、单位收到诉讼文书后，应当立即交收件人签收，并将送达回证及时退回送达的人民法院。

第一百零九条　审理公诉案件的期限，依照刑事诉讼法的规定执行。适用普通程序审理的被告人被羁押的自诉案件，应当在被告人被羁押后一个月内宣判，至迟不得超过一个半月。有刑事诉讼法第一百二十六条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长一个月。

需要延长审理期限的，应当在期满七日以前报请高级人民法院批准或者决定。

适用普通程序审理的被告人未被羁押的自诉案件，应当在立案后六个月内宣判。有特殊情况需要延长审理期限的，由本院院长批准，可以延长三个月。

第一百一十条　审理期间，对被告人作精神病鉴定的时间不计入审理期限。

八、审判组织

第一百一十一条　合议庭的审判长由审判员担任，在审判员不能参加合议庭的情况下，助理审判员由本院院长提出，经审判委员会通过，可以临时代行审判员职务，并可担任审判长。

第一百一十二条　开庭审理和评议案件，必须由同一合议庭进行。合议庭成员在评议案件的时候，应当表明自己的意见。如果意见分歧，应当按多数人的意见作出决定，但是少数人的意见应当写入笔录。评议笔录由合议庭的组成

人员在审阅确认无误后签名。评议情况应当保密。

第一百一十三条 审判员依法独任审判时，行使与本解释规定的审判长同样的职权。

第一百一十四条 合议庭开庭审理并且评议后，应当作出判决或者裁定。

对下列疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定：

（一）拟判处死刑的；

（二）合议庭成员意见有重大分歧的；

（三）人民检察院抗诉的；

（四）在社会上有重大影响的；

（五）其他需要由审判委员会讨论决定的。

对于合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定的案件，院长认为不必要的，可以建议合议庭复议一次。

独任审判的案件，开庭审理后，独任审判员认为有必要的，也可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定。

第一百一十五条 审判委员会的决定，合议庭应当执行。合议庭有不同意见的，可以建议院长提交审判委员会复议。

九、公诉案件第一审程序

第一百一十六条 人民法院对人民检察院提起的公诉案件，应当在收到起诉书（一式八份，每增加一名被告人，增加起诉书五份）后，指定审判员审查以下内容：

（一）案件是否属于本院管辖；

（二）起诉书指控的被告人的身份、实施犯罪的时间、地点、手段、犯罪事实、危害后果和罪名以及其他可能影响定罪量刑的情节等是否明确；

（三）起诉书中是否载明被告人被采取强制措施的种类、羁押地点、是否在案以及有无扣押、冻结在案的被告人的财物及存放地点；是否列明被害人的姓名、住址、通讯处，为保护被害人而不宜列明的，应当单独移送被害人名单；

（四）是否附有起诉前收集的证据的目录；

（五）是否附有能够证明指控犯罪行为性质、情节等内容的主要证据复印件或者照片；

（六）是否附有起诉前提供了证言的证人名单；证人名单应分别列明出庭

作证和拟不出庭作证的证人的姓名、性别、年龄、职业、住址和通讯处；

（七）已委托辩护人、代理人的，是否附有辩护人、代理人的姓名、住址、通讯处明确的名单；

（八）提起附带民事诉讼的，是否附有相关证据材料；

（九）侦查、起诉程序的各种法律手续和诉讼文书复印件是否完备；

（十）有无刑事诉讼法第十五条第（二）至（六）项规定的不追究刑事责任的情形。

前款第（五）项中所说的主要证据包括：

1. 起诉书中涉及的刑事诉讼法第四十二条规定的证据种类中的主要证据；

2. 同种类多个证据中被确定为主要证据的；如果某一种类证据中只有一个证据，该证据即为主要证据；

3. 作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、防卫过当等证据。

第一百一十七条　案件经审查后，应当根据不同情况分别处理：

（一）对于不属于本院管辖或者被告人不在案的，应当决定退回人民检察院；

（二）对于不符合本解释第一百一十六条第（二）至（九）项规定之一，需要补送材料的，应当通知人民检察院在三日内补送；

（三）对于根据刑事诉讼法第一百六十二条第（三）项规定宣告被告人无罪，人民检察院依据新的事实、证据材料重新起诉的，人民法院应当依法受理；

（四）依照本解释第一百七十七条规定，人民法院裁定准许人民检察院撤诉的案件，没有新的事实、证据，人民检察院重新起诉的，人民法院不予受理；

（五）对于符合刑事诉讼法第十五条第（二）至（六）项规定的情形的，应当裁定终止审理或者决定不予受理；

（六）对于被告人真实身份不明，但符合刑事诉讼法第一百二十八条第二款规定的，人民法院应当依法受理。

第一百一十八条　人民法院对于按照普通程序审理的公诉案件，决定是否受理，应当在七日内审查完毕。

对于人民检察院建议按简易程序审理的公诉案件，决定是否受理，应当在三日内审查完毕。

人民法院对提起公诉的案件进行审查的期限，计入人民法院的审理期限。

第一百一十九条 对于决定开庭审理的案件，人民法院应当进行下列工作：

（一）适用普通程序审理的案件，由院长或者庭长指定审判长并确定合议庭组成人员；适用简易程序审理的案件，由庭长指定审判员一人独任审理；

（二）将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭十日以前送达当事人；

（三）对于未委托辩护人的被告人，告知其可以委托辩护人；对于符合刑事诉讼法第三十四条第二、三款规定的，应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；对于符合刑事诉讼法第三十四条第一款及本解释第三十七条规定的，一般要指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；

（四）通知被告人、辩护人于开庭五日前提供出庭作证的身份、住址、通讯处明确的证人、鉴定人名单及不出庭作证的证人、鉴定人名单和拟当庭宣读、出示的证据复印件、照片；

（五）将开庭的时间、地点在开庭三日以前通知人民检察院；

（六）将传唤当事人和通知辩护人、法定代理人、证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人、翻译人员的传票和通知书，至迟在开庭三日以前送达；

（七）公开审判的案件，在开庭三日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

人民法院通知公诉机关或者辩护人提供的证人时，如果该证人表示拒绝出庭作证或者按照所提供的证人通讯地址未能通知到该证人的，应当及时告知申请通知该证人的公诉机关或者辩护人。

上述工作情况应当制作笔录，并由审判人员和书记员签名。

第一百二十条 开庭审判前，合议庭可以拟出法庭审理提纲，提纲一般包括下列内容：

（一）合议庭成员在庭审中的具体分工；

（二）起诉书指控的犯罪事实部分的重点和认定案件性质方面的要点；

（三）讯问被告人时需了解的案情要点；

（四）控辩双方拟出庭作证的证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人名单；

（五）控辩双方拟当庭宣读、出示的证人书面证言、物证和其他证据的目录；

（六）庭审中可能出现的问题及拟采取的措施。

第一百二十一条 审判案件应当公开进行。但是涉及国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。对未成年被告人案件的审理，适用相关规定。

对于当事人提出申请的确属涉及商业秘密的案件，法庭应当决定不公开审

理。

第一百二十二条　依法不公开审理的案件，任何公民包括与审理该案无关的法院工作人员和被告人的近亲属都不得旁听。审理未成年被告人的案件，适用相关规定。

第一百二十三条　被害人、诉讼代理人、证人、鉴定人经人民法院传唤或者通知未到庭，不影响开庭审判的，人民法院可以开庭审理。

第一百二十四条　开庭审理前，书记员应当依次进行下列工作：

（一）查明公诉人、当事人、证人及其他诉讼参与人是否已经到庭；

（二）宣读法庭规则；

（三）请公诉人、辩护人入庭；

（四）请审判长、审判员（人民陪审员）入庭；

（五）审判人员就座后，当庭向审判长报告开庭前的准备工作已经就绪。

第一百二十五条　审判长宣布开庭，传被告人到庭后，应当查明被告人的下列情况：

（一）姓名、出生年月日、民族、出生地、文化程度、职业、住址，或者单位的名称、住所地、诉讼代表人的姓名、职务；

（二）是否曾受到过法律处分及处分的种类、时间；

（三）是否被采取强制措施及强制措施的种类、时间；

（四）收到人民检察院起诉书副本的日期；附带民事诉讼的，附带民事诉讼被告人收到民事诉状的日期。

第一百二十六条　审判长宣布案件的来源、起诉的案由、附带民事诉讼原告人和被告人的姓名（名称）及是否公开审理。对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。

第一百二十七条　审判长宣布合议庭组成人员、书记员、公诉人、辩护人、鉴定人和翻译人员的名单。

第一百二十八条　审判长应当告知当事人、法定代理人在法庭审理过程中依法享有下列诉讼权利：

（一）可以申请合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员回避；

（二）可以提出证据，申请通知新的证人到庭、调取新的证据、重新鉴定或者勘验、检查；

（三）被告人可以自行辩护；

（四）被告人可以在法庭辩论终结后作最后的陈述。

第一百二十九条 审判长分别询问当事人、法定代理人是否申请回避，申请何人回避和申请回避的理由。

如果当事人、法定代理人申请审判人员、出庭支持公诉的检察人员回避，合议庭认为符合法定情形的，应当依照本解释有关回避的规定处理；认为不符合法定情形的，应当当庭驳回，继续法庭审理。如果申请回避人当庭申请复议，合议庭应当宣布休庭，待作出复议决定后，决定是否继续法庭审理。

同意或者驳回回避申请的决定及复议决定，由审判长宣布，并说明理由。必要时，也可以由院长到庭宣布。

第一百三十条 审判长宣布法庭调查开始后，应当首先由公诉人宣读起诉书；有附带民事诉讼的，再由附带民事诉讼的原告人或者其诉讼代理人宣读附带民事诉状。

第一百三十一条 起诉书指控的被告人的犯罪事实为两起以上的，法庭调查时，一般应当就每一起犯罪事实分别进行。

第一百三十二条 在审判长主持下，被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪事实分别进行陈述。

第一百三十三条 在审判长主持下，公诉人可以就起诉书中指控的犯罪事实讯问被告人；被害人及其诉讼代理人经审判长准许，可以就公诉人讯问的情况进行补充性发问；附带民事诉讼的原告人及其法定代理人或者诉讼代理人经审判长准许，可以就附带民事诉讼部分的事实向被告人发问；经审判长准许，被告人的辩护人及法定代理人或者诉讼代理人可以在控诉一方就某一具体问题讯问完毕后向被告人发问。

第一百三十四条 对于共同犯罪案件中的被告人，应当分别进行讯问。合议庭认为必要时，可以传唤共同被告人同时到庭对质。

第一百三十五条 控辩双方经审判长准许，可以向被害人、附带民事诉讼原告人发问。

第一百三十六条 审判长对于控辩双方讯问、发问被告人、被害人和附带民事诉讼原告人、被告人的内容与本案无关或者讯问、发问的方式不当的，应当制止。

对于控辩双方认为对方讯问或者发问的内容与本案无关或者讯问、发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况予以支持或者驳回。

第一百三十七条 审判人员认为有必要时，可以向被告人、被害人及附带民事诉讼原告人、被告人讯问或者发问。

第一百三十八条 对指控的每一起案件事实、经审判长准许，公诉人可以

提请审判长传唤证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人出庭作证，或者出示证据，宣读未到庭的被害人、证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人的书面陈述、证言、鉴定结论及勘验、检查笔录；被害人及其诉讼代理人和附带民事诉讼的原告人及其诉讼代理人经审判长准许，也可以分别提请传唤尚未出庭作证的证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人出庭作证，或者出示公诉人未出示的证据，宣读未宣读的书面证人证言、鉴定结论及勘验、检查笔录。

第一百三十九条　控辩双方要求证人出庭作证，向法庭出示物证、书证、视听资料等证据，应当向审判长说明拟证明的事实，审判长同意的，即传唤证人或者准许出示证据；审判长认为与案件无关或者明显重复、不必要的证据，可以不予准许。

第一百四十条　被告人、辩护人、法定代理人经审判长准许，可以在起诉一方举证提供证据后，分别提请传唤证人、鉴定人出庭作证，或者出示证据、宣读未到庭的证人的书面证言、鉴定人的鉴定结论。

第一百四十一条　证人应当出庭作证。

符合下列情形，经人民法院准许的，证人可以不出庭作证：

（一）未成年人；

（二）庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的；

（三）其证言对案件的审判不起直接决定作用的；

（四）有其他原因的。

第一百四十二条　证人到庭后，审判人员应当先核实证人的身份、与当事人以及本案的关系，告知证人应当如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。

证人作证前，应当在如实作证的保证书上签名。

第一百四十三条　向证人发问，应当先由提请传唤的一方进行；发问完毕后，对方经审判长准许，也可以发问。

第一百四十四条　鉴定人应当出庭宣读结论，但经人民法院准许不出庭的除外。鉴定人到庭后，审判人员应当先核实鉴定人的身份、与当事人及本案的关系，告知鉴定人应当如实地提供鉴定意见和有意作虚假鉴定要负的法律责任。

鉴定人说明鉴定结论前，应当在如实说明鉴定结论的保证书上签名。

第一百四十五条　向鉴定人发问，应当先由要求传唤的一方进行；发问完毕后，对方经审判长准许，也可以发问。

第一百四十六条　询问证人应当遵循以下规则：

（一）发问的内容应当与案件的事实相关；

（二）不得以诱导方式提问；

（三）不得威胁证人；

（四）不得损害证人的人格尊严。

前款规定也适用于对被告人、被害人、附带民事诉讼原告人和被告人、鉴定人的讯问、发问或者询问。

第一百四十七条 审判长对于向证人、鉴定人发问的内容与本案无关或者发问的方式不当的，应当制止。

对于控辩双方认为对方发问的内容与本案无关或者发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况予以支持或者驳回。

第一百四十八条 审判人员认为有必要时，可以询问证人、鉴定人。

第一百四十九条 向证人和鉴定人发问应当分别进行。证人、鉴定人经控辩双方发问或者审判人员询问后，审判长应当告其退庭。

证人、鉴定人不得旁听对本案的审理。

第一百五十条 当庭出示的物证、书证、视听资料等证据，应当先由出示证据的一方就所出示的证据的来源、特征等作必要的说明，然后由另一方进行辨认并发表意见。控辩双方可以互相质问、辩论。

第一百五十一条 当庭出示的证据、宣读的证人证言、鉴定结论和勘验、检查笔录等，在出示、宣读后，应即将原件移交法庭。对于确实无法当庭移交的，应当要求出示、宣读证据的一方在休庭后三日内移交。

第一百五十二条 对于公诉人在法庭上宣读、播放未到庭证人的证言的，如果该证人提供过不同的证言，法庭应当要求公诉人将该证人的全部证言在休庭后三日内移交。

人民法院审查前款规定的证据材料，发现与庭审调查认定的案件事实有重大出入，可能影响正确裁判的，应当决定恢复法庭调查。

第一百五十三条 在法庭调查过程中，合议庭对于证据有疑问的可以宣布休庭，对该证据进行调查核实。

第一百五十四条 人民法院调查核实证据时，可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。必要时，可以通知检察人员、辩护人到场。

第一百五十五条 公诉人要求出示开庭前送交人民法院的证据目录以外的证据，辩护方提出异议的，审判长如认为证据确有出示的必要，可以准许出示。如果辩护方提出对新的证据要做必要准备时，可以宣布休庭，并根据具本情况确定辩护方作必要准备的时间。确定的时间期满后，应当继续开庭审理。

第一百五十六条　当事人和辩护人申请通知新的证人出庭，调取新的证据，申请重新鉴定或者勘验的，应当提供证人的姓名、证据的存放地点，说明所要证明的案件事实，要求重新鉴定或者勘验的理由。审判人员根据具体情况，认为可能影响案件事实认定的，应当同意该申请，并宣布延期审理；不同意的，应当告知理由并继续审理。

依照前款规定延期审理的时间不得超过一个月，延期审理的时间不计入审限。

第一百五十七条　在庭审过程中，公诉人发现案件需要补充侦查，提出延期审理建议的，合议庭应当同意。但是建议延期审理的次数不得超过两次。

法庭宣布延期审理后，人民检察院在补充侦查的期限内没有提请人民法院恢复法庭审理的，人民法院应当决定按人民检察院撤诉处理。

第一百五十八条　人民法院向人民检察院调取需要调查核实的证据材料，或者根据辩护人、被告人的申请，向人民检察院调取在侦查、审查起诉中收集的有关被告人无罪和罪轻的证据材料，应当通知人民检察院在收到调取证据材料决定书后三日内移交。

第一百五十九条　合议庭在案件审理过程中，发现被告人可能有自首、立功等法定量刑情节，而起诉和移送的证据材料中没有这方面的证据材料的，应当建议人民检察院补充侦查。

第一百六十条　合议庭认为本案事实已经调查清楚，应当由审判长宣布法庭调查结束，开始就全案事实、证据、适用法律等问题进行法庭辩论。

第一百六十一条　法庭辩论应当在审判长的主持下，按照下列顺序进行：

（一）公诉人发言；

（二）被害人及其诉讼代理人发言；

（三）被告人自行辩护；

（四）辩护人辩护；

（五）控辩双方进行辩论。

第一百六十二条　附带民事诉讼部分的辩论应当在刑事诉讼部分的辩论结束后进行。先由附带民事诉讼原告人及其诉讼代理人发言，然后由被告人及其诉讼代理人答辩。

第一百六十三条　在法庭辩论过程中，审判长对于控辩双方与案件无关、重复或者互相指责的发言应当制止。

第一百六十四条　对于辩护人依照有关规定当庭拒绝继续为被告人进行辩护的，合议庭应当准许。如果被告人要求另行委托辩护人，合议庭应当宣布延

期审理，由被告人另行委托辩护人或者由人民法院为其另行指定辩护律师。

第一百六十五条 被告人当庭拒绝辩护人为其辩护，要求另行委托辩护人的，应当同意，并宣布延期审理。

被告人要求人民法院另行指定辩护律师，合议庭同意的，应当宣布延期审理。

重新开庭后，被告人再次当庭拒绝重新委托的辩护人或者人民法院指定的辩护律师为其辩护的，合议庭应当分别情形作出处理：

（一）被告人是成年人的，可以准许。但被告人不得再另行委托辩护人，人民法院也不再另行指定辩护律师。被告人可以自行辩护；

（二）被告人具有本解释第三十六条规定情形之一的，不予准许。

依照本解释第一百六十四条、本条第一、二款规定另行委托、指定辩护人或者辩护律师的，自案件宣布延期审理之日起至第十日止，准备辩护时间不计入审限。

第一百六十六条 在法庭辩论过程中，如果合议庭发现新的事实，认为有必要进行调查时，审判长可以宣布暂停辩论，恢复法庭调查，待该事实查清后继续法庭辩论。

第一百六十七条 审判长宣布法庭辩论终结后，合议庭应当保证被告人充分行使最后陈述的权利。如果被告人在最后陈述中多次重复自己的意见，审判长可以制止；如果陈述内容是蔑视法庭、公诉人，损害他人及社会公共利益或者与本案无关的，应当制止；在公开审理的案件中，被告人最后陈述的内容涉及国家秘密或者个人隐私的，也应当制止。

第一百六十八条 被告人在最后陈述中提出了新的事实、证据，合议庭认为可能影响正确裁判的，应当恢复法庭调查；如果被告人提出新的辩解理由，合议庭认为确有必要的，可以恢复法庭辩论。

第一百六十九条 附带民事诉讼部分可以在法庭辩论结束后当庭调解。不能达成协议的，可以同刑事部分一并判决。

第一百七十条 审判长在被告人最后陈述后，应当宣布休庭，合议庭进行评议。

第一百七十一条 开庭审理的全部活动，应当由书记员制作笔录，经审判长审阅后，分别由审判长和书记员签名。

第一百七十二条 法庭笔录中的出庭证人的证言部分，应当在庭审后交由证人阅读或者向其宣读。证人确认无误后，应当签名或者盖章。

第一百七十三条 法庭笔录应当在庭审后交由当事人阅读或者向其阅读。

当事人认为记录有遗漏或者有差错的，可以请求补充或者改正。当事人确认无误后，应当签名或者盖章。

第一百七十四条　对于当庭出示、宣读的证据、审判长宣布休庭后，合议庭应当与提供证据的公诉人、辩护人等办理交接手续。

第一百七十五条　合议庭应当根据已经查明的事实、证据和有关法律规定，并在充分考虑控辩双方意见的基础上，进行评议，确定被告人是否有罪，应否追究刑事责任；构成何罪，应否处以刑罚；判处何种刑罚；有无从重、从轻、减轻或者免除处罚的情节；附带民事诉讼如何解决；赃款赃物如何处理等，并依法作出判决。

第一百七十六条　人民法院应当根据案件的具体情形，分别作出裁判：

（一）起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人的罪名成立的，应当作出有罪判决；

（二）起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的，应当作出有罪判决；

（三）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪；

（四）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当以证据不足，指控的犯罪不能成立，判决宣告被告人无罪；

（五）案件事实部分清楚，证据确实、充分的，应当依法作出有罪或者无罪的判决；事实不清，证据不足部分，依法不予认定；

（六）被告人因不满十六周岁，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任；

（七）被告人是精神病人，在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任；

（八）犯罪已过追诉时效期限，并且不是必须追诉或者经特赦令免除刑罚的，应当裁定终止审理；

（九）被告人死亡的，应当裁定终止审理；对于根据已查明的案件事实和认定的证据材料，能够确认被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪。

第一百七十七条　在宣告判决前，人民检察院要求撤回起诉的，人民法院应当审查人民检察院撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定。

第一百七十八条　人民法院在审理中发现新的事实，可能影响定罪的，应当建议人民检察院补充或者变更起诉；人民检察院不同意的，人民法院应当就起诉指控的犯罪事实，依照本解释第一百七十六条的有关规定依法作出裁判。

第一百七十九条 依据本解释第一百一十七条第（三）项规定受理的案件，依法作出判决时，人民法院对于前案依据刑事诉讼法第一百六十二条第（三）项规定作出的判决，不予撤销。但应当在判决中写明："被告人×××曾于×年×月×日被××人民检察院以××罪向××人民法院提起公诉。因证据不足，指控的犯罪不能成立，被××人民法院依法判决宣告无罪。"

第一百八十条 合议庭成员应当在评议笔录上签名，在法律文书上署名。

第一百八十一条 在审判过程中，自诉人或者被告人患精神病或者严重疾病，以及案件起诉到人民法院后被告人脱逃，致使案件在较长时间内无法继续审理的，人民法院应当裁定中止审理。

由于其他不能抗拒的原因，使案件无法继续审理的，可以裁定中止审理。

中止审理的原因消失后，应当恢复审理。中止审理的期间不计入审理期限。

第一百八十二条 当庭宣告判决的，应当宣布判决结果，并在五日内将判决书送达当事人、法定代理人、诉讼代理人、提起公诉的人民检察院、辩护人和被告人的近亲属。定期宣告判决的，合议庭应当在宣判前，先期公告宣判的时间和地点，传唤当事人并通知公诉人、法定代理人、诉讼代理人和辩护人；判决宣告后应当立即将判决书送达当事人、法定代理人、诉讼代理人、提起公诉的人民检察院、辩护人和被告人的近亲属。判决生效后还应当送达被告人的所在单位或者原户籍所在地的公安派出所。被告人是单位的，应当送达被告人注册登记的工商行政管理机关。

第一百八十三条 宣告判决，应当一律公开进行。

宣告判决时，法庭内全体人员应当起立。

宣判时，公诉人、辩护人、被害人、自诉人或者附带民事诉讼的原告人未到庭的，不影响宣判的进行。

第一百八十四条 在法庭审判过程中，如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序，合议庭应当按照下列情形分别处理：

（一）对于违反法庭秩序情节较轻的，应当当庭警告制止并进行训诫；

（二）对于不听警告制止的，可以指令法警强行带出法庭；

（三）对于违反法庭秩序情节严重的，经报请院长批准后，对行为人处1000元以下的罚款或者十五日以下的拘留；

（四）对于严重扰乱法庭秩序，构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

当事人对人民法院罚款、拘留的决定不服，可以向上一级人民法院申请复议。复议申请可以直接向上一级人民法院提出，也可以通过作出罚款、拘留决

定的人民法院提出。通过作出罚款、拘留决定的人民法院向上一级人民法院申请复议的，该人民法院应当自收到复议申请之日起三日内，将申请人的复议申请、罚款或者拘留决定书和有关事实、证据材料一并报上一级人民法院复议。上一级人民法院复议期间，不停止决定的执行。

第一百八十五条 人民检察院认为人民法院审理案件过程中，有违反法律规定的诉讼程序的情况，在庭审后提出书面纠正意见的，人民法院认为正确的，应当采纳。

十、自诉案件第一审程序

第一百八十六条 人民法院受理的自诉案件必须符合下列条件：

（一）属于刑事诉讼法第一百七十条、本解释第一条规定的案件；

（二）属于本院管辖的；

（三）刑事案件的被害人告诉的；

（四）有明确的被告人、具体的诉讼请求和能证明被告人犯罪事实的证据。

人民法院受理刑事诉讼法第一百七十条第（三）项规定的自诉案件，还应当符合刑事诉讼法第八十六条、第一百四十五条的规定。

第一百八十七条 本解释第一条规定的案件，如果被害人死亡、丧失行为能力或者因受强制、威吓等原因无法告诉，或者是限制行为能力人以及由于年老、患病、盲、聋、哑等原因不能亲自告诉，其法定代理人、近亲属代为告诉的，人民法院应当依法受理。

因前款规定的原因，被害人不能告诉，由其法定代理人、近亲属代为告诉的，代为告诉人应当提供与被害人关系的证明和被害人不能亲自告诉的原因的证明。

第一百八十八条 对于自诉案件，人民法院经审查有下列情形之一的，应当说服自诉人撤回起诉，或者裁定驳回起诉：

（一）不符合本解释第一百八十六条规定的条件的；

（二）证据不充分的；

（三）犯罪已过追诉时效期限的；

（四）被告人死亡的；

（五）被告人下落不明的；

（六）除因证据不足而撤诉的以外，自诉人撤诉后，就同一事实又告诉的；

（七）经人民法院调解结案后，自诉人反悔，就同一事实再行告诉的。

第一百八十九条 自诉人应当向人民法院提交刑事自诉状；提起附带民事

诉讼的，还应当提交刑事附带民事自诉状。

自诉人书写自诉状确有困难的，可以口头告诉，由人民法院工作人员作出告诉笔录，向自诉人宣读，自诉人确认无误后，应当签名或者盖章。

第一百九十条 自诉状或者告诉笔录应当包括以下内容：

（一）自诉人、被告人、代为告诉人的姓名、性别、年龄、民族、出生地、文化程度、职业、工作单位、住址；

（二）被告人犯罪行为的时间、地点、手段、情节和危害后果等；

（三）具体的诉讼请求；

（四）致送人民法院的名称及具状时间；

（五）证人的姓名、住址及其他证据的名称、来源等。

如果被告人是二人以上的，自诉人在告诉时需按被告人的人数提供自诉状副本。

第一百九十一条 人民法院应当在收到自诉状或者口头告诉第二日起十五日内作出是否立案的决定，并书面通知自诉人或者代为告诉人。

第一百九十二条 对于已经立案，经审查缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回起诉或者裁定驳回起诉；自诉人经说服撤回起诉或者被驳回起诉后，又提出了新的足以证明被告人有罪的证据，再次提起自诉的，人民法院应当受理。

第一百九十三条 自诉人明知有其他共同侵害人，但只对部分侵害人提起自诉的，人民法院应当受理，并视为自诉人对其他侵害人放弃告诉权利。判决宣告后自诉人又对其他共同侵害人放弃告诉权利。判决宣告后自诉人又对其他共同侵害人就同一事实提起自诉的，人民法院不再受理。共同被害人中只有部分人告诉的，人民法院应当通知其他被害人参加诉讼。被通知人接到通知后表示不参加诉讼或者不出庭的，即视为放弃告诉权利。第一审宣判后，被通知人就同一事实又提起自诉的，人民法院不予受理。但当事人另行提起民事诉讼的，不受本解释限制。

第一百九十四条 被告人实施的两个以上的犯罪行为，分别属于公诉案件和自诉案件的，人民法院可以在审理公诉案件时，对自诉案件一并审理。

第一百九十五条 人民法院受理自诉案件后，对于当事人因客观原因不能取得并提供有关证据而申请人民法院调取证据，人民法院认为必要的，可以依法调取。

第一百九十六条 人民法院对于决定受理的自诉案件，应当开庭审判。不适用简易程序审理的，审判程序参照公诉案件第一审程序的规定进行。

第一百九十七条　人民法院对告诉才处理和被害人有证据证明的轻微刑事案件，可以在查明事实、分清是非的基础上进行调解。自诉人在宣告判决前可以同被告人自行和解或者撤回起诉。

第一百九十八条　对于自诉人要求撤诉的，经人民法院审查认为确属自愿的，应当准许；经审查认为自诉人系被强迫、威吓等，不是出于自愿的，应当不予准许。

第一百九十九条　对于已经审理的自诉案件，当事人自行和解的，应当记录在卷。

第二百条　调解应当在自愿、合法，不损害国家、集体和其他公民利益的前提下进行。调解达成协议的，人民法院应当制作刑事自诉案件调解书，由审判人员和书记员署名，并加盖人民法院印章。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。调解没有达成协议或者调解书签收前当事人反悔的，人民法院应当进行判决。

第二百零一条　人民法院裁定准许自诉人撤诉或者当事人自行和解的案件，被告人被采取强制措施的，应当立即予以解除。

第二百零二条　自诉人经两次依法传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭准许中途退庭的，人民法院应当决定按自诉人撤诉处理。

自诉人是二人以上，其中部分人撤诉的，不影响案件的继续审理。

第二百零三条　对于刑事诉讼法第一百七十条第（三）项规定的案件，不适用调解。

第二百零四条　在自诉案件审理过程中，被告人下落不明的，应当中止审理。被告人归案后，应当恢复审理，必要时，应当对被告人依法采取强制措施。

第二百零五条　审理自诉案件，应当参照刑事诉讼法第一百六十二条和本解释第一百七十六条的有关规定作出判决。对于依法宣告无罪的案件，其附带民事诉讼部分应当依法进行调解或者一并作出判决。

第二百零六条　告诉才处理和被害人有证据证明的轻微刑事案件的被告人或者其法定代理人在诉讼过程中，可以对自诉人提起反诉。反诉必须符合下列条件：

（一）反诉的对象必须是本案自诉人；

（二）反诉的内容必须是与本案有关的行为；

（三）反诉的案件必须符合本解释第一条第（一）、（二）项的规定。

反诉案件适用自诉案件的规定，并应当与自诉案件一并审理。原自诉人撤

诉的，不影响反诉案件的继续审理。

十一、单位犯罪案件的审理程序

第二百零七条 人民法院受理单位犯罪案件，除依照本解释第一百一十六条的有关规定进行审查外，还应当审查起诉书中是否列明被告单位的名称、住所地，以及代表被告单位出庭的诉讼代表人的姓名、职务、通讯处。未按规定列明的，应当按本解释第一百一十七条第（二）项的规定办理。

第二百零八条 代表被告单位出庭的诉讼代表人，应当是单位的法定代表人或者主要负责人；法定代表人或者主要负责人被指控为单位犯罪直接负责的主管人员的，应当由单位的其他负责人作为被告单位的诉讼代表人出庭。

被告单位的诉讼代表人与被指控为单位犯罪直接负责的主管人员是同一人的，人民法院应当要求人民检察院另行确定被告单位的诉讼代表人出庭。

第二百零九条 人民法院决定开庭审理单位犯罪案件，应当通知被告单位的诉讼代表人出庭。

第二百一十条 接到出庭通知的被告单位的诉讼代表人应当出庭。拒不出庭的，人民法院在必要的时候，可以拘传到庭。

第二百一十一条 人民法院审理单位犯罪案件，被告单位的诉讼代表人享有刑事诉讼法规定的有关被告人的诉讼权利。开庭时，诉讼代表人席位置于审判台前左侧。

第二百一十二条 被告单位需要委托辩护人的，参照本解释有关辩护的规定办理。

第二百一十三条 被告单位的违法所得及其产生的收益，尚未依法追缴或者扣押、冻结的，人民法院应当根据案件具体情况，决定追缴或者扣押、冻结。

第二百一十四条 人民法院为了保证判决的执行，根据案件具体情况，可以先行扣押、冻结被告单位的财产或者由被告单位提出担保。

第二百一十五条 人民法院审理单位犯罪案件，被告单位被注销或者宣告破产，但单位犯罪直接负责主管人员和其他直接责任人员应当负刑事责任的，应当继续审理。

第二百一十六条 审理单位犯罪案件的其他程序，参照本解释的有关规定办理。

十二、简易程序

第二百一十七条　基层人民法院受理的公诉案件，人民检察院在起诉时书面建议适用简易程序的，应当随案移送全案卷宗和证据材料。人民法院经审查认为符合刑事诉讼法第一百七十四条第（一）项规定的，可以适用简易程序；认为依法不应当适用简易程序的，应当书面通知人民检察院，并将全案卷宗和证据材料退回人民检察院。

第二百一十八条　对于公诉案件，人民检察院移送起诉时没有建议适用简易程序，人民法院经审查认为符合刑事诉讼法第一百七十四条第（一）项规定，拟适用简易程序审理的，应当书面征求人民检察院的意见。人民检察院同意并移送全案卷宗和证据材料后，应当适用简易程序。

第二百一十九条　告诉才处理的案件和被害人有证据证明的轻微刑事案件，人民法院可以适用简易程序。但刑事诉讼法第一百七十条第（三）项规定的案件除外。

第二百二十条　刑事诉讼法第一百七十四条第（一）项规定的可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单位罚金的公诉案件，是指被告人被指控的一罪或者数罪，可能被宣告判处的刑罚为三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的案件。

第二百二十一条　人民法院对公诉案件的被告人可能判处免予刑事处分的，可以适用简易程序。

第二百二十二条　人民法院审理具有以下情形之一的案件，不应当适用简易程序：

（一）公诉案件的被告人对于起诉指控的犯罪事实予以否认的；

（二）比较复杂的共同犯罪案件；

（三）被告人是盲、聋、哑人的；

（四）辩护人作无罪辩护的；

（五）其他不宜适用简易程序的。

第二百二十三条　人民法院决定适用简易程序审理案件，应当在向被告人送达起诉书副本的同时，告知该案适用简易程序审理。

适用简易程序审理的案件，送达起诉书至开庭审判的时间，不受刑事诉讼法第一百五十一条第（二）项规定的限制。

第二百二十四条　适用简易程序审理的案件，在开庭审判前，人民法院应当将开庭的时间、地点通知人民检察院、自诉人、被告人、辩护人，也可以通

知其他诉讼参与人。

通知可以用简便方式，但应当记录在卷。

第二百二十五条 适用简易程序审理的案件，审判员宣布开庭，传被告人到庭后，应当查明被告人的基本情况，然后依次宣布案由、独任审判员、书记员、公诉人、辩护人、诉讼代理人、鉴定人和翻译人员的名单，并告知各项诉讼权利。

被告人可以就起诉指控的犯罪事实进行陈述和辩护。审判员可以出示、宣读主要证据，并听取被告人的意见。如果公诉人出庭支持公诉，在被告人陈述后，公诉人可以出示、宣读主要证据。经审判员准许，被告人及其辩护人可以同公诉人进行辩论。

审判员在必要时，可以讯问被告人。

被告人作最后陈述后，人民法院一般应当当庭宣判。

第二百二十六条 适用简易程序审理的案件，被告人委托辩护人的，辩护人可以不出庭，但应当在开庭审判前将书面辩护意见送交人民法院。

第二百二十七条 被告人、自诉人要求证人出庭的，人民法院可以准许。

第二百二十八条 适用简易程序审理的自诉案件，自诉人宣读起诉书后，被告人可以就起诉书指控的犯罪事实进行陈述，并自行辩护。自诉人应当出示主要证据。被告人有证据出示的，审判员应当准许。经审判员准许，被告人及其辩护人可以同自诉人及其诉讼代理人进行辩论。

第二百二十九条 适用简易程序审理的案件，在法庭审理过程中，发现以下不宜适用简易程序情形的，应当决定中止审理，并按照公诉案件或者自诉案件的第一审普通程序重新审理：

（一）公诉案件被告人的行为不构成犯罪的；

（二）公诉案件被告人应当判处三年以上有期徒刑的；

（三）公诉案件被告人当庭翻供，对于起诉指控的犯罪事实予以否认的；

（四）事实不清或者证据不充分的；

（五）其他依法不应当或者不宜适用简易程序的。

第二百三十条 转为普通程序审理的案件，审理期限应当从决定转为普通程序之日起计算。

十三、第二审程序

第二百三十一条 第二审人民法院受理不服第一审人民法院判决或者裁定提出上诉的和人民检察院认为第一审人民法院判决或者裁定确有错误提出抗诉

的案件。

第二百三十二条　地方各级人民法院正在宣告第一审判决、裁定时，应当明确告知被告人、自诉人、附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，如果不服判决或者裁定，有权在法定期限内以书状或者口头形式向上一级人民法院提出上诉；被告人的辩护人和近亲属，在法定期限内经被告人同意，也可以提出上诉；附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，可以对判决或者裁定中的附带民事部分，提出上诉。

被告人、自诉人、附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人是否提出上诉，以他们在上诉期满前最后一次的意思表示为准。

第二百三十三条　人民法院受理的上诉案件，一般应当有上诉状正本及副本。

上诉状内容应当包括：第一审判决书、裁定书的文号和上诉人收到的时间；第一审法院的名称；上诉的请求和理由；提出上诉的时间；上诉人签名或者盖章。如果是被告人的辩护人、近亲属经被告人同意提出上诉的，还应当写明提出上诉的人与被告人的关系，并应当以被告人作为上诉人。

第二百三十四条　被告人、自诉人、附带民事诉讼原告人和被告人因书写上诉状确有困难而口头提出上诉的，第一审人民法院应当根据其所陈述的理由和请求制作笔录，由上诉人阅读或者向其宣读后，上诉人应当签名或者盖章。

第二百三十五条　第二审人民法院受理的上诉和抗诉案件，必须是在法定期限内提出的。不服判决的上诉和抗诉的期限为十日；不服裁定的上诉和抗诉的期限为五日。上诉和抗诉的期限，从接到判决书、裁定书的第二日起计算。

第二百三十六条　被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人通过第一审人民法院提出上诉的，第一审人民法院应当审查上诉是否符合法律规定。符合法律规定的，应当在上诉期满后三日内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。

第二百三十七条　被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在收到上诉状后三日以内将上诉状交第一审人民法院。第一审人民法院应当审查上诉是否符合法律规定。符合法律规定的，应当在接到上诉状后三日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。

第二百三十八条　被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人及其法定代理人在上诉期限内要求撤回上诉的，应当准许。

第二百三十九条　被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人及其

法定代理人在上诉期满后要求撤回上诉的，应当由第二审人民法院进行审查。如果认为原判决认定事实和适用法律正确，量刑适当，应当裁定准许被告人撤回上诉；如果认为原判决事实不清，证据不足或者将无罪判为有罪、轻罪重判等，应当不准许撤回上诉，并按照上诉程序进行审理。

第二百四十条 地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉，通过第一审人民法院提交抗诉书。第一审人民法院应当在抗诉期满后三日内将抗诉书连同案卷、证据移送上一级人民法院，并且将抗诉书副本送交当事人。

第二百四十一条 人民检察院在抗诉期限内撤回抗诉的，第一审人民法院不再向上一级人民法院移送案件；如果是在抗诉期满后第二审人民法院宣告裁判前撤回抗诉的，第二审人民法院可以裁定准许，并通知第一审人民法院和当事人。

第二百四十二条 对附带民事判决或者裁定的上诉、抗诉期限，应当按照刑事部分的上诉、抗诉期限确定。如果原审附带民事部分是另行审判的，上诉期限应当按照民事诉讼法规定的期限执行。

第二百四十三条 人民法院审理人民检察院提出抗诉的案件，应当通知同级人民检察院派员出庭。对接到开庭通知后人民检察院不派员出庭的抗诉案件，人民法院应当裁定按人民检察院撤回抗诉处理，并通知第一审人民法院和当事人。

第二百四十四条 对于在上诉、抗诉期满前撤回上诉、抗诉的案件，第一审判决、裁定在上诉、抗诉期满之日起生效；对于在上诉、抗诉期满后要求撤回上诉、抗诉，第二审人民法院裁定准许的，第一审判决、裁定应当自第二审人民法院裁定书送达原上诉人或者抗诉的检察机关之日起生效。

第二百四十五条 第二审人民法院对第一审人民法院移送上诉、抗诉的案卷，应当审查是否包括下列内容：

(一) 移送上诉、抗诉案件函；

(二) 上诉状或者抗诉书；

(三) 第一审判决书或者裁定书八份（每增加一名被告人增加一份）；

(四) 全部案卷材料和证据，包括案件审结报告和其他应当移送的材料。

前款所列材料齐备，第二审人民法院应当收案；材料不齐备的，应当通知第一审人民法院及时补送。

第二百四十六条 第二审人民法院应当就第一审判决、裁定认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。

第二百四十七条　共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，或者人民检察院只就第一审人民法院对部分被告人的判决提出抗诉的，第二审人民法院应当对全案进行审查，一并处理。

第二百四十八条　共同犯罪案件，如果提出上诉的被告人死亡，其他被告人没有提出上诉，第二审人民法院仍应当对全案进行审查。死亡的被告人不构成犯罪的，应当宣告无罪；审查后认为构成犯罪的，应当宣布终止审理。对其他同案被告人仍应当作出判决或者裁定。

第二百四十九条　审理附带民事诉讼的上诉、抗诉案件，应当对全案进行审查。如果第一审判决的刑事部分并无不当，第二审人民法院只需就附带民事诉讼部分作出处理。如果第一审判决附带民事部分事实清楚，适用法律正确的，应当以刑事附带民事裁定维持原判，驳回上诉、抗诉。

第二百五十条　附带民事诉讼案件，只有附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人提出上诉的，第一审刑事部分的判决，在上诉期满后即发生法律效力。

应当送监执行的第一审刑事被告人是第二审附带民事诉讼被告人的，在第二审附带民事诉讼案件审结前，可以暂缓送监执行。

第二百五十一条　对于上诉、抗诉案件应当审查下列主要内容：

（一）第一审判决认定的事实是否清楚，证据是否确实、充分，证据之间有无矛盾；

（二）第一审判决适用法律是否正确，量刑是否适当；

（三）在侦查、起诉、第一审程序中，有无违反法律规定的诉讼程序的情形；

（四）上诉、抗诉是否提出了新的事实和证据；

（五）被告人供述、辩解的情况。

（六）辩护人的辩护意见以及采纳的情况；

（七）附带民事部分的判决、裁定是否适当；

（八）第一审法院合议庭、审判委员会讨论的意见。

审查后写出审查报告。

第二百五十二条　在第二审程序中，被告人除自行辩护外，还可以继续委托第一审辩护人或者另行委托辩护人辩护。

共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉或者人民检察院只就第一审人民法院对部分被告人的判决提出抗诉的，其他同案被告人也可以委托辩护人辩护。

第二百五十三条　对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。

经过阅卷，讯问被告人，听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见后，合议庭认定的事实与第一审认定的没有变化，证据充分的，可以不开庭审理。

对人民检察院抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭受理。

第二百五十四条　第二审人民法院开庭审理上诉、抗诉案件，可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

第二百五十五条　第二审人民法院开庭审理上诉或者抗诉案件，除参照第一审程序的规定外，还应当依照下列规定进行：

（一）法庭调查阶段，审判长或者审判员宣读第一审判决书、裁定书后，由上诉人陈述上诉理由或者由检察人员宣读抗诉书；如果是既有上诉又有抗诉的案件，先由检察人员宣读抗诉书，再由上诉人陈述上诉理由；法庭调查的重点要针对上诉或者抗诉的理由，全面查清事实，核实证据；

（二）法庭调查阶段，如果检察人员或者辩护人申请出示、宣读、播放第一审审理期间已经移交给人民法院的证据的，法庭应当指令值庭法警出示、播放有关证据；需要宣读的证据，由法警交由申请人宣读；

（三）法庭辩论阶段，上诉案件，应当先由上诉人、辩护人发言，再由检察人员发言；抗诉案件，应当先由检察人员发言，再由被告人、辩护人发言；既有上诉又有抗诉的案件，应当先由检察人员发言，再由上诉人、辩护人发言，并进行辩论。

第二百五十六条　共同犯罪案件，没有提出上诉的和没有对其判决提出抗诉的第一审被告人，应当参加法庭调查，并可以参加法庭辩论。

第二百五十七条　第二审人民法院审理被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属提出上诉的案件，不得加重被告人的刑罚，并应当执行下列具体规定：

（一）共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，既不能加重提出上诉的被告人的刑罚，也不能加重其他同案被告人的刑罚；

（二）对原判认定事实清楚、证据充分，只是认定的罪名不当的，在不加重原判刑罚的情况下，可以改变罪名；

（三）对被告人实行数罪并罚的，不得加重决定执行的刑罚，也不能在维持原判决决定执行的刑罚不变的情况下，加重数罪中某罪的刑罚；

（四）对被告人判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的，不得撤销原判决宣告的缓刑或者延长缓刑考验期；

（五）对事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻，或者应当适用附加刑而没有适用的案件，不得撤销第一审判决，直接加重被告人的刑罚或者适用附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回第一审人民法院重新审理。必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，按照审判监督程序重新审判。

人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的案件，不受前款规定的限制。但是人民检察院抗诉的案件，经第二审人民法院审理后，改判被告人死刑立即执行的，应当报请最高人民法院核准。

第二百五十八条　共同犯罪案件中，人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉的，第二审人民法院对其他第一审被告人不得加重刑罚。

第二百五十九条　提出上诉或者抗诉的理由具有刑事诉讼法第一百九十一条规定的情形之一的，第二审人民法院应当裁定撤销原判，发回第一审人民法院重新审判。

第二百六十条　第二审人民法院审理刑事附带民事上诉、抗诉案件，如果发现刑事和附带民事部分均有错误需依法改判的，应当一并改判。

第二百六十一条　第二审人民法院审理对刑事部分提出上诉、抗诉、附带民事诉讼部分已经发生法律效力的案件，如果发现第一审判决或者裁定中的民事部分确有错误，应当对民事部分按照审判监督程序予以纠正。

第二百六十二条　第二审人民法院审理对附带民事诉讼部分提出上诉、抗诉，刑事部分已经发生法律效力的案件，如果发现第一审判决或者裁定中的刑事部分确有错误，应当对刑事部分按照审判监督程序进行再审，并将附带民事诉讼部分与刑事部分一并审理。

第二百六十三条　对第二审自诉案件，必要时可以进行调解，当事人也可以自行和解。调解结案的，应当制作调解书，第一审判决、裁定视为自动撤销；当事人和自行和解的，由人民法院裁定准许撤回自诉，并撤销第一审判决或者裁定。

第二百六十四条　第二审人民法院对于调解结案或者当事人自行和解的自诉案件，被告人被采取强制措施的，应当立即予以解除。

第二百六十五条　在第二审程序中，自诉案件的当事人提出反诉的，第二审人民法院应当告知其另行起诉。

第二百六十六条　在第二审案件附带民事部分审理中，第一审民事原告人增加独立的诉讼请求或者第一审民事被告人提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

第二百六十七条　人民法院依法开庭审理第二审公诉案件，应当在开庭十日以前通知人民检察院查阅案卷。自通知后的第二日起，人民检察院查阅案卷超过七日后的期限，不计入第二审审理期限。

十四、在法定刑以下判处刑罚和适用特殊情况假释的核准程序

第二百六十八条　根据刑法第六十三条第二款规定报请最高人民法院核准在法定刑以下判处刑罚的案件，按下列情形分别处理：

（一）被告人不提出上诉、人民检察院不提出抗诉的，在上诉、抗诉期满后三日内报请上一级人民法院复核。上一级人民法院同意原判的，应当逐级报请最高人民法院核准；上一级人民法院不同意原判的，应当裁定发回重新审判或者改变管辖，按照第一审程序重新审理。原判是由基层人民法院作出的，高级人民法院可以指定中级人民法院按照第一审程序重新审理；

（二）被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的案件，应当按照第二审程序审理。上诉或者抗诉无理的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判，并按照本条第（一）项规定的程序逐级报请最高人民法院核准。上诉或者抗诉有理的，应当依法改判。改判后仍判决在法定刑以下处以刑罚的，按照本条第（一）项规定的程序逐级报请最高人民法院核准。

第二百六十九条　报请最高人民法院核准在法定刑以下判处刑罚的案件，应当报送报请核准案件的结案报告、判决书各十五份，以及全案诉讼卷宗和证据。

第二百七十条　最高人民法院复核在法定刑以下判处刑罚的案件，予以核准的，作出核准裁定书；不予核准的，应当撤销原判决、裁定，发回原审人民法院重新审判或者指定其他下级人民法院重新审判。

第二百七十一条　根据刑法第八十一条第一款规定报请最高人民法院核准因犯罪分子具有特殊情况，不受执行刑期限制的假释案件，按下列情形分别处理：

（一）中级人民法院依法作出假释裁定后，应即报请最高人民法院复核。高级人民法院同意假释的，应当报请最高人民法院核准；高级人民法院不同意假释的，应当裁定撤销中级人民法院的假释裁定；

（二）高级人民法院依法作出假释裁定的，应当报请最高人民法院核准。

第二百七十二条　报请最高人民法院核准因犯罪分子具有特殊情况，不受执行刑期限制的假释案件，应当报送报请核准假释案件的报告、罪犯具有特殊情况的报告、假释裁定书各十五份，以及全案卷宗。

第二百七十三条　最高人民法院核准因犯罪分子具有特殊情况，不受执行刑期限制的假释案件，予以核准的，作出核准裁定书；不予核准的，应当作出撤销原裁定，不准假释的裁定书。

十五、死刑复核程序

第二百七十四条　死刑由最高人民法院核准，但依法授权高级人民法院核准的除外。

因人民检察院提出抗诉而由人民法院按照第二审程序改判死刑的案件，应当报请最高人民法院核准。

第二百七十五条　报请最高人民法院核准的死刑案件，按照下列情形分别处理：

（一）中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后三日内报请高级人民法院复核。高级人民法院同意判处死刑的，应当依法作出裁定后，报请最高人民法院核准；不同意判处死刑的，应当提审或者发回重新审判；

（二）中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉，高级人民法院终审裁定维持死刑判决的，报请最高人民法院核准；

（三）高级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后三日内报请最高人民法院核准；

（四）依法应当由最高人民法院核准的死刑案件，判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑的，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

第二百七十六条　依授权可以由高级人民法院核准的死刑案件，中级人民法院判处死刑后，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后三日内报请高级人民法院核准。

高级人民法院同意判处死刑的，应当裁定核准死刑；不同意判处死刑的，应当依法改判；认为原判事实不清，证据不足的，应当发回中级人民法院重新审判。

第二百七十七条　依授权可以由高级人民法院核准的死刑案件，判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑的，报请高级人民法院核准。

第二百七十八条　中级人民法院判处死刑缓期二年执行的第一审案件，被

告人不上诉、人民检察院不抗诉的，应当报请高级人民法院核准。

高级人民法院对于报请核准的死刑缓期二年执行的案件，按照下列情形分别处理：

（一）同意判处死刑缓期二年执行的，应当裁定予以核准；

（二）认为原判事实不清、证据不足的，应当裁定发回重新审判；

（三）认为原判量刑过重的，应当依法改判。

高级人民法院核准死刑缓期二年执行的案件，不得以提高审级等方式加重被告人的刑罚。

第二百七十九条　被告人被判处死刑的数罪中，如果有应当由最高人民法院核准的，或者共同犯罪案件部分被告人被判处死刑的罪中有应当由最高人民法院核准的，必须将全案报请最高人民法院核准。

第二百八十条　报请复核死刑（死刑缓期二年执行）案件，应当一案一报。报送的材料应当包括报请复核的报告、死刑（死刑缓期二年执行）案件综合报告和判决书各十五份，以及全部诉讼案卷和证据；共同犯罪的案件，应当报送全案的诉讼案卷和证据。

（一）报请复核的报告，应当载明案由、简要案情和审理过程及判决结果；

（二）死刑（死刑缓期二年执行）案件综合报告应当包括以下主要内容：

1、被告人的姓名、性别、出生年月日、民族、文化程度、职业、住址、简历以及拘留、逮捕、起诉的时间和现在被羁押的处所；

2、被告人的犯罪事实，包括犯罪时间、地点、动机、目的、手段、危害后果以及从轻、从重处罚等情节，认定犯罪的证据，定罪量刑的法律依据；

3、需要说明的其他问题。

第二百八十一条　报送死刑（死刑缓期二年执行）复核案件的诉讼案卷和证据，根据案件具体情况应当包括以下内容：

（一）拘留证、逮捕证、搜查证的复印件；

（二）扣押赃款、赃物和其他在案件证的清单；

（三）公安机关、国家安全机关的起诉意见书，或者人民检察院的侦查终结报告；

（四）人民检察院的起诉书；

（五）案件的审查报告、法庭审理笔录、合议庭评议笔录和审判委员会讨论决定笔录；

（六）被告人上诉状、人民检察院抗诉书；

（七）人民法院的判决书、裁定书和宣判笔录、送达回证；

（八）能够证明案件具体情况并经过查证属实的各种肯定的和否定的证据，包括物证或者物证照片、书证、证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解。

第二百八十二条　高级人民法院复核或者核准死刑（死刑缓期二年执行）案件，必须提审被告人。

第二百八十三条　复核死刑（死刑缓期二年执行）案件，应当全面审查以下内容：

（一）被告人的年龄，有无责任能力，是否正在怀孕的妇女；

（二）原审判决认定的主要事实是否清楚，证据是否确实、充分；

（三）犯罪情节、后果及危害程度；

（四）原审判决适用法律是否正确，是否必须判处死刑，是否必须立即执行；

（五）有无法定、酌定从轻或者减轻处罚的情节；

（六）其他应当审查的情况。

第二百八十四条　对报请核准的死刑（死刑缓期二年执行）案件全面审查后，合议庭应当进行评议并写出复核审理报告。审核报告应当包括以下内容：

（一）案件的由来和审理经过；

（二）被告人和被害人简况；

（三）案件的侦破情况；

（四）原审判决要点和控辩双方意见；

（五）对事实和证据复核后的分析与认定；

（六）合议庭评议意见、审判委员会讨论决定意见；

（七）需要说明的问题。

第二百八十五条　对判处死刑的案件，复核后应当根据案件情形分别作出裁判；

（一）原审判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，裁定予以核准；

（二）原审判决认定事实错误或者证据不足的，裁定撤销原判，发回重新审判；

（三）原审判决认定的事实正确，但适用法律有错误，或者量刑不当，不同意判处死刑的，应当改判；

（四）发现第一审人民法院或者第二审人民法院违反法律规定的诉讼程序，可能影响正确判决的，应当裁定撤销原判，发回第一审人民法院或者第二审人民法院重新审判。

第二百八十六条　高级人民法院复核后发回原审人民法院重新审判的案

件，重新审判所作的判决、裁定，被告人可以提出上诉，人民检察院可以提出抗诉。

第二百八十七条 共同犯罪案件中，部分被告人被判处死刑的，最高人民法院或者高级人民法院复核时，应当对全案进行审查，但不影响对其他被告人已经发生法律效力判决、裁定的执行；发现对其他被告人已经发生法律效力的判决、裁定确有错误时，可以指令原审人民法院再审。

十六、扣押、冻结在案财物的处理

第二百八十八条 人民法院对于扣押、冻结在案的被告人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。

依法扣押的货币、有价证券，应当登记写明货币、有价证券的名称、数额、面额，货币应当存入银行专户，并登记银行存款凭证的名称、内容，入卷备查。

依法扣押的物品，应当登记写明物品名称、型号、规格、数量、重量、质量、成色、纯度、颜色、新旧程度、缺损特征和来源等，入卷备查。

依法扣押的文物、金银、珠宝、名贵字画等以及违禁品，应当及时鉴定。

对扣押的物品应当及时依照有关规定作价。

第二百八十九条 对于被害人的合法财产，被害人明确的，扣押、冻结机关应当依法及时返还。但须经拍照、鉴定、作价，并在案卷中注明返还的理由，将原物照片、清单和被害人的领取手续入卷备查。

第二百九十条 对作为证据使用的实物，包括作为物证的货币、有价证券等，应当随案移送。开庭审判时，经向法庭出示、质证后移交法庭。休庭或者闭庭时办理证据交接手续，清点、核对无误的，由经手人在清单上分别签名后予以封存。对因上诉、抗诉引起第二审程序的，第一审人民法院应当将上述证据移送第二审人民法院，并办理证据交接手续。

第二百九十一条 下列不宜移送的实物，人民法院受理案件时，应当审查是否附有相关证据材料；需要鉴定（包括估价）的，应当附有鉴定结论：

（一）大宗的、不便搬运的物品，由扣押机关开列清单，并附原物照片和封存手续，注明存放地点；

（二）易腐烂、霉变和不易保管的物品，扣押机关变卖处理后，随案移送原物照片、清单、变价处理的凭证（复印件）；

（三）违禁品、枪支弹药、易燃易爆物品、剧毒物品以及其他危险品，扣押机关依照国家有关规定处理后，随案移送原物照片和清单。

对于查封、扣押的货币、有价证券等依法不移送的，人民法院受理案件时，应当审查是否附有原物照片、清单或者其他证明文件。

第二百九十二条　人民法院受理案件时，对于侦查机关冻结在金融机构的存款，应当审查是否附有金融机构出具的证明文件原件。人民法院作出生效判决后，通知该金融机构上缴国库，同时将判决书送达有关财政机关。金融机构应当在接到执行通知书后十五日内向人民法院送交执行回单。

第二百九十三条　对于查封、扣押的赃款、赃物依法不移送的，人民法院作出的判决生效后，由原审的人民法院通知查封、扣押机关上缴国库，同时将通知及判决书送达有关财政机关。查封、扣押机关应当在接到执行通知书后十五日内向人民法院送交执行回单。

第二百九十四条　对于人民法院扣押、冻结的赃款、赃物及其孳息，人民法院作出的判决生效后，由原审人民法院依照生效的法律文书进行处理。除依法返还被害人的以外，应当一律没收，上缴国库。法律另有规定的除外。

对人民检察院、公安机关因犯罪嫌疑人死亡，申请人民法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人存款、汇款等的金融机构，将该犯罪嫌疑人的存款、汇款等上缴国库或者返还被害人的案件，人民法院应当经过阅卷、审查有关证据材料后作出裁定。

第二百九十五条　对于扣押、冻结的与本案无关的财物，已列入清单的，人民法院应当通知扣押、冻结机关依法处理。被告人被判处财产刑的，人民法院应当通知扣押、冻结机关将拟返还被告人的财物移交人民法院执行刑罚。

十七、审判监督程序

第二百九十六条　各级人民法院对当事人及其法定代理人、近亲属对已经发生法律效力的判决、裁定提出的申诉，应当进行登记并认真审查处理。

第二百九十七条　人民法院经审查，对不符合刑事诉讼法第二百零三条规定的申诉，按来信、来访处理。

第二百九十八条　受理、审查申诉一般由作出发生法律效力的判决、裁定的人民法院进行。直接向上级人民法院申诉的，如果没有经作出发生法律效力的判决、裁定的人民法院审查处理，上级人民法院可以交该人民法院审查，并告知申诉人；如果属于案情疑难、复杂、重大的，或者已经由作出发生法律效力的判决、裁定的人民法院审查处理后仍坚持申诉的，上级人民法院可以直接受理、审查，下级人民法院也可以请求移送上一级人民法院审查处理。

第二百九十九条　原审人民法院审查处理的申诉、上级人民法院直接处理

的申诉和转交下级人民法院审查处理的申诉，应当立申诉卷。

第三百条 第二审人民法院对不服本院维持第一审人民法院裁判的申诉，可以交由第一审人民法院审查。第一审人民法院审查后，应当写出审查报告，提出处理意见，报第二审人民法院审定。

第三百零一条 对最高人民法院核准死刑的案件或者授权高级人民法院核准死刑案件的申诉，可以由原核准的人民法院直接处理，也可以交由原审人民法院审查。原审人民法院应当写出审查报告，提出处理意见，逐级上报原核准的人民法院审定。

第三百零二条 人民法院受理申诉后，应当在三个月内作出决定，至迟不得超过六个月。经审查，认为有刑事诉讼法第二百零四条规定的情形之一的，由院长提请审判委员会决定重新审判；对不符合刑事诉讼法第二百零四条规定的申诉，应当说服申诉人撤回申诉；对仍然坚持申诉的，应当书面通知驳回。

第三百零三条 申诉人对驳回申诉不服的，可以向上一级人民法院申诉。上一级人民法院经审查认为申诉不符合刑事诉讼法第二百零四条规定的，应当予以驳回。经两级人民法院处理后又提出申诉的，如果没有新的充分理由，人民法院可以不再受理。

第三百零四条 各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实或者适用法律上确有错误，经提交审判委员会讨论决定再审的案件，应当另行组成合议庭进行再审。

第三百零五条 最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，可以指令下级人民法院再审；对于原判决、裁定认定事实正确，但是在适用法律上有错误，或者案情疑难、复杂、重大的，或者有其他不宜由原审人民法院审理的情况的案件，也可以提审。

第三百零六条 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新审理；对于原判决事实不清或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审，并将指令再审的决定书抄送抗诉的人民检察院。

第三百零七条 人民法院决定按照审判监督程序重新审判的案件，除人民检察院提起抗诉的外，应当制作再审决定书。再审期间不停止原判决、裁定的执行。

第三百零八条　人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当对原判决、裁定认定的事实、证据和适用法律进行全面审查。

第三百零九条　人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，如果原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

第三百一十条　按照审判监督程序进行再审的刑事自诉案件，应当依法作出判决、裁定；附带民事部分可以调解结案。

第三百一十一条　再审案件的审理期限，依照刑事诉讼法第二百零七条的规定执行。

第三百一十二条　再审案件经过重新审理后，应当按照下列情形分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回申诉或者抗诉；

（二）原判决、裁定认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判。按照第二审程序审理的案件，认为必须判处被告人死刑立即执行的，直接改判后，应当报请最高人民法院核准；

（三）应当对被告人实行数罪并罚的案件，原判决、裁定没有分别定罪量刑的，应当撤销原判决、裁定，重新定罪量刑，并决定执行的刑罚；

（四）按照第二审程序审理的案件，原判决、裁定认定事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判，也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。原判决、裁定认定事实不清，证据不足，经再审仍无法查清，证据不足，不能认定原审被告人有罪的，应当参照本解释第一百七十六条第（四）项规定，判决宣告被告人无罪。

十八、涉外刑事案件审理程序

第三百一十三条　本解释所称的涉外刑事案件是指：

（一）在中华人民共和国领域内，外国人犯罪的或者我国公民侵犯外国人合法权利的刑事案件；

（二）在中华人民共和国领域内，符合刑法第八条、第十条规定情形的外国人对中华人民共和国国家和公民犯罪和中国公民犯罪的案件；

（三）符合刑法第九条规定的情形，中华人民共和国在所承担国际条约义务范围内行使管辖权的案件。

第三百一十四条 外国人的国籍以其入境时的有效证件予以确认；国籍不明的，以公安机关会同外事部门查明的为准。国籍确实无法查明的，以无国籍人对待，适用涉外刑事案件审理程序。

第三百一十五条 享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题，通过外交途径解决。

第三百一十六条 外国籍被告人在刑事诉讼中，享有我国法律规定的诉讼权利并承担义务。

第三百一十七条 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约中有关于刑事诉讼程序具体规定的，适用该国际条约的规定。但是，我国声明保留的条款除外。

第三百一十八条 人民法院审判涉外刑事案件，应当公开进行。但是涉及国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。公开审理的案件，由人民法院发旁听证的，凭证入场旁听。

第三百一十九条 人民法院审判涉外刑事案件，使用中华人民共和国通用的语言、文字，应当为外国籍被告人提供翻译。如果外国籍被告人通晓中国语言、文字，拒绝他人翻译的，应当由本人出具书面声明，或者将他的口头声明记录在卷。诉讼文书为中文本，应当附有被告人通晓的外文译文，译本不加盖人民法院印章，以中文本为准。翻译费用由被告人承担。

如果外国籍被告人拒收诉讼文书的，应当依照本解释第一百零四条第三款的规定处理。

第三百二十条 外国籍被告人委托律师辩护的，以及附带民事诉讼的原告人、自诉人委托律师代理诉讼的，应当委托具有中华人民共和国律师资格并依法取得执业证书的律师。

外国籍被告人没有委托辩护人的，人民法院可以为其指定辩护人。被告人拒绝辩护人为其辩护的，应当由其提出书面声明，或者将其口头声明记录在卷后，人民法院予以准许。

在中华人民共和国领域外居住的外国人寄给中国律师或者中国公民的受权委托书，必须经所在国公证机关证明、所在国外交部或者其授权机关认证，并经中国驻该国使、领馆认证，才具有法律效力。但中国与该国之间有互免认证协定的除外。

第三百二十一条 人民法院审理涉外刑事案件及处理结果，应当及时通报当地外事部门。

第三百二十二条 对涉外刑事案件的被告人及人民法院认定的其他相关犯

罪嫌疑人，可以决定限制出境；对开庭审理案件时必须到庭的证人，可以要求暂缓出境。限制出境的决定应当通报同级公安机关或者国家安全机关。

第三百二十三条　人民法院决定限制外国人和中国公民出境的，应当口头或者书面通知被限制出境的人，也可以采取扣留其护照或者其他有效出入境证件的办法，在案件审理终结前不得离境。

第三百二十四条　对需要在边防检查站阻止外国人和中国公民出境的，人民法院应当填写口岸阻止人员出境通知书。控制口岸在本省、自治区、直辖市的，应当向本省、自治区、直辖市公安厅（局）办理交控手续。控制口岸不在本省、自治区、直辖市的，应当通过有关省、自治区、直辖市公安厅（局）办理交控手续。在紧急情况下，如确有必要，也可以先向边防检查站交控，然后补办交控手续。

第三百二十五条　根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照对等互惠原则，我国法院和外国法院可以互相请求，代为一定的诉讼行为。

外国法院请求的事项同中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益不相容以及违反中国法律的，应当予以驳回；不属于我国法院职权范围的，应当予以退回，并说明理由。

第三百二十六条　请求与我国签订司法协助协定的国家的法院代为一定诉讼行为的，必须由所在省、自治区、直辖市高级人民法院报经最高人民法院审查同意。与我国签订司法协助协定的国家的法院请求我国法院代为一定诉讼行为的，应当由最高人民法院审查后转达。

第三百二十七条　向在中华人民共和国领域外居住的当事人送达诉讼文书，采用下列方式：

（一）通过外交途径送达；

（二）对中国籍当事人，可以委托我国使、领馆代为送达；

（三）当事人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达；

（四）当事人所在国与我国有刑事司法协助协定的，按照协定规定的方式送达；

（五）当事人是自诉案件的自诉人或者是附带民事诉讼的原告人，有诉讼代理人的，可以由诉讼代理人送达。

第三百二十八条　人民法院与同我国建交国家的法院通过外交途径相互请求送达法律文书的，除该国同我国已有司法协助协定的依协定外，依据互惠原则办理。

第三百二十九条　外国法院通过外交途径请求我国法院向我国公民以及在

华的第三国当事人送达有关刑事法律文书，除有司法协助协定的外，按照下列程序处理：

（一）由该国驻华使、领馆将法律文书交外交部领事司转递有关高级人民法院。该高级人民法院经审查后，认为可以代为送达的，应当指定有关中级人民法院送达当事人。请求方附有送达回证的，当事人应当在送达回证上签字；未附送达回证的，由负责送达的中级人民法院出具送达证明。送达回证或者送达证明由高级人民法院通过外交部领事司转递请求方；

（二）受送达的当事人享有外交特权与豁免权的，不予送达；不属于人民法院职权范围或者因地址不明及其他原因不能送达的，有关高级人民法院应当注明不能送达的原因，由外交部领事司向请求方说明，予以退回。

第三百三十条 外国驻华使、领馆通过外交途径请求我国法院向在华的该国国民送达法律文书，适用本解释第三百二十九条的规定。

第三百三十一条 人民法院通过外交途径向国外当事人送达法律文书，按照下列程序处理：

（一）请求送达的法律文书必须经高级人民法院审查，由高级人民法院交外交部领事司转递；

（二）必须准确注明受送达当事人的外文姓名、性别、年龄、国籍及详细地址，并将该案的基本情况函告外交部领事司；

（三）必须附有注明被请求方法院名称的送达请求书。被请求方法院名称不明的，可以请求该当事人所在地区主管法院送达。所送法律文书必须附有被请求方官方通用文字或者该国同意使用的第三国文字译本。如果被请求方对请求书及法律文书有公证、认证等特殊要求，由外交部领事司通知高级人民法院。

第三百三十二条 人民法院委托我使、领馆向在外国的中国籍当事人送达法律文书，按照下列程序处理：

（一）委托送达的法律文书必须经高级人民法院审查，由高级人民法院交外交部领事司转递；

（二）必须准确注明受送达当事人的外文姓名、性别、年龄及详细地址，并将该案的基本情况函告外交部领事司。

第三百三十三条 我国法院和外国法院通过外交途径相互请求送达法律文书的收费，参照最高人民法院、外交部、司法部《关于我国法院和外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书和调查取证费用收支办法的通知》办理。

第三百三十四条 外国籍被告人被逮捕、审判或者在案件审理中死亡，应

当通知其所属国家的驻华使、领馆，并按照有关规定处理。

第三百三十五条　外国法院请求我国法院提供司法协助的请求书及所附文件，应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。

第三百三十六条　涉外刑事案件审理过程中的其他事宜，按照本解释的有关规定和其他有关规定办理。

十九、执行程序

第三百三十七条　判决和裁定在发生法律效力后执行。

下列判决和裁定是发生法律效力的判决和裁定：

（一）已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定；

（二）终审的判决和裁定；

（三）高级人民法院核准的死刑缓期二年执行的判决、裁定和依据最高人民法院的授权核准死刑的判决和裁定；

（四）最高人民法院核准死刑的判决和裁定。

第三百三十八条　最高人民法院判处和核准的死刑立即执行的判决、裁定，应当由最高人民法院院长签发执行死刑命令；最高人民法院授权高级人民法院核准的死刑立即执行的判决、裁定，应当由高级人民法院院长签发执行死刑命令。

第三百三十九条　被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪的，应当由人民检察院提起公诉，罪犯服刑地的中级人民法院依法审判，所作的判决可以上诉、抗诉。

认定构成故意犯罪的判决、裁定发生法律效力后，由作出生效判决、裁定的人民法院，依照本解释第二百七十五条第（四）项或者第二百七十七条的规定报请上级人民法院或者由本院核准犯罪分子死刑立即执行。上级人民法院或者本院核准后，交罪犯服刑地的中级人民法院执行死刑。

第三百四十条　死刑缓期二年执行期满应当减刑的，人民法院应当及时减刑。死刑缓期二年执行期满减为有期徒刑的，刑期自死刑缓期二年执行期满之日起计算。

第三百四十一条　最高人民法院和高级人民法院的执行死刑命令，均由高级人民法院交付原审人民法院执行，原审人民法院接到执行死刑命令后，应当在七日内执行。

第三百四十二条　下级人民法院在接到执行死刑命令后，发现有下列情形之一的，应当停止执行，并立即报告核准死刑的人民法院，由核准死刑的人民

法院作出裁定：

（一）在执行前发现裁判可能有错误的；

（二）在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；

（三）罪犯正在怀孕的。

前款第（一）项、第（二）项规定停止执行的原因消失后，必须报请核准死刑的人民法院院长再签发执行死刑命令才能执行；由于前款第（三）项规定的原因停止执行的，应当报请核准死刑的人民法院依法改判。

第三百四十三条 执行死刑前，罪犯提出会见其近亲属或者其近亲属提出会见罪犯申请的，人民法院可以准许。

第三百四十四条 人民法院将罪犯交付执行死刑，应当在交付执行三日前通知同级人民检察院派员临场监督。

第三百四十五条 死刑采用枪决或者注射等方法执行。

采用注射方法执行死刑的，应当在指定的刑场或者羁押场所内执行。具体程序，依照有关规定。

采用枪决、注射以外的其他方法执行死刑的，应当事先报请最高人民法院批准。

第三百四十六条 执行死刑前，指挥执行的审判人员对罪犯应当验明正身，询问有无遗言、信札，并制作笔录，然后交付执行人员执行死刑。

执行死刑应当公布，禁止游街示众或者其他有辱被执行人人格的行为。

第三百四十七条 执行死刑完毕，应当由法医验明罪犯确实死亡后，在场书记员制作笔录。交付执行的人民法院应当将执行死刑情况（包括执行死刑前后照片）及时逐级上报最高人民法院。

第三百四十八条 执行死刑后，负责执行的人民法院应当办理以下事项：

（一）对于死刑罪犯的遗书、遗言笔录，应当及时进行审查，涉及财产继承、债务清偿、家事嘱托等内容的，将遗书、遗言笔录交给家属，同时复制存卷备查；涉及案件线索等问题的，应当抄送有关机关；

（二）通知罪犯家属在限期内领取罪犯尸体；有火化条件的，通知领取骨灰。过期不领取的，由人民法院通知有关单位处理。对于死刑罪犯的尸体或者骨灰的处理情况，应当记录在卷；

（三）对外国籍罪犯执行死刑后，通知外国驻华使、领馆的程序和时限，依照有关规定办理。

第三百四十九条 对于判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪

犯，交付执行的人民法院应当将判决书、裁定书、人民检察院的起诉书副本、自诉状复印件、人民法院的执行通知书、结案登记表及时送达看守所，由公安机关将罪犯交付监狱执行。

第三百五十条　收监执行决定书应当分别送达交付执行的公安机关和监狱。罪犯需要羁押执行刑罚，而判决确定前罪犯有被羁押的，人民法院应当根据生效的判决书或者裁定书将罪犯羁押，并送交公安机关。

第三百五十一条　对于判处拘役的罪犯，在判决、裁定生效后，由交付执行的人民法院将判决书、裁定书、人民检察院的起诉书副本、自诉状复印件、执行通知书、结案登记表及时送达公安机关。

第三百五十二条　执行通知书回执经看守所盖章后，附入人民法院的诉讼案卷。

第三百五十三条　被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有刑事诉讼法第二百一十四条第一、四款规定的情形之一，人民法院决定暂予监外执行的，应当制作《暂予监外执行决定书》，载明罪犯基本情况、判决确定的罪名和刑罚、决定暂予监外执行的原因、依据等内容，并抄送人民检察院和罪犯居住地的公安机关。

第三百五十四条　判决、裁定生效后，公安机关将罪犯交付执行，监狱不予收监的，监狱应当书面说明理由，由公安机关将执行通知书退回人民法院。人民法院经审查认为监狱不予收监的罪犯不符合刑事诉讼法第二百一十四条规定的暂予监外执行条件的，应当决定将罪犯交付监狱收监执行。收监执行决定书应当分别送达交付执行的公安机关和监狱。

第三百五十五条　第一审人民法院判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的犯罪分子，判决尚未发生法律效力的，不能立即交付执行。如果被宣告缓刑的罪犯在押，第一审人民法院应当先行作出变更强制措施的决定，改为监视居住或者取保候审，并立即通知有关公安机关。判决发生法律效力后，应当将法律文书送达当地公安机关。

第三百五十六条　被宣告缓刑、假释的犯罪分子，在缓刑、假释考验期限内再犯新罪或者被发现判决宣告以前还有其他罪没有判决，应当撤销缓刑、假释的，由审判新罪的人民法院在审判新罪时，对原判决、裁定宣告的缓刑、假释予以撤销；如果原来是上级人民法院判决、裁定宣告缓刑、假释的，审判新罪的下级人民法院也可以撤销原判决、裁定宣告的缓刑、假释。审判新罪的人民法院对原审判决、裁定宣告的缓刑、假释撤销后，应当通知原宣告缓刑、假释的人民法院和执行机关。

第三百五十七条 被宣告缓刑、假释的犯罪分子，在缓刑、假释考验期限内违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑、假释的监督管理规定，应当依法撤销缓刑、假释的，原作出缓刑、假释裁判的人民法院应当自收到同级公安机关提出的撤销缓刑、假释建议之日起一个月内依法作出裁定。

人民法院撤销缓刑、假释的裁定，一经作出，立即生效。

第三百五十八条 发生法律效力的刑事判决、裁定和调解书中涉及财产内容需要执行的，由原审人民法院执行。

附带民事判决中财产的执行，依照民事诉讼法和最高人民法院的有关规定办理。

第三百五十九条 罚金在判决规定的期限内一次或者分期缴纳。期满无故不缴纳的，人民法院应当强制缴纳。经强制缴纳仍不能全部缴纳的，人民法院在任何时候，包括在判处的主刑执行完毕后，发现被执行人有可以执行的财产的，应当追缴。

如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳罚金确实有困难的，犯罪分子可以向人民法院申请减少或者免除。人民法院查证属实后，可以裁定对原判决确定的罚金数额予以减少或者免除。

行政机关对被告人就同一事实已经处以罚款的，人民法院判处罚金时应当予以折抵。

第三百六十条 对判处财产刑的犯罪分子或者附带民事诉讼的判决、裁定有执行财产内容的被告人，在本地无财产可供执行的，原判人民法院可以委托其财产所在地人民法院代为执行。代为执行的人民法院执行后或者无法执行的，应当将有关情况及时通知委托人民法院。代为执行的人民法院可以将执行财产刑的财产直接上缴国库；需要退赔的财产，应当由执行的人民法院移交委托人民法院依法退赔。

第三百六十一条 被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期二年执行期间，如果没有故意犯罪，死刑缓期二年执行期满后，即应当裁定减刑。如果死刑缓期二年执行期满后尚未裁定减刑前又犯新罪的，应当依法减刑后对其所犯新罪另行审判。

第三百六十二条 减刑、假释案件按照下列情形分别处理：

（一）对于被判处死刑缓期二年执行的罪犯的减刑，由罪犯服刑地的高级人民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑建议书裁定；

（二）对于被判处无期徒刑的罪犯的减刑、假释，由罪犯服刑地的高级人

民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑、假释建议书裁定。高级人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起一个月内依法裁定；案情复杂或者情况特殊的，可以延长一个月；

（三）对于被判处有期徒刑（包括减为有期徒刑）的罪犯的减刑、假释，由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地执行机关提出的减刑、假释建议书裁定。中级人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起一个月内依法裁定；案情复杂或者情况特殊的，可以延长一个月；

（四）对于被判处拘役的罪犯的减刑，由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑建议书裁定；

（五）对于被判处管制的罪犯的减刑，由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑建议书裁定；

（六）被宣告缓刑的罪犯，在缓刑考验期限内确有重大立功表现，需要予以减刑，并相应缩短缓刑考验期限的，应当由负责考察的公安派出所会同罪犯的所在单位或者基层组织提出书面意见，由罪犯所在地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑建议书裁定；

（七）对于公安机关看守所监管的罪犯的减刑、假释，由罪犯所在的看守所提出意见，由当地中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑、假释建议书裁定。

前款第（四）至（七）项规定的减刑、假释，人民法院应当自收到减刑、假释建议书之日起一个月内依法裁定。

第三百六十三条　人民法院受理减刑、假释案件，应当审查执行机关移送的材料是否包括下列内容：

（一）减刑、假释建议书；

（二）终审法院的判决书、裁定书、历次减刑裁定书的复制件；

（三）罪犯确有悔改或者立功、重大立功表现的具体事实的书面证明材料；

（四）罪犯评审鉴定表、奖惩审批表等。

经审查，如果前款规定的材料齐备的，应当收案；材料不齐备的，应当通知提请减刑、假释的执行机关补送。

第三百六十四条　人民法院审理减刑、假释案件，应当依法组成合议庭。

第三百六十五条　减刑、假释的裁定，应当及时送达执行机关、同级人民检察院、负责监督假释罪犯的公安机关以及罪犯本人。人民检察院认为人民法院的减刑、假释裁定不当，应当在收到裁定书副本后二十日内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院收到书面纠正意见后，应当重新组成合议庭进行审

理，并在一个月内作出最终裁定。

二十、附　则

第三百六十六条　本解释的有关规定适用于军事法院、铁路运输法院等专门人民法院。

第三百六十七条　本解释发布前有关刑事诉讼程序的司法解释，与本解释重复或者抵触的，以本解释为准。

三、人民检察院刑事诉讼规则

（1997年1月15日最高人民检察院第八届
检察委员会第六十九次会议通过
1998年12月16日最高人民检察院第九届
检察委员会第二十一次会议修订）

目　　录

第一章　通　　则

第一条　为保证人民检察院在刑事诉讼中严格执法，正确履行职权，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国人民检察院组织法》和有关法律，结合人民检察院工作实际，制定本规则。

第二条　人民检察院在刑事诉讼中的任务，是侦查直接受理的案件、批准或者决定逮捕、提起公诉、对刑事诉讼实行法律监督，保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，保障国家刑事法律的统一正确实施，以维护社会主义法制，保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。

第三条　人民检察院办理刑事案件，应当严格遵守《中华人民共和国刑事诉讼法》规定的各项基本原则和程序以及其他有关法律的规定。

第四条　人民检察院办理刑事案件，由检察人员承办，办案部门负责人审核，检察长或者检察委员会决定。

第五条　人民检察院按照法律规定设置内部机构，在刑事诉讼中实行侦查、审查逮捕、审查起诉等业务分工，各司其职，互相制约，保证办案质量。

第六条　在刑事诉讼中，最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。检察长统一领导检察院的工作。

第七条　在刑事诉讼中，上级人民检察院对下级人民检察院作出的决定，有权予以撤销或者变更；发现下级人民检察院已办结的案件有错误的，有权指令下级人民检察院纠正。

下级人民检察院对上级人民检察院的决定应当执行，如果认为有错误的，应当在执行的同时向上级人民检察院报告。

第二章　管　　辖

第八条　人民检察院立案侦查贪污贿赂犯罪、国家工作人员的渎职犯罪、国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪案件。

贪污贿赂犯罪是指刑法分则第八章规定的贪污贿赂犯罪及其他章中明确规定依照第八章相关条文定罪处罚的犯罪案件。

国家工作人员的渎职犯罪是指刑法分则第九章规定的渎职犯罪案件。

国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利和民主权利的犯罪案件包括：

1. 非法拘禁案（刑法第238条）；
2. 非法搜查案（刑法第245条）；
3. 刑讯逼供案（刑法第247条）；
4. 暴力取证案（刑法第247条）；
5. 体罚、虐待被监管人案（刑法第248条）；
6. 报复陷害案（刑法第254条）；
7. 破坏选举案（刑法256条）。

第九条　国家机关工作人员利用职权实施的其他重大犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人民检察院决定，可以由人民检察院立案侦查。

第十条　对本规则第九条规定的案件，基层人民检察院或者分、州、市人民检察院需要直接立案侦查时，应当层报所在的省级人民检察院决定。分、州、市人民检察院对基层人民检察院层报省级人民检察院的案件，应当进行审查，提出是否需要立案侦查的意见，报送省级人民检察院。

报请省级人民检察院决定立案侦查的案件，应当经检察委员会讨论决定，制作提请批准直接受理书，写明已经查明的案件情况以及需要由人民检察院立案侦查的理由，并附有关材料。

省级人民检察院应当在收到提请批准直接受理书后的十日以内，由检察委员会讨论作出是否立案侦查的决定。

省给人民检察院可以决定由下级人民检察院直接立案侦查，也可以决定直接立案侦查。

第十一条　对于根据本规则第九条规定立案侦查的案件，应当根据案件性质，由人民检察院负责侦查的部门进行侦查。

报送案件的具体手续由发现案件线索的业务部门办理。

第十二条　人民检察院侦查贪污贿赂案件涉及公安机关管辖的刑事案件，应当将属于公安机关管辖的刑事案件移送公安机关。在上述情况中，如果涉嫌主罪属于公安机关管辖，由公安机关为主侦查，人民检察院予以配合；如果涉嫌主罪属于人民检察院管辖，由人民检察院为主侦查，公安机关予以配合。

第十三条　人民检察院对直接受理的案件实行分级立案侦查的制度。

最高人民检察院立案侦查全国性的重大犯罪案件；省、自治区、直辖市人民检察院立案侦查全省（自治区、直辖市）性的重大犯罪案件；分、州、市人民检察院立案侦查本辖区的重大犯罪案件；基层人民检察院立案侦查本辖区的犯罪案件。

第十四条　上级人民检察院在必要的时候，可以直接侦查或者组织、指挥、参与侦查下级人民检察院管辖的案件，也可以将本院管辖的案件交由下级人民检察院侦查；下级人民检察院认为案情重大、复杂，需要由上级人民检察院侦查的案件，可以请求移送上级人民检察院侦查。

第十五条　国家工作人员职务犯罪案件，由犯罪嫌疑人工作单位所在地的人民检察院管辖；如果由其他人民检察院管辖更为适宜的，可以由其他人民检察院管辖。

第十六条　对管辖不明确的案件，可以由有关人民检察院协商确定管辖。对管辖权有争议的或者情况特殊的案件，由共同的上级人民检察院指定管辖。

第十七条　几个人民检察院都有权管辖的案件，由最初受理的人民检察院管辖。必要时，可以由主要犯罪地的人民检察院管辖。

第十八条　上级人民检察院可以指定下级人民检察院立案侦查管辖不明或者需要改变管辖的案件。

第十九条　军事检察院、铁路运输检察院等专门人民检察院的管辖以及军队、武装警察与地方互涉刑事案件的管辖，按照有关规定执行。

第三章　回　　避

第二十条　检察人员在受理举报和办理案件过程中，发现有刑事诉讼法第二十八条或者第二十九条规定的情形之一的，应当自行提出回避；没有自行提出回避的，人民检察院应当按照本规则第二十三条的规定其回避，当事人及其法定代理人有权要求其回避。

第二十一条　检察人员自行回避的，可以口头或者书面提出，并说明理由。口头提出申请的，应当记录在案。

第二十二条　当事人及其法定代理人的回避要求，应当书面或者口头向人民检察院提出，并说明理由；根据刑事诉讼法第二十九条的规定提出回避申请的，应当提供有关证明材料。人民检察院经过审查或者调查，符合回避条件

的，应当作出回避决定；不符合回避条件的，应当驳回申请。

第二十三条 检察长的回避，由检察委员会讨论决定。检察委员会讨论检察长回避问题时，由副检察长主持，检察长不得参加。其他检察人员的回避，由检察长决定。

第二十四条 当事人及其法定代理人要求公安机关负责人回避，应当向公安机关同级的人民检察院提出，由检察长提交检察委员会讨论决定。

第二十五条 应当回避的人员，本人没有自行回避，当事人和他们的法定代理人也没有申请其回避的，检察长或者检察委员会应当决定其回避。

第二十六条 人民检察院作出驳回申请回避的决定后，应当告知当事人及其法定代理人如不服本决定，有权在收到驳回申请回避的决定书后五日内向原决定机关申请复议一次。

第二十七条 当事人及其法定代理人对驳回申请回避的决定不服申请复议的，决定机关应当在三日内作出复议决定并书面通知申请人。

第二十八条 人民检察院直接受理案件的侦查人员或者进行补充侦查的人员在回避决定作出前，不能停止对案件的侦查。

第二十九条 参加过本案侦查的侦查人员，如果调至人民检察院工作，不得担任本案的检察人员。

第三十条 因符合刑事诉讼法第二十八条或者第二十九条规定的情形之一而回避的检察人员，在回避决定作出以前所取得的证据和进行的诉讼行为是否有效，由检察委员会或者检察长根据案件具体情况决定。

第三十一条 本规则关于回避的规定，适用于书记员、司法警察和人民检察院聘请或者指派的翻译人员、鉴定人。

书记员、司法警察和人民检察院聘请或者指派的翻译人员、鉴定人的回避由检察长决定。

第四章 强制措施

第一节 拘 传

第三十二条 人民检察院根据案件情况，对犯罪嫌疑人可以拘传。

拘传应当经检察长批准，签发拘传证。

第三十三条 拘传时，应当向被拘传的犯罪嫌疑人出示拘传证。对抗拒拘

传的，可以使用戒具，强制到案。

执行拘传的人员不得少于二人。

第三十四条　拘传持续的时间从犯罪嫌疑人到案时开始计算。犯罪嫌疑人到案后，应当责令其在《拘传证》上填写到案时间，并在拘传证上签名或者盖章，然后立即讯问。讯问结束后，应当责令犯罪嫌疑人在拘传证上填写讯问结束时间。犯罪嫌疑人拒绝填写的，检察人员应当在《拘传证》上注明。

一次拘传持续的时间最长不得超过十二小时，不得以连续拘传的方式变相拘禁犯罪嫌疑人。

第三十五条　人民检察院拘传犯罪嫌疑人，应当在犯罪嫌疑人所在市、县内的地点进行。

犯罪嫌疑人的工作单位、户籍地与居住地不在同一市、县的，拘传应当在犯罪嫌疑人的工作单位所在的市、县进行；特殊情况下，也可以在犯罪嫌疑人户籍地或者居住地所在的市、县内进行。

第三十六条　需要对被拘传的犯罪嫌疑人变更强制措施的，应当经检察长或者检察委员会决定，在拘传期限内办理变更手续。

在拘传期间内决定不采取其他强制措施的，拘传期限届满，应当结束拘传。

第二节　取保候审

第三十七条　人民检察院对于有下列情形之一的犯罪嫌疑人，可以取保候审：

（一）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；

（二）可能判处有期徒刑以上刑罚，不予逮捕不致发生社会危险性的；

（三）对被拘留的人，需要逮捕而证据尚不符合逮捕条件的；

（四）应当逮捕但患有严重疾病的；

（五）应当逮捕但正在怀孕或者哺乳自己婴儿的；

（六）被羁押的犯罪嫌疑人不能在法定侦查羁押、审查起诉期限内结案，需要继续侦查或者审查起诉的；

（七）持有有效护照或者其他有效出境证件，可能出境逃避侦查，但不需要逮捕的。

第三十八条　人民检察院对于严重危害社会治安的犯罪嫌疑人，以及其他犯罪性质恶劣、情节严重的犯罪嫌疑人不得取保候审。

第三十九条 被羁押的犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属和委托的律师申请取保候审，经审查具有本规则第三十七条规定情形之一的，经检察长决定，可以对犯罪嫌疑人取保候审。

第四十条 被羁押的犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属和聘请的律师向人民检察院申请取保候审，人民检察院应当在七日内作出是否同意的答复。经审查符合本规则第三十七条规定情形之一的，对被羁押的犯罪嫌疑人依法办理取保候审手续；经审查不符合取保候审条件的，应当告知申请人，并说明不同意取保候审的理由。

第四十一条 人民检察院决定对犯罪嫌疑人取保候审，应当责令犯罪嫌疑人提出保证人或者交纳保证金。

第四十二条 采取保证人担保方式的，保证人必须符合刑事诉讼法第五十四条的规定，并经人民检察院审查同意。

第四十三条 人民检察院应当告知保证人履行以下义务：

（一）监督被保证人遵守刑事诉讼法第五十六条的规定；

（二）发现被保证人可能发生或者已经发生违反刑事诉讼法第五十六条规定的行为的，及时向执行机关报告。

保证人保证承担上述义务后，应当在取保候审保证书上签名或者盖章。

第四十四条 采取保证金担保方式的，人民检察院可以根据犯罪的性质和情节、犯罪嫌疑人的人身危险性、经济状况和涉嫌犯罪数额，责令犯罪嫌疑人交纳一千元以上的保证金。

第四十五条 对犯罪嫌疑人取保候审，应当由办案人员提出意见，部门负责人审核，检察长决定。

第四十六条 人民检察院应当向取保候审的犯罪嫌疑人宣读取保候审决定书，由犯罪嫌疑人签名或者盖章，并责令犯罪嫌疑人遵守刑事诉讼法第五十六条的规定，告知其违反规定应负的法律责任；以保证金方式担保的，应当同时告知犯罪嫌疑人到指定的公安机关交纳保证金。

第四十七条 向犯罪嫌疑人宣布取保候审决定后，人民检察院应当将执行取保候审通知书送达公安机关执行，并告知公安机关在执行期间拟批准犯罪嫌疑人离开所居住的市、县的，应当征得人民检察院同意。以保证人方式担保的，应当将取保候审保证书同时送达公安机关。

第四十八条 采取保证人保证方式的，如果保证人在取保候审期间不愿继续担保或者丧失担保条件的，应当责令犯罪嫌疑人重新提出保证人或者变更为保证金担保方式，并将变更情况通知公安机关。

第四十九条　采取保证金担保方式的，被取保候审人拒绝交纳保证金或者交纳保证金不足决定数额时，人民检察院应当作出变更取保候审措施、变更保证方式或者变更保证金数额的决定，并将变更情况通知公安机关。

第五十条　公安机关在执行取保候审期间向人民检察院征询是否同意批准犯罪嫌疑人离开所居住的市、县时，人民检察院应当根据案件的具体情况决定。

第五十一条　人民检察院发现保证人没有履行刑事诉讼法第五十五条规定的义务，对被保证人违反刑事诉讼法第五十六条规定的行为未及时报告的，应当通知公安机关，要求公安机关对保证人作出罚款决定。构成犯罪的，依法追究保证人的刑事责任。

第五十二条　人民检察院对违反刑事诉讼法第五十六条规定的犯罪嫌疑人，已交纳保证金的，应当通知收取保证金的公安机关予以没收，并且根据案件的具体情况，责令犯罪嫌疑人具结悔过，重新交纳保证金、提出保证人或者监视居住、予以逮捕。

重新交纳保证金的程序适用本规则第四十四条、第四十五条的规定。

对犯罪嫌疑人继续取保候审的，取保候审的时间应当累计计算。

第五十三条　对下列违反取保候审规定的犯罪嫌疑人，应当予以逮捕：

（一）企图自杀、逃跑，逃避侦查、审查起诉的；

（二）实施毁灭、伪造证据或者串供、干扰证人作证行为，足以影响侦查、审查起诉工作正常是进行的；

（三）未经批准，擅自离开所居住的市、县，造成严重后果，或者两次未经批准，擅自离开所居住的市、县的；

（四）经传讯不到案，造成严重后果，或者两次经传讯不到案的。

第五十四条　对在取保候审期间故意实施新的犯罪行为的犯罪嫌疑人，予以逮捕；已交纳保证金的，同时通知公安机关没收保证金。

第五十五条　人民检察院决定对犯罪嫌疑人取保候审，最长不得超过十二个月。

第五十六条　公安机关决定对犯罪嫌疑人取保候审，案件移送人民检察院审查起诉后，对于需要继续取保候审的，人民检察院应当依法对犯罪嫌疑人办理取保候审手续。取保候审的期限应当重新计算并告知犯罪嫌疑人。

第五十七条　在取保候审期间，不得中断对案件的侦查、审查起诉。

第五十八条　取保候审期限届满或者发现不应当追究犯罪嫌疑人的刑事责任的，应当及时解除或者撤销取保候审。

第五十九条　解除或者撤销取保候审，应当由办案人员提出意见，部门负责人审核，检察长决定。

第六十条　解除或者撤销取保候审的决定，应当及时通知执行机关，并将解除或者撤销取保候审的决定书送达犯罪嫌疑人；有保证人的，还应当通知保证人解除担保义务。

第六十一条　犯罪嫌疑人在取保候审期间没有违反刑事诉讼法第五十六条的规定，或者发现不应当追究犯罪嫌疑人刑事责任的，变更、解除或者撤销取保候审时，应当通知公安机关退还保证金。

第六十二条　犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人委托的律师及其他辩护人认为取保候审超过法定期限，向人民检察院提出解除取保候审要求的，人民检察院应当在七日以内审查决定。经审查认为超过法定期限的，经检察长批准后，解除取保候审；经审查未超过法定期限的，书面答复申请人。

第三节　监视居住

第六十三条　人民检察院对于有本规则第三十七条规定情形之一的犯罪嫌疑人，可以监视居住。

第六十四条　对犯罪嫌疑人采取监视居住，应当由办案人员提出意见，部门负责人审核，检察长决定。

第六十五条　人民检察院应当向监视居住的犯罪嫌疑人宣读监视居住决定书，由犯罪嫌疑人签名或者盖章，并责令犯罪嫌疑人遵守刑事诉讼法第五十七条的规定，告知其违反规定应负的法律责任。

第六十六条　人民检察院应当将监视居住执行通知书送达公安机关执行，并告知公安机关在执行期间拟批准犯罪嫌疑人离开住处、居所或者会见其他人员的，批准前应当征得人民检察院同意。

第六十七条　公安机关在执行监视居住期间向人民检察院征询是否同意批准犯罪嫌疑人离开住处、居所或者会见其他人员时，人民检察院应当根据案件的具体情况决定是否同意。

第六十八条　人民检察院对违反刑事诉讼法第五十七条规定的犯罪嫌疑人，情节严重的，予以逮捕；情节较轻的，可以予以训诫、责令具结悔过。

下列违反监视居住规定的行为，属于情节严重，对犯罪嫌疑人应当予以逮捕：

（一）故意实施新的犯罪行为的；

（二）企图自杀、逃跑，逃避侦查、审查起诉的；

（三）实施毁灭、伪造证据或者串供、干扰证人作证行为，足以影响侦查、审查起诉工作正常进行的；

（四）未经批准，擅自离开住处或者指定的居所，造成严重后果，或者两次未经批准，擅自离开住处或者指定的居所的；

（五）未经批准，擅自会见他人，造成严重后果，或者两次未经批准，擅自会见他人的；

（六）经传讯不到案，造成严重后果，或者两次经传讯不到案的。

第六十九条　人民检察院决定对犯罪嫌疑人监视居住，最长不得超过六个月。

第七十条　公安机关决定对犯罪嫌疑人监视居住，案件移送人民检察院审查起诉后，对于需要继续监视居住的，人民检察院应当依法对犯罪嫌疑人办理监视居住手续。监视居住的期限应当重新计算并告知犯罪嫌疑人。

第七十一条　在监视居住期间，不得中断对案件的侦查、审查起诉。

第七十二条　监视居住期限届满或者发现不应当追究犯罪嫌疑人刑事责任的，应当解除或者撤销监视居住。

第七十三条　解除或者撤销监视居住，应当由办案人员提出意见，部门负责人审核，检察长决定。

第七十四条　解除或者撤销监视居住的决定应当通知执行机关，并将解除或者撤销监视居住的决定书送达犯罪嫌疑人。

第七十五条　犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人委托的律师及其他辩护人认为监视居住超过法定期限，向人民检察院提出解除监视居住要求的，人民检察院应当在七日以内审查决定。经审查认为超过法定期限的，经检察长批准后，解除监视居住；经审查未超过法定期限的，书面答复申请人。

第四节　拘　　留

第七十六条　人民检察院对于有下列情形之一的犯罪嫌疑人，可以决定拘留：

（一）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；

（二）有毁灭、伪造证据或者串供可能的。

第七十七条　拘留犯罪嫌疑人，应当由办案人员提出意见，部门负责人审核，检察长决定。

第七十八条　人民检察院作出拘留决定后，应当送达公安机关执行。必要的时候，人民检察院可以协助公安机关执行。

第七十九条　担任县级以上人民代表大会代表的犯罪嫌疑人因现行犯被拘留的，人民检察院应当立即向该代表所属的人民代表大会主席团或者常务委员会报告；因为其他情形需要拘留的，人民检察院应当报请该代表所属的人民代表大会主席团或者常务委员会许可。

人民检察院拘留担任本级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人，直接向本级人民代表大会主席团或常务委员会报告或者报请许可。

拘留担任上级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人，应当立即层报该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报告或者报请许可。

拘留担任下级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人，可以直接向该代表所属的人民代表大会主席团或者常务委员会报告或者报请许可，也可以委托该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报告或者报请许可；拘留担任乡、民族乡、镇的人民代表大会代表的犯罪嫌疑人，由县级人民检察院报告乡、民族乡、镇的人民代表大会。

拘留担任两级以上人民代表大会代表的犯罪嫌疑人，分别按照本条第二、三、四款的规定报告或者报请许可。

拘留担任办案单位所在省、市、县（区）以外的其他地区人民代表大会代表的犯罪嫌疑人，应当委托该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报告或者报请许可；担任两级以上人民代表大会代表的，应当分别委托该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报告或者报请许可。

第八十条　对犯罪嫌疑人拘留后，人民检察院应当把拘留的原因和羁押的处所，在二十四小时以内，通知被拘留人的家属或者他的所在单位。

因有碍侦查，不能在二十四小时以内通知的，应当经检察长批准，并将原因写明附卷；无法通知的，应当向检察长报告，并将原因写明附卷。

第八十一条　对被拘留的犯罪嫌疑人，应当在拘留后的二十四小时以内进行讯问。

第八十二条　对被拘留的犯罪嫌疑人，发现不应当拘留的，应当立即释放；依法可以取保候审或者监视居住的，按照本规则的规定办理取保候审或者监视居住手续。

对被拘留的犯罪嫌疑人，需要逮捕的，按照本规则的规定办理逮捕手续。

第八十三条　人民检察院拘留犯罪嫌疑人的羁押期限为十日，特殊情况下可以延长一日至四日。

第八十四条　公民将正在实行犯罪或者在犯罪后即被发觉的，通缉在案的、越狱逃跑的、正在被追捕的犯罪嫌疑人或者犯罪人扭送到人民检察院的，人民检察院应当予以接受，并且根据具体情况决定是否采取相应的紧急措施。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理。

第八十五条　犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人委托的律师及其他辩护人认为人民检察院对拘留的犯罪嫌疑人羁押超过法定期限，向人民检察院提出释放犯罪嫌疑人或者变更拘留措施要求的，由人民检察院侦查部门审查，侦查部门应当在三日内审查完毕。

侦查部门经审查认为超过法定期限的，应当提出释放犯罪嫌疑人或者变更拘留措施的意见，经检察长批准后，通知公安机关执行；经审查认为未超过法定期限的，书面答复申诉人。

侦查部门应当将审查结果同时书面通知本院监所检察部门。

第五节　逮　捕

第八十六条　人民检察院对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应当批准或者决定逮捕。

“有证据证明有犯罪事实”是指同时具备下列情形：

（一）有证据证明发生了犯罪事实；

（二）有证据证明该犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的；

（三）证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已有查证属实的。

“犯罪事实”既可以是单一犯罪行为的事实，也可以是数个犯罪行为中任何一个犯罪行为的事实。

第八十七条　对实施多个犯罪行为或者共同犯罪案件的犯罪嫌疑人，符合本规则第八十六条的规定，具有下列情形之一的，应当批准或者决定逮捕：

（一）有证据证明犯有数罪中的一罪的；

（二）有证据证明实施多次犯罪中的一次犯罪的；

（三）共同犯罪中，已有证据证明有犯罪事实的犯罪嫌疑人。

第八十八条　对于犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的案件，人民检察院经审查认为符合本规则第八十六条、第八十七条规定的，应当批准或

者决定逮捕。

第八十九条 对具有下列情形之一的犯罪嫌疑人，人民检察院应当作出不批准逮捕的决定或者不予逮捕：

（一）不符合本规则第八十六条、第八十七条规定的逮捕条件的；

（二）具有刑事诉讼法第十五条规定的情形之一的。

第九十条 对应当逮捕的犯罪嫌疑人，如果患有严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，人民检察院可以作出不批准逮捕的决定或者不予逮捕。

第九十一条 人民检察院审查批准或者决定逮捕犯罪嫌疑人，由审查逮捕部门办理。

第九十二条 审查逮捕部门办理审查逮捕的案件，应当指定办案人员进行审查。办案人员应当审阅案卷材料，制作阅卷笔录，提出批准或者决定逮捕、不批准或者不予逮捕的意见，经部门负责人审核后，报请检察长批准或者决定；重大案件应当经检察委员会讨论决定。

审查逮捕部门办理审查逮捕案件，不能直接提出采取取保候审、监视居住措施的意见。

第九十三条 人民检察院对担任本级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，应当报请本级人民代表大会主席团或者常务委员会许可。

对担任上级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，应当层报该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报请许可。

对担任下级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，可以直接报请该代表所属的人民代表大会主席团或者常务委员会许可，也可以委托该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报请许可；对担任乡、民族乡、镇的人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，由县级人民检察院报告乡、民族乡、镇的人民代表大会。

对担任两级以上的人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，分别依照本条第一、二、三款的规定报请许可。

对担任办案单位所在省、市、县（区）以外的其他地区人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，应当委托该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报请许可；担任两级以上人民代表大会代表的，应当分别委托该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院报请许可。

第九十四条 外国人、无国籍人涉嫌危害国家安全犯罪的案件或者涉及国与国之间政治、外交关系的案件以及在适用法律上确有疑难的案件，需要逮捕

犯罪嫌疑人的，由分、州、市人民检察院审查并提出意见，层报最高人民检察院审查。最高人民检察院经征求外交部的意见后，决定批准逮捕。经审查认为不需要逮捕的，可以直接作出不批准逮捕的决定。

外国人、无国籍人涉嫌本条第一款规定以外的其他犯罪的案件，由分、州、市人民检察院审查并提出意见，报省级人民检察院审查。省级人民检察院经征求同级政府外事部门的意见后，决定批准逮捕，同时报最高人民检察院备案。经审查认为不需要逮捕的，可以直接作出不批准逮捕的决定。

第九十五条　人民检察院办理下列审查逮捕案件，应当报上一级人民检察院备案：

（一）批准逮捕的危害国家安全的案件、涉外案件；

（二）检察机关直接立案侦查的案件。

上级人民检察院对报送的备案材料应当进行审查，发现错误的，应当在十日以内将审查意见通知报送备案的下级人民检察院或者直接予以纠正。

第九十六条　犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人委托的律师及其他辩护人认为人民检察院批准或者决定逮捕的犯罪嫌疑人羁押超过法定期限，向人民检察院提出释放犯罪嫌疑人或者变更逮捕措施要求的，由人民检察院审查逮捕部门审查，审查逮捕部门应当向侦查机关或者本院侦查部门了解有关情况，并在七日以内审查完毕。

审查逮捕部门经审查认为超过法定期限的，应当提出释放犯罪嫌疑人或者变更逮捕措施的意见，经检察长批准后，通知公安机关执行；经审查认为未超过法定期限的，书面答复申诉人。

审查逮捕部门应当将审查结果同时书面通知本院监所检察部门。

第九十七条　审查逮捕部门办理审查逮捕案件，不另行侦查。在审查批捕中如果认为报请批准逮捕的证据存有疑问的，可以复核有关证据，讯问犯罪嫌疑人、询问证人。但讯问未被采取强制措施的犯罪嫌疑人的，讯问前应当征求公安机关或者本院侦查部门的意见。

第五章　审查逮捕

第一节　审查批准逮捕

第九十八条　人民检察院审查逮捕部门受理同级公安机关提请批准逮捕的

案件，应当查明提请批准逮捕书及案卷材料是否齐备。

第九十九条　对公安机关提请批准逮捕的犯罪嫌疑人，已被拘留的，人民检察院应当在接到提请批准逮捕书后的七日以内作出是否批准逮捕的决定；未被拘留的，应当在接到提请批准逮捕书后的十五日以内作出是否批准逮捕的决定，重大、复杂的案件，不得超过二十日。

第一百条　对公安机关提请批准逮捕的犯罪嫌疑人，人民检察院经审查认为符合本规则第八十六条、第八十七条规定的，应当作出批准逮捕的决定，连同案卷材料送达公安机关执行。

第一百零一条　对公安机关提请批准逮捕的犯罪嫌疑人，具有本规则第八十九条或者第九十条规定情形，人民检察院作出不批准逮捕决定的，应当说明理由，连同案卷材料送达公安机关执行。需要补充侦查的，应当同时通知公安机关。

第一百零二条　对于人民检察院批准逮捕的决定，公安机关应当立即执行，并将执行回执及时送达作出批准决定的人民检察院；如果未能执行，也应当将回执送达人民检察院，并写明未能执行的原因。对于人民检察院决定不批准逮捕的，公安机关在收到不批准逮捕决定后，应当立即释放在押的犯罪嫌疑人或者变更强制措施，并将执行回执在收到不批准逮捕决定书后的三日内送达作出不批准逮捕决定的人民检察院。

第一百零三条　人民检察院办理审查逮捕案件，发现应当逮捕而公安机关未提请批准逮捕的犯罪嫌疑人的，应当建议公安机关提请批准逮捕。如果公安机关不提请批准逮捕的理由不能成立的，人民检察院也可以直接作出逮捕决定，送达公安机关执行。

第一百零四条　对已作出的批准逮捕决定发现确有错误的，人民检察院应当撤销原批准逮捕决定，送达公安机关执行。

对已作出的不批准逮捕决定发现确有错误，需要批准逮捕的，人民检察院应当撤销原不批准逮捕决定，并重新作出批准逮捕决定，送达公安机关执行。

对因撤销原批准逮捕决定而被释放的犯罪嫌疑人或者逮捕后公安机关变更为取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人，又发现需要逮捕的，人民检察院应当重新办理逮捕手续。

第一百零五条　对公安机关要求复议的不批准逮捕的案件，人民检察院应当另行指派审查逮捕部门办案人员复议，并在收到提请复议书和案卷材料后的七日以内作出是否变更的决定，通知公安机关。

第一百零六条　对公安机关提请上一级人民检察院复核的不批准逮捕的案

件，上一级人民检察院应当在收到提请复核意见书和案卷材料后的十五日以内由检察长或者检察委员会作出是否变更的决定，通知下级人民检察院和公安机关执行。如果需要改变原决定，应当通知作出不批准逮捕决定的人民检察院撤销原决定，另行制作批准逮捕决定书。必要时，上级人民检察院也可以直接作出批准逮捕决定，通知下级人民检察院送达公安机关执行。

对不批准逮捕案件的复核，由人民检察院审查逮捕部门办理。

第一百零七条 人民检察院作出不批准逮捕决定，并且通知公安机关补充侦查的案件，公安机关在补充侦查后又提请复议的，人民检察院应当建议公安机关重新提请批准逮捕。公安机关坚持复议的，人民检察院不予受理。

第一百零八条 对公安机关提请批准逮捕的案件，审查逮捕部门应当将批准、变更、撤销逮捕措施的情况书面通知本院监所检察部门。

第二节 审查决定逮捕

第一百零九条 人民检察院办理直接立案侦查的案件，需要逮捕犯罪嫌疑人的，由侦查部门填写逮捕犯罪嫌疑人意见书，连同案卷材料一并送交本院审查逮捕部门审查。犯罪嫌疑人已被拘留的，侦查部门应当在拘留后三日以内将案件送交本院审查逮捕部门审查。特殊情况下，移送审查的时间可以延长一日至四日。

第一百一十条 人民检察院审查逮捕部门受理本院侦查部门移送审查逮捕的案件，应当查明逮捕犯罪嫌疑人意见书及案卷材料是否齐备。

第一百一十一条 对本院侦查部门移送审查逮捕的案件，犯罪嫌疑人已被拘留的，应当在审查逮捕部门接到逮捕犯罪嫌疑人意见书后的七日以内，由检察长或者检察委员会决定是否逮捕；犯罪嫌疑人未被拘留的，应当在审查逮捕部门接到逮捕犯罪嫌疑人意见书后的十五日以内由检察长或者检察委员会决定是否逮捕，重大、复杂的案件，不得超过二十日。

第一百一十二条 对本院侦查部门移送审查逮捕的犯罪嫌疑人，符合本规则第八十六条、第八十七条规定，经检察长或者检察委员会决定逮捕的，审查逮捕部门应当将逮捕决定书连同案卷材料送交侦查部门，由侦查部门通知公安机关执行，必要时人民检察院可以协助执行。

第一百一十三条 对本院侦查部门移送审查逮捕的犯罪嫌疑人，具有本规则第八十九条、第九十条规定的情形，经检察长或者检察委员会决定不予逮捕的，审查逮捕部门应当将不予逮捕的决定连同案件材料移交侦查部门。犯罪嫌

疑人已被拘留的，侦查部门应当通知公安机关立即释放。

第一百一十四条 对应当逮捕而本院侦查部门未移送审查逮捕的犯罪嫌疑人，审查逮捕部门应当向侦查部门提出移送审查逮捕犯罪嫌疑人的建议。如果建议不被采纳，审查逮捕部门可以报请检察长提交检察委员会决定。

第一百一十五条 人民检察院办理直接立案侦查的案件，逮捕犯罪嫌疑人后，侦查部门应当把逮捕的原因和羁押的处所，在二十四小时以内通知被逮捕人的家属或者他的所在单位。

因有碍侦查，不能在二十四小时以内通知的，应当经检察长批准，并将原因写明附卷；无法通知的，应当报告检察长，并将原因写明附卷。

第一百一十六条 对被逮捕的犯罪嫌疑人，人民检察院侦查部门应当在逮捕后的二十四小时以内进行讯问。

发现不应当逮捕的，应当经检察长批准，撤销逮捕决定或者变更为其他强制措施，并通知公安机关执行。

对按照本条第二款的规定释放犯罪嫌疑人和变更逮捕措施的，侦查部门应当通知审查逮捕部门。

对按照本条第二款的规定被释放的犯罪嫌疑人和被变更逮捕措施的犯罪嫌疑人，又发现需要逮捕的，应当重新办理逮捕手续。

第一百一十七条 人民检察院办理直接立案侦查的案件，已经作出不予逮捕的决定，又发现需要逮捕犯罪嫌疑人的，应当重新办理逮捕手续。

第一百一十八条 变更或者撤销由上级人民检察院决定的逮捕措施时，应当报请原决定逮捕的人民检察院同意。

第一百一十九条 人民检察院办理直接立案侦查的案件，侦查部门应当将决定、变更、撤销逮捕措施的情况书面通知本院监所检察部门。

第六章 立　　案

第一节 受　　案

第一百二十条 人民检察院直接受理依照本规则第二章的规定由本院管辖的报案、控告、举报和犯罪嫌疑人的自首。对于不属于本院管辖的有关犯罪的报案、控告、举报和自首，也应当接受。

第一百二十一条 人民检察院举报中心负责统一受理、管理举报线索。本

院检察长和其他部门或者人员对所接受的犯罪案件线索，应当及时批交或者移送举报中心。

有关机关或者部门移送人民检察院审查是否立案的案件线索和人民检察院侦查部门查办案件发现的案件线索，由侦查部门自行审查。

第一百二十二条　举报中心对于所接受的举报线索，应当逐件登记举报人和被举报人的基本情况、举报的主要内容和办理情况。对于当面举报和电话举报，应当制作举报笔录，必要时可以录音。

对于自首，应当制作自首笔录，由自首人在笔录上逐页签名或者盖章。

第一百二十三条　举报中心对于不愿公开姓名和举报行为的举报人，应当为其保密。严禁将举报材料转给被举报单位和被举报人。

第一百二十四条　举报中心对于所收到的举报线索，应当及时审查，并根据举报线索的不同情况和管辖规定，在七日以内分别作出如下处理：

（一）不属于人民检察院管辖的，移送有关主管机关处理，并且通知报案人、控告人、举报人、自首人。对于不属于人民检察院管辖又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关；

（二）属于人民检察院管辖的，按照《最高人民检察院关于完善人民检察院侦查工作内部制约机制的若干规定》第二条的规定，集体研究举报线索的分流。属于本院管辖的，由举报中心按照职能分工移交本院有关部门办理；属于下级人民检察院或者其他人民检察院管辖的，由举报中心移送有管辖权的人民检察院。

移送举报线索，应当移送举报材料原件。

移送重要举报线索，应当经检察长批准。

第一百二十五条　人民检察院对于直接受理的要案线索实行分级备案的管理制度。县、处级干部的要案线索一律报省级人民检察院备案，其中涉嫌犯罪数额特别巨大或者犯罪后果特别严重的，层报最高人民检察院备案；厅、局级以上干部的要案线索一律报最高人民检察院备案。

要案线索是指依法由人民检察院直接立案侦查的县、处级以上干部犯罪的案件线索。

第一百二十六条　要案线索的备案，应当逐案填写要案线索备案表。备案应当在受理后七日以内办理；情况紧急的，应当在备案之前及时报告。

接到备案的上级人民检察院对于备案材料应当及时审查，如果有不同意见，应当在十日以内将审查意见通知报送备案的下级人民检察院。

第二节 初 查

第一百二十七条 侦查部门对举报中心移交举报的线索进行审查后，认为需要初查的，应当报检察长或者检察委员会决定。举报线索的初查由侦查部门进行，但性质不明、难以归口处理的案件线索可以由举报中心进行初查。

第一百二十八条 在举报线索的初查过程中，可以进行询问、查询、勘验、鉴定、调取证据材料等不限制被查对象人身、财产权利的措施。不得对被查对象采取强制措施，不得查封、扣押、冻结被查对象的财产。

第一百二十九条 侦查部门对举报线索初查后，应当制作审查结论报告，提出处理意见，报检察长决定：

（一）认为有犯罪事实需要追究刑事责任的，提请批准立案侦查；

（二）对具有下列情形之一的，提请批准不予立案：

1. 认为没有犯罪事实的；

2. 事实不清，证据不足的；

3. 具有刑事诉讼法第十五条规定情形之一的。

第一百三十条 人民检察院对要案线索初查后的处理情况，应当在作出决定后十日以内按照备案的范围报上级人民检察院备案。上级人民检察院认为处理不当的，应当在收到备案材料后十日以内通知下级人民检察院纠正。

第一百三十一条 侦查部门接到举报中心移送的举报材料后，应当在一个月内将处理情况回复举报中心；下级人民检察院接到上级人民检察院移送的举报材料后，应当在三个月内将处理情况回复上级人民检察院举报中心，逾期未回复的，举报中心应当进行催办。

第一百三十二条 对于属于错告的，如果对被控告人、被举报人造成不良影响的，应当向有关部门澄清事实。

对于属于诬告陷害的，应当依法追究其责任。

第三节 立 案

第一百三十三条 人民检察院决定对案件立案侦查的，应当制作立案决定书。

第一百三十四条 人民检察院决定不予立案的，如果是被害人控告的，应当制作不立案通知书，写明案由和案件来源、决定不立案的原因和法律依据，

由侦查部门在十五日以内送达控告人，同时告知本院控告申诉检察部门。控告人如果不服，可以在收到不立案通知书后十日以内申请复议。

对不立案的复议，由人民检察院控告申诉检察部门办理，并在收到复议申请的三十日以内作出复议决定。

人民检察院对于未构成犯罪，决定不予立案，但需要追究党纪、政纪责任的被举报人，应当移送有关主管机关处理。

第一百三十五条　人民检察院决定对人民代表大会代表立案，应当按照本规则第七十九条规定的程序向该代表所属的人民代表大会主席团或者常务委员会通报。

第七章　侦　　查

第一节　讯问犯罪嫌疑人

第一百三十六条　讯问犯罪嫌疑人，由检察人员负责进行。讯问的时候，检察人员不得少于二人。

第一百三十七条　对于不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，经检察长批准，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问。

传唤犯罪嫌疑人，应当向犯罪嫌疑人出示传唤通知书和有关证件，并责令犯罪嫌疑人在传唤通知书上签名或者盖章。

本规则第三十五条第二款的规定适用于传唤犯罪嫌疑人。

第一百三十八条　一次传唤持续的时间最长不得超过十二小时。不得以连续传唤的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。

第一百三十九条　提讯在押的犯罪嫌疑人，应当填写提押证，在看守所进行讯问。因侦查工作需要，需要提押犯罪嫌疑人出所辨认罪犯、罪证或者追缴犯罪有关财物的，可以提押犯罪嫌疑人到人民检察院接受讯问。

提押犯罪嫌疑人到人民检察院讯问的，应当经检察长批准，由二名以上司法警察押解。

第一百四十条　讯问犯罪嫌疑人的时候，应当首先查明他的基本情况，讯问其是否有犯罪行为，让其陈述有罪的事实或者作无罪的辩解，然后向他提出问题。对提出的反证要认真查核。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法获取供述。

第一百四十一条 讯问聋、哑的犯罪嫌疑人，应当有通晓聋、哑手势的人在场，并且将这种情况记明笔录。

第一百四十二条 讯问犯罪嫌疑人，应当制作讯问笔录。讯问笔录应当字迹清楚，详细具体，忠实原话，并交犯罪嫌疑人核对。对于没有阅读能力的，应当向他宣读。如果记载有遗漏或者差错，应当补充或者改正。犯罪嫌疑人认为讯问笔录没有错误的，由犯罪嫌疑人在笔录上逐页签名或者盖章。如果犯罪嫌疑人拒绝签名或者盖章的，应当在笔录上注明。检察人员也应当在笔录上签名。

第一百四十三条 犯罪嫌疑人请求自行书写供述的，检察人员应当准许。必要的时候，检察人员也可以要犯罪嫌疑人亲笔书写供词。

第一百四十四条 讯问犯罪嫌疑人，可以同时采用录音、录像的记录方式。

第一百四十五条 检察人员第一次讯问犯罪嫌疑人后或者对其采取强制措施之日起，应当告知犯罪嫌疑人可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告或者为其申请取保候审，并将告知情况记明笔录。

第一百四十六条 在押的犯罪嫌疑人提出聘请律师要求的，人民检察院应当记明笔录。对于不涉及国家秘密的案件，应当按照本规则第一百四十七条的规定办理。对于涉及国家秘密的案件，人民检察院应当在三日以内作出是否批准的决定。人民检察院作出不批准决定的，应当向犯罪嫌疑人说明理由。

在侦查期间，犯罪嫌疑人可以聘请一至二名律师提供法律帮助。

第一百四十七条 在押的犯罪嫌疑人聘请律师，如果提出明确的律师事务所名称或者律师姓名直接委托的，人民检察院应当将犯罪嫌疑人的委托意见及时转递到该律师事务所；如果提出由亲友代为聘请的，人民检察院应当将聘请意见及时转递到该亲友；如果犯罪嫌疑人提出聘请律师，但没有具体聘请对象和代为聘请的人的，人民检察院应当通知当地律师协会或者司法行政机关为其推荐律师。

聘请意见可以书面提出，也可以口头提出。口头提出的，应当记明笔录，由犯罪嫌疑人签名或者盖章。

第一百四十八条 犯罪嫌疑人已经聘请律师，但人民检察院在侦查过程中发现案件涉及国家秘密的，应当及时告知犯罪嫌疑人所聘请的律师暂时停止参与诉讼活动，并且通知犯罪嫌疑人。

是否批准犯罪嫌疑人继续聘请律师，适用本规则第一百四十六条第一款的规定。

第一百四十九条　在侦查期间，律师同时接受两个或者两个以上同案犯罪嫌疑人委托提供法律帮助的，人民检察院不得安排律师会见在押犯罪嫌疑人。

第一百五十条　受委托的律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当提前告知人民检察院，并且向人民检察院提供犯罪嫌疑人的授权委托书、律师执业证明和律师事务所介绍信。

在侦查期间，受委托律师会见在押的犯罪嫌疑人的有关事宜，由人民检察院侦查部门办理。

第一百五十一条　对于不涉及国家秘密的案件，律师提出会见在押的犯罪嫌疑人的，人民检察院应当在四十八小时以内安排会见的具体时间；对于贪污贿赂犯罪等重大复杂的两人以上的共同犯罪案件，可以在五日以内安排会见的具体时间。

人民检察院安排会见时间时，应当根据案件的情况和需要决定是否派员在场。决定不派员在场的，应当出具同意会见证明。受委托的律师凭人民检察院的同意会见证明或者由人民检察院派员陪同会见在押的犯罪嫌疑人。

第一百五十二条　对于涉及国家秘密的案件，律师提出会见在押的犯罪嫌疑人的，人民检察院应当根据案件的情况和需要在五日以内作出是否批准受委托的律师会见在押犯罪嫌疑人的决定。批准受委托的律师会见在押犯罪嫌疑人的，依照本规则第一百五十一条的规定办理。

第一百五十三条　受委托的律师会见在押犯罪嫌疑人时，在场的检察机关的工作人员应当告知其遵守监管场所和有关机关关于会见的规定。

受委托的律师会见在押犯罪嫌疑人的情况，在场的检察机关的工作人员可以记明笔录。

第一百五十四条　律师询问在押犯罪嫌疑人的内容超越刑事诉讼法第九十六条规定的授权范围，或者违反监管场所和有关机关关于会见的规定的，在场的检察机关的工作人员有权制止，或者中止会见。

第一百五十五条　人民检察院发现律师在刑事诉讼中有违反法律或者有关规定的行为的，应当及时制止并向有关律师管理部门通报情况。

第一百五十六条　本节所称的“涉及国家秘密的案件”，是指案情或者案件性质涉及国家秘密的案件。

第二节　询问证人、被害人

第一百五十七条　人民检察院在侦查过程中，应当及时询问证人，并且告

知证人履行作证的权利和义务。

人民检察院应当保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，并为他们保守秘密。除特殊情况外，人民检察院可以吸收证人协助调查。

第一百五十八条 询问证人，应当由检察人员进行。询问的时候，检察人员不得少于二人。

第一百五十九条 询问证人，可以到证人的所在单位、住处进行，检察人员应当出示人民检察院的询问证人通知书和工作证。必要时，也可以通知证人到人民检察院提供证言。

询问证人应当个别进行。

第一百六十条 询问证人，应当问明证人的基本情况以及与当事人的关系，并且告知证人应当如实地提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任，但是不得向证人泄露案情，不得采用羁押、刑讯、威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法获取证言。

第一百六十一条 询问不满十八岁的证人，可以通知其法定代理人到场。

第一百六十二条 本规则第一百四十一条至第一百四十二条的规定，适用于询问证人。

第一百六十三条 人民检察院应当保障证人及其近亲属的安全。

询问中涉及证人隐私的，应当保守秘密。

对证人及其亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪或者应当给予治安管理处罚的，应当移送公安机关处理；情节轻微的，予以批评教育、训诫。

第一百六十四条 询问被害人，适用询问证人的规定。

第三节　勘验、检查

第一百六十五条 检察人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体应当进行勘验或者检查。在必要的时候，可以指派检察技术人员或者聘请其他具有专门知识的人，在检察人员的主持下进行勘验、检查。

第一百六十六条 进行勘验、检查，应当持有检察长签发的勘查证。

第一百六十七条 勘验时，人民检察院应当邀请二名与案件无关的见证人在场。

第一百六十八条 人民检察院决定解剖死因不明的尸体时，应当通知死者

家属到场，并让其在解剖通知书上签名或者盖章。

死者家属无正当理由拒不到场或者拒绝签名、盖章的，不影响解剖的进行，但是应当在解剖通知书上记明。对于身份不明的尸体，无法通知死者家属的，应当记明笔录。

第一百六十九条　为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，检察人员可以对人身进行检查。

犯罪嫌疑人如果拒绝检查，检察人员认为必要的时候，可以强制检查。

检查妇女的身体，应当由女工作人员或者医师进行。

第一百七十条　勘验、检查的情况应当制作笔录，由参加勘验、检查的人和见证人签名或者盖章。

第一百七十一条　为了查明案情，在必要的时候，经检察长批准，可以进行侦查实验。

侦查实验，禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。

第一百七十二条　侦查实验，在必要的时候可以聘请有关人员参加，也可以要求犯罪嫌疑人、被害人、证人参加。

第一百七十三条　侦查实验，应当制作笔录，记明侦查实验的条件、经过和结果，由参加侦查实验的人员签名或者盖章。

第四节、搜　查

第一百七十四条　人民检察院有权要求有关单位和个人，交出能够证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的证据。

第一百七十五条　为了收集犯罪证据，查获犯罪人，侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处、工作地点和其他有关的地方进行搜查。

第一百七十六条　人民检察院在搜查前，应当了解被搜查对象的基本情况、搜查现场及周围环境，确定搜查的范围和重点，明确搜查人员的分工和责任。

第一百七十七条　搜查应当在检察人员的主持下进行，可以有司法警察参加。必要的时候，可以指派检察技术人员参加或者邀请当地公安机关、有关单位协助进行。

第一百七十八条　进行搜查，应当向被搜查人或者他的家属出示搜查证。搜查证由检察长签发。

第一百七十九条 在执行逮捕、拘留的时候，遇有紧急情况，不另用搜查证也可以进行搜查。但搜查结束后，搜查人员应当及时向检察长报告，及时补办有关手续。

第一百八十条 搜查时，应当有被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人在场，并且对被搜查人或者其家属说明阻碍搜查、妨碍公务应负的法律责任。

搜查妇女的身体，应当由女工作人员进行。

第一百八十一条 搜查时，如果遇到阻碍，可以强制进行搜查。对以暴力、威胁方法阻碍搜查的，应当予以制止，或者由司法警察将其带离现场；对于构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

第一百八十二条 搜查应当全面、细致、及时，并且指派专人严密注视搜查现场的动向。

第一百八十三条 进行搜查的人员，应当遵守纪律，服从指挥，文明执法，不得无故损坏搜查现场的物品。对于查获的重要书证、物证、视听资料及其放置地点应当拍照，并且用文字说明有关情况，必要的时候，可以录像。

第一百八十四条 搜查情况应当制作笔录，由检察人员和被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人签名或者盖章。如果被搜查人或者他的家属在逃，或者拒绝签名、盖章的，应当记明笔录。

第一百八十五条 人民检察院到本辖区以外执行搜查任务，办案人员应当携带搜查证、工作证以及写有主要案情、搜查目的、要求等内容的公函，与当地人民检察院联系。当地人民检察院应当配合、协助执行搜查。

第五节 调取、扣押物证、书证和视听资料

第一百八十六条 检察人员可以凭人民检察院的证明文件，向有关单位和个人调取能够证实犯罪嫌疑人有罪或者无罪的证据材料，并且可以根据需要拍照、录像、复印和复制。对于涉及国家秘密的证据，应当严格保守秘密。

第一百八十七条 人民检察院办理案件，需要向本辖区以外的有关单位和个人调取物证、书证的，办案人员应当携带工作证、单位办案证明信和有关法律文书，及时同当地人民检察院联系，当地人民检察院应当配合、协助执行任务。

如果需要调取的证据是比较简单的，可以向证据所在地的人民检察院函调。函调证据应当注明取证对象的具体内容和确切地址。协助函调的人民检察

院应当及时派员按调查内容进行调查取证，并且在收到函件一个月内将调查结果送达请调的人民检察院。

第一百八十八条　调取书证、视听资料应当调取原件。取得原件确有困难或者因保密需要不能调取原件的，可以调取副本或者复制件。

调取物证应当调取原物。原物不便搬运、保存，或者依法应当返还被害人，或者因保密工作需要不能调取原物的，可以将原物拍照、录像。对原物拍照或者录像应当足以反映原物的外形、内容。

调取书证、视听资料的副本、复制件和物证的照片、录像的，应当附有不能调取原件、原物的原因、制作过程和原件、原物存放地点的说明，并由制作人员和原书证、视听资料、物证持有人签名或者盖章。

第一百八十九条　在勘验、搜查中发现的可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种文件、资料和其他物品，应当扣押；与案件无关的，不得扣押。

不能立即查明是否与案件有关的可疑的文件、资料和其他物品，也可以扣押，但是应当及时审查。经查明确实与案件无关的，应当在三日以内退还。

持有人拒绝交出应当扣押的文件、资料和其他物品的，可以强制扣押。

第一百九十条　对于扣押的文件、资料和其他物品，侦查人员应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚，当场开列扣押物品清单一式二份，写明文件、资料和其他物品的名称、型号、规格、数量、重量、质量、颜色、新旧程度和缺损特征等，由检察人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。如果持有人拒绝签名或者盖章的，应当在扣押物品清单上记明。

对于扣押的金银珠宝、文物、名贵字画、违禁品以及其他不易辨别真伪的贵重物品，应当当场密封，并由扣押人员、见证人和被扣押物品持有人在密封材料上签名或者盖章。

第一百九十一条　对于应当扣押但是不便提取的物品，经拍照或者录像后，可以交被扣押物品持有人保管，并且单独开具扣押物品清单一式二份，在清单上注明该物品已经拍照或者录像，物品持有人应当妥善保管，不得转移、变卖、毁损，由检察人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给物品持有人，另一份连同照片或者录像带附卷备查。

第一百九十二条　扣押犯罪嫌疑人的邮件、电报或者电子邮件，应当经检察长批准，通知邮电机关或者网络服务机构将有关的邮件、电报或者电子邮件检交扣押。

不需要继续扣押的时候，应当立即通知邮电机关或者网络服务机构。

第一百九十三条 对于扣押在人民检察院的物品、文件、邮件、电报，应当指派人员妥善保管，不得使用、调换、损毁或者自行处理。经查明确实与案件无关的，应当在三日以内解除扣押，退还原主或者原邮电机关。

第六节 查询、冻结存款、汇款

第一百九十四条 人民检察院根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。

第一百九十五条 向银行或者其他金融机构、邮电机关查询或者要求冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款，应当经检察长批准，通知银行或者其他金融机构、邮电机关执行。

第一百九十六条 犯罪嫌疑人的存款、汇款已经被冻结的，人民检察院不得重复冻结，但是应当要求有关银行或者其他金融机构、邮电机关在解除冻结或者作出处理前通知人民检察院。

第一百九十七条 对于冻结的存款、汇款，经查明确实与案件无关的，应当在三日以内解除冻结。

第一百九十八条 查询、冻结与案件有关的单位的存款、汇款的办法适用本规则第一百九十四条至第一百九十七条的规定。

第七节 鉴　　定

第一百九十九条 人民检察院为了查明案情，解决案件中某些专门性的问题，应当进行鉴定。

第二百条 鉴定由检察长批准，由人民检察院技术部门有鉴定资格的人员进行。必要的时候，也可以聘请其他有鉴定资格的人员进行，但是应当征得鉴定人所在单位的同意。

具有刑事诉讼法第二十八条、第二十九条规定的应当回避的情形的，不能担任鉴定人。

第二百零一条 人民检察院应当为鉴定人进行鉴定提供必要条件，及时向鉴定人送交有关检样和对比样本等原始材料，介绍与鉴定有关的情况，并且明确提出要求鉴定解决的问题，但是不得暗示或者强迫鉴定人作出某种鉴定结论。

第二百零二条 鉴定人进行鉴定后，应当出具鉴定结论、检验报告，并且

签名或者盖章。

几个鉴定人意见有分歧的，应当在鉴定结论上写明分歧的内容和理由，并且分别签名或者盖章。

第二百零三条　鉴定人故意作虚假鉴定的，应当承担法律责任。

第二百零四条　对于鉴定结论，检察人员应当进行审查，必要的时候，可以提出补充鉴定或者重新鉴定的意见，报检察长批准后进行补充鉴定或者重新鉴定。检察长也可以直接决定进行补充鉴定或者重新鉴定。

第二百零五条　用作证据的鉴定结论，人民检察院办案部门应当告知犯罪嫌疑人、被害人；被害人死亡或者没有诉讼行为能力的，应当告知其法定代理人、近亲属或诉讼代理人。如果犯罪嫌疑人、被害人或被害人的法定代理人、近亲属、诉讼代理人提出申请，经检察长批准，可以补充鉴定或者重新鉴定，但应由请求方承担鉴定费用。

告知犯罪嫌疑人、被害人或被害人的法定代理人、近亲属、诉讼代理人鉴定结论，可以只告知其结论部分，不告知鉴定过程等其他内容。

第二百零六条　人民检察院决定重新鉴定的，应当另行指派或者聘请鉴定人。

第二百零七条　对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且由鉴定人签名，医院加盖公章。

对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定的情形包括：

（一）对同一人身伤害已存在两个以上的不同鉴定结论，人民检察院与公安机关、犯罪嫌疑人、被害人之间或者被害人与犯罪嫌疑人之间不能形成一致认识，人民检察院认为需要重新鉴定的；

（二）人民检察院认为公安机关的人身伤害医学鉴定不能作为定案依据，需要重新鉴定的；

（三）人民检察院与公安机关、被害人、犯罪嫌疑人之间或者被害人与犯罪嫌疑人之间对同一人身伤害的医学鉴定有不同认识，人民检察院认为需要重新鉴定的。

第二百零八条　人民检察院认为省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论不能作为定案依据的，应当另行委托省级人民政府指定的其他医院重新鉴定或者补充鉴定。

第二百零九条　对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的时间不计入羁押期限和办案期限。

第八节 辨 认

第二百一十条 为了查明案情，在必要的时候，检察人员可以让被害人、证人和犯罪嫌疑人对与犯罪有关的物品、文件、尸体进行辨认；也可以让被害人、证人对犯罪嫌疑人进行辨认，或者让犯罪嫌疑人对其他犯罪嫌疑人进行辨认。

对犯罪嫌疑人进行辨认，应当经检察长批准。

第二百一十一条 辨认应当在检察人员的主持下进行。在辨认前，应当向辨认人详细询问被辨认人或者被辨认物的具体特征，禁止辨认人见到被辨认人或者被辨认物，并应当告知辨认人有意作假辨认应负的法律责任。

第二百一十二条 几名辨认人对同一被辨认人或者同一物品进行辨认时，应当由每名辨认人单独进行。必要的时候，可以有见证人在场。

第二百一十三条 辨认时，应当将辨认对象混杂在其他人员或者物品之中，不得给予辨认人任何暗示。

辨认犯罪嫌疑人时，受辨认人的人数不得少于五人，照片不得少于五张。

辨认物品时，同类物品不得少于五件，照片不得少于五张。

第二百一十四条 辨认的情况，应当制作笔录，由参加辨认的有关人员签名或者盖章。

第二百一十五条 人民检察院主持进行辨认，可以商请公安机关参加或者协助。

第九节 通 缉

第二百一十六条 人民检察院侦查直接受理的案件，应当逮捕的犯罪嫌疑人如果在逃，或者已被逮捕的犯罪嫌疑人脱逃的，经检察长批准，可以作出通缉的决定。

第二百一十七条 各级人民检察院需要在本辖区内通缉犯罪嫌疑人的，可以直接决定通缉；需要在本辖区外通缉犯罪嫌疑人的，由有决定权的上级人民检察院决定。

第二百一十八条 人民检察院应当将通缉通知书和通缉犯的照片、身份、特征、案情简况送达公安机关，由公安机关发布通缉令，追捕归案。

第二百一十九条 人民检察院应当与公安机关积极配合，及时检查监督通

缉的执行情况。

第二百二十条　对于应当逮捕的犯罪嫌疑人，如果潜逃出境，可以报告最高人民检察院商请国际刑事警察组织中国国家中心局，请求有关方面协助，或者通过其他法律规定的途径追捕归案。

第十节　侦查终结

第二百二十一条　对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过二个月。基层人民检察院，分、州、市人民检察院和省级人民检察院直接立案侦查的案件，案情复杂、期限届满不能终结的案件，可以经上一级人民检察院批准延长一个月。

第二百二十二条　基层人民检察院和分、州、市人民检察院直接立案侦查的案件，属于交通十分不便的边远地区的重大复杂案件、重大的犯罪集团案件、流窜作案的重大复杂案件和犯罪涉及面广、取证困难的重大复杂案件，在依照本规则第二百二十一条规定的期限届满前不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准，可以延长二个月。

省级人民检察院直接立案侦查的案件，属于上述情形的，可以直接决定延长二个月。

第二百二十三条　基层人民检察院和分、州、市人民检察院直接立案侦查的案件，对犯罪嫌疑人可能判处十年有期徒刑以上刑罚，依照本规则第二百二十二条的规定依法延长羁押期限届满，仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准，可以再延长二个月。

省级人民检察院直接立案侦查的案件，属于上述情形的，可以直接决定再延长二个月。

第二百二十四条　最高人民检察院直接立案侦查的案件，依照刑事诉讼法的规定需要延长侦查羁押期限的，直接决定延长侦查羁押期限。

第二百二十五条　公安机关需要延长侦查羁押期限的，应当在侦查羁押期限届满七日前，向同级人民检察院移送延长侦查羁押期限意见书，写明案件的主要案情和延长侦查羁押期限的具体理由。

人民检察院直接立案侦查的案件，侦查部门认为需要延长侦查羁押期限的，应当按照本条第一款的规定向本院审查逮捕部门移送延长侦查羁押期限的意见及有关材料。

第二百二十六条　人民检察院审查批准或者决定延长侦查羁押期限，由审

查逮捕部门办理。

受理案件的人民检察院审查逮捕部门对延长侦查羁押期限的意见审查后，应当提出是否同意延长侦查羁押期限的意见，报检察长决定后，将侦查机关延长侦查羁押期限的理由和本院的审查意见层报有决定权的人民检察院审查决定。有决定权的人民检察院应当在侦查羁押期限届满前作出是否批准延长侦查羁押期限的决定，并交由受理案件的人民检察院审查逮捕部门送达公安机关或者本院侦查部门。

第二百二十七条 因为特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大复杂的案件，由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理。

第二百二十八条 人民检察院在侦查期间发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自发现之日起依照本规则第二百二十一条的规定重新计算侦查羁押期限。

另有重要罪行是指与逮捕时的罪行不同种的重大犯罪和同种的将影响罪名认定、量刑档次的重大犯罪。

第二百二十九条 人民检察院重新计算侦查羁押期限，应当由侦查部门提出重新计算侦查羁押期限的意见移送本院审查逮捕部门审查。审查逮捕部门审查后应当提出是否同意重新计算侦查羁押期限的意见，报检察长决定。

第二百三十条 对公安机关重新计算侦查羁押期限的备案，由审查逮捕部门审查。审查逮捕部门认为公安机关重新计算侦查羁押期限不当的，应当提出纠正意见，报检察长决定后，通知公安机关纠正。

第二百三十一条 人民检察院直接立案侦查的案件，不能在法定侦查羁押期限内侦查终结的，应当依法释放犯罪嫌疑人或者变更强制措施。

第二百三十二条 人民检察院监所检察部门对于本院直接立案侦查的案件，发现超过侦查羁押期限的，应当提出纠正意见，报告检察长。

第二百三十三条 人民检察院批准、决定延长侦查羁押期限期限或者决定重新计算侦查羁押期限的，审查逮捕部门应当同时书面告知本院监所检察部门。

第二百三十四条 经过侦查，认为犯罪事实清楚，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的案件，侦查人员应当写出侦查终结报告，并且制作起诉意见书。

对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的案件，侦查人员应当写出侦查终结报告，并且制作不起诉意见书。

侦查终结报告和起诉意见书或者不起诉意见书由侦查部门负责人审核，检

察人批准。

第二百三十五条　提出起诉意见或者不起诉意见的，侦查部门应当将起诉意见书或者不起诉意见书以及其他案卷材料，一并移送本院审查起诉部门审查。国家或者集体财产遭受损失的，在提出提起公诉意见的同时，可以提出提起附带民事诉讼的意见。

第二百三十六条　上级人民检察院侦查终结的案件，依照刑事诉讼法的规定应当由下级人民检察院提起公诉或者不起诉的，应当将检察委员会的决定、侦查终结报告连同案卷材料、证据移送下级人民检察院，由下级人民检察院按照上级人民检察院检察委员会的决定交侦查部门制作起诉意见书或者不起诉意见书，称送本院审查起诉部门审查。

下级人民检察院审查起诉部门认为应当对案件补充侦查的，可以退回本院侦查部门补充侦查，同时，上级人民检察院侦查部门应当协助进行。

下级人民检察院认为上级人民检察院的决定有错误的，可以向上级人民检察院提请复议，上级人民检察院维持原决定的，下级人民检察院应当执行。

第二百三十七条　侦查过程中，发现具有下列情形之一的，应当由检察人员写出撤销案件意见书，经侦查部门负责人审核后，报请检察长或者检察委员会决定撤销案件：

（一）具有刑事诉讼法第十五条规定情形之一的；

（二）没有犯罪事实的，或者依照刑法规定不负刑事责任和不是犯罪的；

（三）虽有犯罪事实，但不是犯罪嫌疑人所为的。

对于共同犯罪的案件，如有符合本条规定情形的犯罪嫌疑人，应当撤销对该犯罪嫌疑人的立案。

第二百三十八条　撤销案件的决定，应当分别送达犯罪嫌疑人所在单位和犯罪嫌疑人。犯罪嫌疑人死亡的，应当送达犯罪嫌疑人原所在单位。如果犯罪嫌疑人在押，应当制作决定释放通知书，通知公安机关依法释放。

第二百三十九条　人民检察院撤销案件时，对犯罪嫌疑人的违法所得应当区分不同情形，作出相应处理：

（一）因犯罪嫌疑人死亡而撤销案件的，如果被冻结的犯罪嫌疑人的存款、汇款应当予以没收或者返还被害人，可以申请人民法院裁定，通知冻结机关上缴国库或者返还被害人；因其他原因撤销案件的，直接通知冻结机关上缴国库或者返还被害人。

（二）对扣押在人民检察院的犯罪嫌疑人的违法所得需要没收的，应当提出检察建议，移送有关主管机关处理；需要返还被害人的，直接决定返被害

人。

第二百四十条 人民检察院直接立案侦查的共同犯罪案件，如果同案犯罪嫌疑人在逃，但在案犯罪嫌疑人犯罪事实清楚、证据确实、充分的，对本案犯罪嫌疑人应当根据本规则第二百三十四条的规定分别移送审查起诉或者移送审查不起诉。

由于同案犯罪嫌疑人在逃，在案犯罪嫌疑人的犯罪事实无法查清的，对在案犯罪嫌疑人应当根据案件的不同情况分别报请延长侦查羁押期限、变更强制措施或者解除强制措施。

第二百四十一条 侦查过程中，犯罪嫌疑人长期潜逃，采取有效追捕措施仍不能缉拿归案的，或者犯罪嫌疑人患有精神病及其他严重疾病不能接受讯问，丧失诉讼行为能力的，经检察长决定，中止侦查。中止侦查的理由和条件消失后，经检察长决定，应当恢复侦查。

中止侦查期间，如果犯罪嫌疑人在押，对符合延长侦查羁押期限条件的，应当依法延长侦查羁押期限；对侦查羁押期限届满的，应当依法变更为取保候审或者监视居住措施。

第二百四十二条 人民检察院直接立案侦查的案件，对犯罪嫌疑人没有采取取保候审、监视居住、拘留或者逮捕措施的，侦查部门应当在立案后二年以内提出移送审查起诉、移送审查不起诉或者撤销案件的意见；对犯罪嫌疑人采取取保候审、监视居住、拘留或者逮捕措施的，侦查部门应当在解除或者撤销强制措施后一年以内提出移送审查起诉、移送审查不起诉或者撤销案件的意见。

第二百四十三条 人民检察院直接立案侦查的案件，撤销案件以后，又发现新的事实或者证据，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的，可以重新立案侦查。

第八章 审查起诉

第一节 受 理

第二百四十四条 人民检察院对于公安机关移送审查起诉的案件，应当在七日内进行审查。

人民检察院对公安机关移送审查起诉的案件进行审查的期限，计入人民检

察院审查起诉期限。

第二百四十五条　人民检察院对于公安机关移送审查起诉的案件，应当在收到起诉意见书后，指定检察人员审查以下内容：

（一）案件是否属于本院管辖；

（二）起诉意见书以及案卷材料是否齐备；案卷装订、移送是否符合有关要求和规定，诉讼文书、技术性鉴定材料是否单独装订成卷等；

（三）对作为证据使用的实物是否随案移送，移送的实物与物品清单是否相符；

（四）犯罪嫌疑人是否在案以及采取强制措施的情况。

第二百四十六条　经审查后，对具备受理条件的，填写受理审查起诉案件登记表。

对起诉意见书、案卷材料不齐备，对作为证据使用的实物未移送的，或者移送的实物与物品清单不相符的，应当要求公安机关在三日内补送。对于案卷装订不符合要求的，应当要求公安机关重新分类装订后移送审查起诉。

对于犯罪嫌疑人在逃的，应当要求公安机关在采取必要措施保证犯罪嫌疑人到案后移送审查起诉。

共同犯罪的部分犯罪嫌疑人在逃的，应当要求公安机关在采取必要措施保证在逃的犯罪嫌疑人到案后另案移送审查起诉，对在案的犯罪嫌疑人的审查起诉应当照常进行。

第二百四十七条　人民检察院审查起诉部门受理本院侦查部门移送审查起诉的案件，按照第二百四十四条至第二百四十六条的规定办理。

第二百四十八条　各级人民检察院提起公诉的案件，应当与人民法院审判管辖相适应。

人民检察院受理同级公安机关移送审查起诉的案件，经审查认为属于上级人民法院管辖的第一审案件时，应当写出审查报告，连同案卷材料报送上一级人民检察院，同时通知移送审查起诉的公安机关；认为属于同级其他人民法院管辖的第一审案件时，应当写出审查报告，连同案卷材料移送有管辖权的人民检察院或者报送共同的上级人民检察院指定管辖，同时通知移送审查起诉的公安机关。

上级人民检察院受理同级公安机关移送审查起诉案件，认为属于下级人民法院管辖时，可以直接交下级人民检察院审查，由下级人民检察院向同级人民法院提起公诉，同时通知移送审查起诉的公安机关。

一人犯数罪，共同犯罪和其他需要并案审理的案件，只要其中一人或一罪

属于上级人民检察院管辖的，全案由上级人民检察院审查起诉。

第二节　审　　查

第二百四十九条　人民检察院受理移送审查起诉案件，应当指定检察员或者经检察长批准代行检察员职务的助理检察员办理，也可以由检察长办理。

办案人员接到案件后，应当阅卷审查，制作阅卷笔录。

第二百五十条　人民检察院审查移送起诉的案件，必须查明：

(一) 犯罪嫌疑人身份状况是否清楚，包括姓名、性别、国籍、出生年月日、职业和单位等；

(二) 犯罪事实、情节是否清楚，认定犯罪性质和罪名的意见是否正确；有无法定的从重、从轻、减轻或者免除处罚的情节；共同犯罪案件的犯罪嫌疑人在犯罪活动中的责任的认定是否恰当；

(三) 证据材料是否随案移送，不宜移送的证据的清单、复制件、照片或者其他证明文件是否随案移送；

(四) 证据是否确实、充分；

(五) 有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人；

(六) 是否属于不应当追究刑事责任的；

(七) 有无附带民事诉讼；对于国家财产、集体财产遭受损失的，是否需要由人民检察院提起附带民事诉讼；

(八) 采取的强制措施是否适当；

(九) 侦查活动是否合法；

(十) 与犯罪有关的财物及其孳息是否扣押、冻结并妥善保管，以供核查。对被害人合法财产的返还和对违禁品或者不宜长期保存的物品的处理是否妥当，移送的证明文件是否完备。

第二百五十一条　人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人，听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。

讯问、听取意见应由二名以上办案人员进行，并制作笔录。

第二百五十二条　直接听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见有困难的，可以向被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人发出书面通知，由其提出书面意见，在指定期限内未提出意见的，应当记明笔录。

第二百五十三条　讯问犯罪嫌疑人或者询问被害人、证人时，应当分别告知其在审查起诉阶段所享有的诉讼权利。

第二百五十四条　人民检察院认为对犯罪嫌疑人或被害人需要进行医学鉴定的，应当要求公安机关进行；必要时也可以由人民检察院进行或者由人民检察院送交有鉴定资格的医学机构进行。

人民检察院自行对犯罪嫌疑人或者被害人进行医学鉴定的，可以商请公安机关派员参加，必要时还可以聘请医学机构或者专门鉴定机构有鉴定资格的人员参加。

第二百五十五条　在审查起诉中，发现犯罪嫌疑人有患精神病可能的，人民检察院应当依照本规则的有关规定对犯罪嫌疑人进行鉴定。

犯罪嫌疑人的辩护人或者近亲属以犯罪嫌疑人有患精神病可能而申请对犯罪嫌疑人进行鉴定的，人民检察院也可以依照本规则的有关规定对犯罪嫌疑人进行鉴定，并由申请方承担鉴定费用。

第二百五十六条　人民检察院审查案件的时候，对公安机关的勘验、检查，认为需要复验、复查的，应当要求公安机关复验、复查，人民检察院可以派员参加；也可以自行复验、复查，商请公安机关派员参加，必要时也可以聘请专门技术人员参加。

第二百五十七条　人民检察院对鉴定结论有疑问的，可以指派或者聘请有专门知识的人或者鉴定机构，对案件中的某些专门性问题进行补充鉴定或者重新鉴定。

审查起诉部门对审查起诉案件中涉及专门技术问题的证据材料需要进行审查的，可以送交检察技术人员或者其他具有专门知识的人员审查。检察技术人员或者其他具有专门知识的人员审查后应当出具审查意见。

第二百五十八条　人民检察院对物证、书证、视听资料、勘验、检查笔录存在疑问的，可以要求侦查人员提供物证、书证、视听资料、勘验、检查笔录获取、制作的有关情况。必要时也可以询问提供物证、书证、视听资料的人员并制作笔录，对物证、书证、视听资料进行技术鉴定。

第二百五十九条　人民检察院对证人证言笔录存在疑问或者认为对证人的询问不具体或者有遗漏的，可以对证人进行询问并制作笔录。

第二百六十条　审查起诉部门经审查认为需要逮捕犯罪嫌疑人的，应当参照本规则第五章第二节的规定移送审查逮捕部门办理。

第二百六十一条　办案人员对案件进行审查后，应当制作案件审查意见书，提出起诉或者不起诉以及是否需要提起附带民事诉讼的意见，经审查起诉部门负责人审核，报请检察长或者检察委员会决定。

检察长承办的审查起诉案件，除本规则规定应当由检察委员会讨论决定的

以外，可以直接作出起诉或者不起诉的决定。

第二百六十二条　对于公安机关移送审查起诉的案件，发现犯罪嫌疑人没有违法犯罪行为的，应当书面说明理由将案卷退回公安机关处理；发现犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为的，应当书面说明理由将案卷退回公安机关并建议公安机关重新侦查。如果犯罪嫌疑人已经被逮捕，应当撤销逮捕决定，通知公安机关立即释放。

第二百六十三条　审查起诉部门对于本院侦查部门移送审查起诉的案件，发现具有本规则第二百六十二条规定的情形之一的，应当退回本院侦查部门建议作出撤销案件的处理。

第二百六十四条　人民检察院对公安机关移送的案件进行审查后，在法院作出判决之前，认为需要补充提供法庭审判所必需的证据的，可以书面要求公安机关提供。

第二百六十五条　严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的根据。

人民检察院审查起诉部门在审查中发现侦查人员以非法方法收集犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言的，应当提出纠正意见，同时应当要求侦查机关另行指派侦查人员重新调查取证，必要时人民检察院也可以自行调查取证。

侦查机关未另行指派侦查人员重新调查取证的，可以依法退回侦查机关补充侦查。

第二百六十六条　人民检察院认为犯罪事实不清、证据不足或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形，认为需要补充侦查的，应当提出具体的书面意见，连同案卷材料一并退回公安机关补充侦查；人民检察院也可以自行侦查，必要时可以要求公安机关提供协助。

第二百六十七条　人民检察院审查起诉部门对本院侦查部门移送审查起诉的案件审查后，认为犯罪事实不清、证据不足或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形，认为需要补充侦查的，应当向侦查部门提出补充侦查的书面意见，连同案卷材料一并退回侦查部门补充侦查。

第二百六十八条　对于退回公安机关补充侦查的案件，应当在一个月以内补充侦查完毕。

补充侦查以二次为限。

补充侦查完毕移送审查起诉后，人民检察院重新计算审查起诉期限。

人民检察院审查起诉部门退回本院侦查部门补充侦查的期限、次数参照前

款规定执行。

第二百六十九条　人民检察院在审查起诉中决定自行侦查的，应当在审查起诉期限内侦查完毕。

、**第二百七十条**　人民检察院对已经退回公安机关二次补充侦查的案件，在审查起诉中又发现新的犯罪事实，应当移送公安机关立案侦查；对已经查清的犯罪事实，应当依法提起公诉。

第二百七十一条　对于在审查起诉期间改变管辖的案件，改变后的人民检察院对于符合刑事诉讼法第一百四十条第二款规定的案件，可以通过原受理案件的人民检察院退回原侦查的公安机关补充侦查，也可以自行侦查。改变管辖前后退回补充侦查的次数总共不得超过两次。

第二百七十二条　人民检察院对于移送审查起诉的案件，应当在一个月内作出决定；重大、复杂的案件，一个月内不能作出决定的，审查起诉部门报经检察长批准，可以延长十五日。

人民检察院审查起诉的案件，改变管辖的，从改变后的人民检察院收到案件之日起计算审查起诉期限。

人民检察院监所检察部门对于本院审查起诉的案件，发现超过审查起诉期限的，应当提出纠正意见，报告检察长。

第二百七十三条　在审查起诉过程中犯罪嫌疑人潜逃或者患有精神病及其他严重疾病不能接受讯问，丧失诉讼行为能力的，人民检察院可以中止审查。

共同犯罪中的部分犯罪嫌疑人潜逃的，对潜逃犯罪嫌疑人可以中止审查；对其他犯罪嫌疑人的审查起诉应当照常进行。

中止审查应当由办案人员提出意见，部门负责人审核，报请检察长决定。

需要撤销中止审查决定的，参照前款规定办理。

第二百七十四条　人民检察院在审查起诉期间，对于扣押、冻结的犯罪嫌疑人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供查核。

第二百七十五条　追缴的财物中，属于被害人的合法财产，不需要在法庭出示的，应当及时返还被害人，并由被害人在发还款物清单上签名或者盖章，注明返还的理由，并将清单、照片附入卷宗。

第二百七十六条　追缴的财物中，属于违禁品或者不宜长期保存的物品，应当依照国家有关规定处理，并将清单、照片、处理结果附卷。

第二百七十七条　在审查起诉中犯罪嫌疑人死亡，对犯罪嫌疑人的存款、汇款应当依法予以没收或者返还被害人的，可以申请人民法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人存款、汇款的金融机构上缴国库或者返还被害人。

人民检察院申请人民法院裁定处理犯罪嫌疑人存款、汇款的，应当向人民法院移送有关案件材料。

第二百七十八条 审查起诉部门办理案件时，可以适用本规则规定的侦查措施和程序。

第三节 起 诉

第二百七十九条 人民检察院对案件进行审查后，认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定。

具有下列情形之一的，可以确认犯罪事实已经查清：

（一）属于单一罪行的案件，查清的事实足以定罪量刑或者与定罪量刑有关的事实已经查清，不影响定罪量刑的事实无法查清的；

（二）属于数个罪行的案件，部分罪行已经查清并符合起诉条件，其他罪行无法查清的；

（三）无法查清作案工具、赃物去向，但有其他证据足以对被告人定罪量刑的；

（四）证人证言、犯罪嫌疑人供述和辩解、被害人陈述的内容中主要情节一致，只有个别情节不一致且不影响定罪的。

对于符合第（二）项情形的，应当以已经查清的罪行起诉。

第二百八十条 人民检察院在办理公安机关移送起诉的案件中，发现遗漏依法应当移送审查起诉同案犯罪嫌疑人的，应当建议公安机关补充移送审查起诉；对于犯罪事实清楚，证据确实、充分的，人民检察院也可以直接提起公诉。

第二百八十一条 人民检察院作出起诉决定后，应当制作起诉书。

起诉书的主要内容包括：

（一）被告人的基本情况，包括姓名、性别、出生年月日、出生地、身份证号码、民族、文化程度、职业，工作单位及职务、住址，是否受过刑事处罚，采取强制措施的情况及在押被告人的关押处所等；如果是单位犯罪，应写明犯罪单位的名称，所在地址，法定代表人或代表的姓名、职务；如果还有应当负刑事责任的“直接负责的主管人员或其他直接责任人员”应当按上述被告人基本情况内容叙写。

（二）案由和案件来源。

（三）案件事实，包括犯罪的时间、地点、经过、手段、动机、目的、危害后果等与定罪量刑有关的事实要素。起诉书叙述的指控犯罪事实的必备要素应当明晰、准确。被告人被控有多项犯罪事实的，应当逐一列举，对于犯罪手段相同的同一犯罪可以概括叙写。

（四）起诉的根据和理由，包括被告人触犯的刑法条款、犯罪的性质、法定从轻、减轻或者从重处罚的条件，共同犯罪各被告人应负的罪责等。

被告人真实姓名、住址无法查清的，应当按其绰号或者自报的姓名、自报的年龄制作起诉书，并在起诉书中注明。被告人自报的姓名可能造成损害他人名誉、败坏道德风俗等不良影响的，可以对被告人编号并按编号制作起诉书，并在起诉书中附具被告人的照片。

第二百八十二条　人民检察院提起公诉的案件，应当向人民法院移送起诉书、证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片。

起诉书应当一式八份，每增加一名被告人增加起诉书五份。

证人名单应当包括在起诉前提供了证言的证人名单，证人名单应当列明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址、通讯处。人民检察院对于拟不出庭的证人，可以不说明不出庭的理由。

证据目录应当是起诉前收集的证据材料目录。

关于被害人姓名、住址、通讯处，有无扣押、冻结在案的被告人的财物及存放地点，被告人被采取强制措施的种类、是否在案及羁押地点等问题，人民检察院应当在起诉书中列明，不再单独移送材料，其中对于涉及被害人隐私或者为保护被害人人身安全，而不宜在起诉书中列明被害人姓名、住址、通讯处的，单独移送人民法院。

鉴定结论、勘验检查笔录已经作为主要证据移送复印件的，鉴定人、勘验检查笔录制作人姓名已载明，不再另行移送。

第二百八十三条　人民检察院针对具体案件移送起诉时，“主要证据”的范围由办案人员根据本条规定的范围和各个证据在具体案件中的实际证明作用加以确定。

主要证据是对认定犯罪构成要件的事实起主要作用，对案件定罪量刑有重要影响的证据。

主要证据包括：

（一）起诉书中涉及的各种证据种类中的主要证据；

（二）多个同种类证据中被确定为“主要证据”的；

（三）作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、正当防卫的

证据。

对于主要证据为书证、证人证言笔录、被害人陈述笔录、被告人供述与辩解笔录或者勘验、检查笔录的，可以只复印其中与证明被告人构成犯罪有关的部分，鉴定书可以只复印鉴定结论部分。

第二百八十四条 人民法院认为人民检察院起诉移送的有关材料不符合刑事诉讼法第一百五十条规定的条件，向人民检察院提出书面意见要求补充提供的，人民检察院应当自收到通知之日起三日内补送。

对于人民法院要求补充提供的材料超越刑事诉讼法第一百五十条规定的范围或者要求补充提供材料的意见有其他不当情况的，人民检察院应当向人民法院说明理由，要求人民法院开庭审判，必要时人民检察院应当根据刑事诉讼法第一百六十九条的规定向人民法院提出纠正意见。

第二百八十五条 对提起公诉后，在人民法院开庭审判前，人民检察院自行补充收集的证据材料，应当根据刑事诉讼法第一百五十条的规定向人民法院移送有关的证人名单、证据目录和主要证据的复印件或者照片。

第四节 不起诉

第二百八十六条 人民检察院对于退回补充侦查的案件，仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，经检察委员会讨论决定，可以作出不起诉决定。

作出不起诉决定前应当根据案件情况在法律规定的范围内确定补充侦查的次数。

具有下列情形之一，不能确定犯罪嫌疑人构成犯罪和需要追究刑事责任的，属于证据不足，不符合起诉条件：

（一）据以定罪的证据存在疑问，无法查证属实的；

（二）犯罪构成要件事实缺乏必要的证据予以证明的；

（三）据以定罪的证据之间的矛盾不能合理排除的；

（四）根据证据得出的结论具有其他可能性的。

第二百八十七条 人民检察院根据刑事诉讼法第一百四十条第四款规定决定不起诉的，在发现新的证据，符合起诉条件时，可以提起公诉。

第二百八十八条 人民检察院对于符合刑事诉讼法第十五条规定的情形之一的案件，经检察长决定，应当作出不起诉决定。

第二百八十九条 人民检察院对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，经检察委员会讨论决定，可以作出不起诉决定。

第二百九十条　人民检察院作出不起诉决定后，应当制作不起诉决定书。

不起诉决定书的主要内容包括：

（一）被不起诉人的基本情况，包括姓名、出生年月日、出生地、民族、文化程度、职业、住址、身份证号码，是否受过刑事处罚，拘留、逮捕的年月日和关押处所等；

（二）案由和案件来源；

（三）案件事实，包括否定或者指控被不起诉人构成犯罪的事实以及作为不起诉决定根据的事实；

（四）不起诉的根据和理由，写明作出不起诉决定适用的法律条款；

（五）有关告知事项。

第二百九十一条　人民检察院决定不起诉的案件，可以根据案件的不同情况，对被不起诉人予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失。

对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，连同不起诉决定书一并移送有关主管机关处理。

第二百九十二条　人民检察院根据刑事诉讼法第一百四十条第四款、第一百四十二条第二款对直接立案侦查的案件决定不起诉后，审查起诉部门应当将不起诉决定书副本以及案件审查报告报送上一级人民检察院备案。

第二百九十三条　人民检察院决定不起诉的案件，需要对侦查中扣押、冻结的财物解除扣押、冻结的，应当书面通知作出扣押、冻结决定的机关或者执行扣押、冻结决定的机关解除扣押、冻结。

第二百九十四条　不起诉的决定，由人民检察院公开宣布。公开宣布不起诉决定的活动应当记明笔录。

不起诉决定书自公开宣布之日起生效。

第二百九十五条　不起诉决定书应当送达被害人或者其近亲属及其诉讼代理人、被不起诉人以及被不起诉人的所在单位。送达时，应当告知被害人或者其近亲属及其诉讼代理人，如果对不起诉决定不服，可以自收到不起诉决定书后七日以内向上一级人民检察院申诉，也可以不经申诉，直接向人民法院起诉；告知依照刑事诉讼法第一百四十二条第二款规定被不起诉的人，如果对不起诉决定不服，可以自收到不起诉决定书后七日以内向人民检察院申诉。

第二百九十六条　对于公安机关移送起诉的案件，人民检察院决定不起诉的，应当将不起诉决定书送达公安机关。

第二百九十七条　公安机关认为不起诉决定有错误，要求复议的，人民检

察院审查起诉部门应当另行指定检察人员进行审查并提出审查意见，经审查起诉部门负责人审核，报请检察长或者检察委员会决定。

人民检察院应当在收到要求复议意见书后的三十日内作出复议决定，通知公安机关。

第二百九十八条 上一级人民检察院收到公安机关对不起诉决定提请复核的意见书后，应当交由审查起诉部门办理。审查起诉部门指定检察人员进行审查并提出审查意见，经审查起诉部门负责人审核，报请检察长或者检察委员会决定。

上一级人民检察院应当在收到提请复核意见书后的三十日内作出决定，制作复核决定书送交提请复核的公安机关和下级人民检察院。经复核改变下级人民检察院不起诉决定的，应当撤销下级人民检察院作出的不起诉决定，交由下级人民检察院执行。

第二百九十九条 被害人对人民检察院作出的不起诉决定不服的，可以自收到决定书后七日以内向作出不起诉决定的人民检察院的上一级人民检察院申诉，上一级人民检察院控告申诉部门应当立案复查。

被害人向作出不起诉决定的人民检察院提出申诉的，作出决定的人民检察院应当将申诉材料连同案卷一并报送上一级人民检察院受理。

第三百条 被害人对人民检察院不起诉的决定不服，收到不起诉决定书超过七日后提出申诉的，由作出不起诉决定的人民检察院控告申诉部门受理，经审查后决定是否立案复查。

第三百零一条 上一级人民检察院对被害人不服不起诉决定的申诉进行复查后，应当在三个月内作出复查决定，案情复杂的，最长不得超过六个月。

控告申诉部门应当提出复查意见，报请检察长作出复查决定。

复查决定书应当送达被害人和作出不起诉决定的人民检察院。

上级人民检察院经复查作出起诉决定的，应当撤销下级人民检察院的不起诉决定，交由下级人民检察院提起公诉，并将复查决定抄送移送审查起诉的公安机关。出庭支持公诉由审查起诉部门办理。

第三百零二条 人民检察院收到人民法院受理被害人对被不起诉人起诉的通知后，人民检察院应当终止复查，将作出不起诉决定所依据的有关案件材料移送人民法院。

第三百零三条 被不起诉人对人民检察院依照刑事诉讼法第一百四十二条第二款规定作出的不起诉决定不服，自收到不起诉决定书后七日以内提出申诉的，应当由作出决定的人民检察院立案复查，由控告申诉部门办理。被不起诉

人自收到不起诉决定书后七日以外提出申诉的，由控告申诉部门审查是否立案复查。

人民检察院控告申诉部门复查后应当提出复查意见，认为应当维持不起诉决定的，报请检察长作出复查决定；认为应当撤销不起诉决定提起公诉的，报请检察长提交检察委员会讨论决定。

复查决定书应当送达被不起诉人，撤销不起诉决定或者变更不起诉的事实或者法律根据的，应当同时抄送移送审查起诉的公安机关和本院有关部门。

人民检察院作出撤销不起诉决定提起公诉的复查决定后，应当将案件交由审查起诉部门提起公诉。

第三百零四条　被害人、被不起诉人对不起诉决定不服，提出申诉的，应当递交申诉书，写明申诉理由。被害人、被不起诉人没有书写能力的，也可以口头提出申诉，人民检察院应当根据其口头提出的申诉制作笔录。

第三百零五条　人民检察院如果发现不起诉决定确有错误，符合起诉条件的，应当撤销不起诉决定，提起公诉。

第三百零六条　最高人民检察院对地方各级人民检察院的起诉、不起诉决定，上级人民检察院对下级人民检察院的起诉、不起诉决定，如果发现确有错误的，应当予以撤销或者指令下级人民检察院纠正。

第五节　简易程序的提起

第三百零七条　对依法可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，事实清楚、证据充分，经检察长决定，适用简易程序的，应当向人民法院提出建议。

第三百零八条　人民法院认为案件需要适用简易程序，向人民检察院提出书面建议的，人民检察院应当在十日内答复是否同意。

第三百零九条　人民检察院和人民法院有一方认为不宜适用简易程序的，应当适用普通程序。

第三百一十条　适用简易程序，人民检察院可以不派员出席法庭。

第三百一十一条　人民检察院对于建议或者同意适用简易程序审理的公诉案件，应当向人民法院移送全部案卷和证据材料。

第三百一十二条　具有下列情形之一的，人民检察院应当不建议或者不同意适用简易程序：

（一）依法可能判处三年以上有期徒刑的；

（二）对于案件事实、证据存在较大争议的；

（三）比较复杂的共同犯罪案件；

（四）被告人是否犯罪、犯有何罪存在争议的；

（五）被告人要求适用普通程序的；

（六）被告人是盲、聋、哑人的；

（七）辩护人作无罪辩护的；

（八）其他不宜适用简易程序的。

第三百一十三条 适用简易程序审理的公诉案件，人民法院发现不宜适用简易程序，决定按照公诉案件第一审普通程序重新审理的，人民检察院应当派员出席法庭。

第三百一十四条 转为普通程序审理的案件，人民法院应当将全案卷宗和证据材料退回人民检察院。人民检察院审查起诉的期限应当从收到人民法院有关案件材料之日起计算。

第六节 辩护与代理

第三百一十五条 人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。

告知可以采取口头或者书面方式。口头告知的，应当记明笔录，由被告知人签名；书面告知的，应当将送达回执入卷。

在押的犯罪嫌疑人要求委托辩护人的，应当由犯罪嫌疑人指定的人办理委托事宜，人民检察院应当通知犯罪嫌疑人指定的人办理。

第三百一十六条 人民检察院审理案件过程中，应当保证犯罪嫌疑人行使刑事诉讼法第三十二条规定的辩护权利。但下列人员不得被委托担任辩护人：

（一）在缓刑考验期限内或者刑罚尚未执行完毕的人；

（二）依法被剥夺、限制人身自由的人；

（三）无行为能力或者限制行为能力的人；

（四）与本案有直接利害关系的人；

（五）人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职工作人员；

（六）外国人或者无国籍人。

前款第（四）、（五）、（六）项的人员，如果是犯罪嫌疑人的近亲属或者监护人，并且不属于前款第（一）、（二）、（三）项情形，犯罪嫌疑人委托其担任

辩护人的，人民检察院可以准许。

律师、人民团体或者犯罪嫌疑人所在单位推荐的公民，以及犯罪嫌疑人的监护人、亲友被委托担任辩护人的，人民检察院应当分别核实辩护人身份证明和辩护委托书。

第三百一十七条　一名犯罪嫌疑人可以委托一至二人作为辩护人。

共同犯罪的案件，一名辩护人不得为二名以上的同案犯罪嫌疑人辩护。

律师担任诉讼代理人的，不得同时接受同一案件二名以上被害人的委托，参与刑事诉讼活动。

第三百一十八条　人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日内，应当告知被害人及其法定代理人或者其近亲属、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。

告知可以采取口头或者书面方式。口头告知的，应当记明笔录，由被告知人签名；书面告知的，应当将送达回执入卷；无法告知的，应当记明笔录。

被害人有法定代理人的，应当告知其法定代理人；没有法定代理人的，应当告知其近亲属。

法定代理人或者近亲属为二人以上的，可以只告知其中一人，告知时应当按照刑事诉讼法第八十二条第（三）、（六）项列举的顺序选择进行。

第三百一十九条　在审查起诉中，人民检察院应当允许被委托的辩护律师查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料。

诉讼文书包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书等为立案、采取强制措施和侦查措施以及提请审查起诉而制作的程序性文书。

技术性鉴定材料包括法医鉴定、司法精神病鉴定、物证技术鉴定等由有鉴定资格的人员对人身、物品及其他有关证据材料进行鉴定所形成的记载鉴定情况和鉴定结论的文书。

第三百二十条　律师以外的辩护人向人民检察院申请查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，或者同在押的犯罪嫌疑人会见和通信的，人民检察院应当在接到申请后的三日以内对申请人是否具备辩护人资格进行审查并作出是否许可的决定，书面通知申请人。

申请人不具备辩护人资格的，人民检察院应当不予许可。

具有下列情形之一的，人民检察院可以不予许可：

（一）同案犯罪嫌疑人在逃的；

（二）案件事实不清，证据不足，或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人需

要补充侦查的；

（三）涉及国家秘密的；

（四）有事实表明存在串供、毁灭、伪造证据或者危害证人人身安全可能的。

第三百二十一条　律师以外的辩护人同在押的犯罪嫌疑人通信，人民检察院可以要求羁押机关将书信送交人民检察院进行检查。

第三百二十二条　辩护律师或者经过许可的其他辩护人查阅、摘抄和复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，应当向审查起诉部门提出书面申请，审查起诉部门应当要求提出申请的辩护律师或者其他辩护人提供表明自己身份和诉讼委托关系的证明材料。

审查起诉部门接受申请后应当安排办理；不能当日办理的，应当向申请人说明理由，并在三日内择定办理日期，告知申请人。

查阅、摘抄和复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料应当在文书室内进行。

第三百二十三条　辩护律师申请人民检察院向被告人提供的证人，或者其他有关单位和个人收集、调取证据的，人民检察院认为需要调查取证时，可以收集、调取。

人民检察院根据辩护律师的申请收集、调取证据时，申请人可以在场。

第三百二十四条　辩护律师向人民检察院提出申请要求向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料的，人民检察院应当在接到申请后七日内作出是否许可的决定，通知申请人。

第三百二十五条　律师担任诉讼代理人经人民检察院许可，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料。需要收集、调取与本案有关的材料的，参照本规则第三百二十三条、第三百二十四条的规定办理。

第三百二十六条　诉讼代理人查阅、摘抄　复制本案诉讼文书、技术性鉴定材料，收集、调取与本案有关的材料，应当向人民检察院提交由被代理人签名或者盖章的委托书。

诉讼代理人查阅、摘抄、复制本案诉讼文书、技术性鉴定材料，适用本规则第三百一十九条、第三百二十条的规定。

第三百二十七条　人民检察院审查起诉部门受理本院侦查部门移送审查起诉的案件，按照本章规定的程序办理。

第九章　出席法庭

第一节　出席第一审法庭

第三百二十八条　提起公诉的案件，除适用简易程序决定不派员出庭的以外，人民检察院应当派员以国家公诉人的身份出席第一审法庭，支持公诉。

公诉人应当由检察长、检察员或者经检察长批准代行检察员职务的助理检察员一人至数人担任，并配备书记员担任记录。

第三百二十九条　对于提起公诉后改变管辖的案件，原提起公诉的人民检察院参照本规则第二百四十八条的规定将案件移送与审判管辖相对应的人民检察院。

接受移送的人民检察院重新对案件进行审查的，根据刑事诉讼法第一百三十八条第二款的规定自收到案件之日起计算审查起诉期限。

第三百三十条　公诉人在人民法院决定开庭审判后，应当做好如下准备工作：

（一）进一步熟悉案情，掌握证据情况；

（二）深人研究与本案有关的法律政策问题；

（三）充实审判中可能涉及的专业知识；

（四）拟定讯问被告人、询问证人、鉴定人和宣读、出示、播放证据的计划并制定质证方案；

（五）拟定公诉意见，准备辩论提纲。

第三百三十一条　公诉人在法庭上应当依法进行下列活动：

（一）宣读起诉书，代表国家指控犯罪，提请人民法院对被告人依法审判；

（二）讯问被告人；

（三）询问证人、被害人、鉴定人；

（四）出示物证，宣读书证、未到庭证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验、检查笔录和其他作为证据的文书，向法庭提供作为证据的视听资料；

（五）对证据和案件情况发表意见，针对被告人、辩护人的辩护意见进行答辩，全面阐述公诉意见，反驳不正确的辩护意见；

（六）维护诉讼参与人的合法权利；

（七）对法庭审理案件有无违反法律规定的诉讼程序的情况记明笔录；

（八）依法从事其他诉讼活动。

第三百三十二条 在法庭审理中，公诉人应当客观、全面、公正地向法庭提供证明被告人有罪、罪重或者罪轻的证据。

第三百三十三条 公诉人讯问被告人，询问证人、被害人、鉴定人，出示物证，宣读书证、未出庭证人的证言笔录等应当围绕下列事实进行：

（一）被告人的身份；

（二）指控的犯罪事实是否存在，是否为被告人所实施；

（三）实施犯罪行为的时间、地点、方法、手段、结果，被告人犯罪后的表现等；

（四）犯罪集团或者其他共同犯罪案件中参与犯罪人员的各自地位和应负的责任；

（五）被告人有无责任能力，有无故意或者过失，行为的动机、目的；

（六）有无依法不应当追究刑事责任的情况，有无法定的从重或者从轻、减轻以及免除处罚的情节；

（七）犯罪对象、作案工具的主要特征，与犯罪有关的财物的来源、数量以及去向；

（八）被告人全部或者部分否认起诉书指控的犯罪事实的，否认的根据和理由能否成立；

（九）与定罪量刑有关的其他事实。

第三百三十四条 在法庭审理中，下列事实不必提出证据进行证明：

（一）为一般人共同知晓的常识性事实；

（二）人民法院生效裁判所确认的并且未依审判监督程序重新审理的事实；

（三）法律、法规的内容以及适用等属于审判人员履行职务所应当知晓的事实；

（四）在法庭审理中不存在异议的程序事实；

（五）法律规定的推定事实。

第三百三十五条 讯问被告人、询问证人应当避免可能影响陈述或者证言客观真实的诱导性讯问、询问以及其他不当讯问、询问。

辩护人对被告人或者证人进行诱导性讯问、询问以及其他不当讯问、询问可能影响陈述或者证言的客观真实的，公诉人可以要求审判长制止或者要求对该项陈述或者证言不予采纳。

讯问共同犯罪案件的被告人、询问证人应当分别进行。

被告人、证人对同一事实的陈述存在矛盾需要对质的，公诉人可以建议法

庭传唤有关被告人、证人同时到庭对质。

讯问未成年的被告人、询问未成年的证人应当根据未成年人的特点进行。

第三百三十六条　被告人在庭审中的陈述与在侦查、审查起诉中的供述一致或者不一致的内容不影响定罪量刑的，可以不宣读被告人供述笔录。

被告人在庭审中的陈述与在侦查、审查起诉中的供述不一致，足以影响定罪量刑的，可以宣读被告人供述笔录，并针对笔录中被告人的供述内容对被告人进行讯问，或者提出其他证据进行证明。

第三百三十七条　证人应当由人民法院通知并负责安排出庭作证。

对于经人民法院通知而未到庭的证人的证言笔录，公诉人应当当庭宣读。对证人证言笔录存在疑问、确实需要证人出庭陈述的，公诉人应当要求延期审理，由人民法院再次通知证人到庭提供证言和接受质证。

第三百三十八条　证人在法庭上提供证言，公诉人应当按照审判长确定的顺序向证人发问。公诉人应当首先要求证人就其所了解的与案件有关的事实进行连贯陈述。证人连贯陈述后，公诉人经审判长许可，可以对证人发问。

证人不能连贯陈述的，公诉人也可以直接发问。

对证人发问，应当针对证言中有遗漏、矛盾、模糊不清和有争议的内容，并着重围绕与定罪量刑紧密相关的事实进行。

发问应当采取一问一答形式，提问应当简洁、清楚。

证人进行虚假陈述的，应当通过发问澄清事实，必要时还应当宣读证人在侦查、审查起诉阶段提供的证言笔录或者出示、宣读其他证据对证人进行询问。

当事人和辩护人、诉讼代理人对证人发问后，公诉人可以根据证人回答的情况，经审判长许可，再次对证人发问。

询问鉴定人参照上述规定进行。

第三百三十九条　对于经法院通知未到庭的被害人的陈述笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，公诉人应当当庭宣读。

第三百四十条　公诉人向法庭出示物证，应当对该物证所要证明的内容、获取情况作概括的说明，并向当事人、证人等问明物证的主要特征，让其辨认。

宣读书证应当对书证所要证明的内容、获取情况作概括的说明，向当事人、证人问明书证的主要特征，并让其辨认。对该书证进行技术鉴定的，应当宣读鉴定书。

第三百四十一条　在法庭审理中，对案件的程序事实存在争议的，应当出

示、宣读有关诉讼文书、侦查或者审查起诉活动笔录。

第三百四十二条 公诉人可以根据庭审情况和需要，出示、宣读开庭前送交人民法院的证据目录以外的证据。需要给予被告人、辩护人必要时间进行辩护准备的，公诉人可以建议合议庭延期审理。

第三百四十三条 公诉人对于搜查、勘验、检查等侦查活动中形成的笔录存在争议，需要负责侦查的人员以及搜查、勘验、检查等活动的见证人出庭陈述有关情况的，可以建议合议庭通知其出庭。

第三百四十四条 在法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问或人民法院根据辩护人、被告人的申请，向人民检察院调取在侦查、审查起诉中收集的有关被告人无罪或者罪轻的证据材料时，人民检察院应当自收到人民法院要求调取证据材料决定书后三日内移交。如果没有此材料，应当向人民法院说明情况。

第三百四十五条 法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问并在休庭后进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结的，人民检察院应当依法进行监督，发现上述活动有违法情况的应当提出纠正意见。

第三百四十六条 人民法院根据律师申请收集、调取的证据或者合议庭休庭后自行调查取得的证据，必须经过庭审辨认、质证才能决定是否作为判决的依据。未经庭申辩认、质证直接采纳为判决依据的，人民检察院应当提出纠正意见；作出判决的，应当依法提出抗诉。

第三百四十七条 在法庭审理中，经审判长许可，公诉人可以逐一对正在调查的证据和案件情况发表意见，并同被告人、辩护人进行辩论。证据调查结束时，公诉人应当发表总结性意见。

法庭辩论中，公诉人与被害人、诉讼代理人意见不一致的，公诉人应当认真听取被害人、诉讼代理人的意见，阐明自己的意见和理由。

第三百四十八条 法庭审理过程中遇有下列情形之一的，公诉人应当要求法庭延期审理：

（一）发现事实不清、证据不足，或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人，需要补充侦查或者补充提供证据的；

（二）发现遗漏罪行或者遗漏同案犯罪嫌疑人，虽不需要补充侦查和补充提供证据，但需要提出追加或者变更起诉的；

（三）需要通知开庭前未向人民法院提供名单的证人、鉴定人或者经人民法院通知而未到庭的证人出庭陈述的。

第三百四十九条 法庭宣布延期审理后，人民检察院应当在补充侦查的期限内提请人民法院恢复法庭审理或者撤回起诉。

公诉人在法庭审理过程中建议延期审理的次数不得超过两次，每次不得超过一个月。

第三百五十条　在审判过程中，对于需要补充提供法庭审判所必需的证据或者补充侦查的，人民检察院应当自行收集证据和进行侦查；必要时可以要求公安机关提供协助。

人民检察院补充侦查，适用本规则第四章、第五章、第七章的规定。

补充侦查不得超过一个月。

第三百五十一条　在人民法院宣告判决前，人民检察院发现被告人的真实身份或者犯罪事实与起诉书中叙述的身份或者指控犯罪事实不符的，可以要求变更起诉；发现遗漏的同案犯罪嫌疑人或者罪行可以一并起诉和审理的，可以要求追加起诉；发现不存在犯罪事实、犯罪事实并非被告人所为或者不应当追究被告人刑事责任的，可以要求撤回起诉。

第三百五十二条　在法庭审理过程中，人民法院建议人民检察院补充侦查、补充或者变更起诉的，人民检察院应当审查有关理由，并作出是否退回补充侦查、补充或者变更起诉的决定。人民检察院不同意的，可以要求人民法院就起诉指控的犯罪事实依法作出裁判。

第三百五十三条　变更、追加或者撤回起诉应当报经检察长或者检察委员会决定，并以书面方式在人民法院宣告判决前向人民法院提出。

在法庭审理过程中，公诉人认为需要变更、追加或者撤回起诉的，应当要求休庭，并记明笔录。

变更、追加起诉需要给予被告人、辩护人必要时间进行辩护准备的，公诉人可以建议合议庭延期审理。

撤回起诉后，没有新的事实或者新的证据不得再行起诉。

第三百五十四条　在人民法院作出判决前，人民检察院发现已经决定适用简易程序审理的案件具有下列情形之一的，应当要求人民法院按照普通第一审程序审理：

（一）发现依法应当判处三年以上有期徒刑的；

（二）案件事实、证据存在较大争议的；

（三）被告人是否犯罪，犯有何罪存在疑问的；

（四）人民检察院发现被告人有新的犯罪事实需要追加起诉一并审理的。

第三百五十五条　出庭的书记员应当将庭审情况写成笔录，详细记载庭审的时间、地点、参加人员、公诉人出庭执行任务情况和法庭调查、法庭辩论的主要内容以及法庭判决结果，由公诉人和书记员签名。

第三百五十六条 人民检察院对于在法庭上出示、宣读、播放的证据材料应当当庭移交人民法院，确实无法当庭移交的，应当在休庭后三日内移交。对于在法庭上出示、宣读、播放未到庭证人的证言的，如果该证人提供过不同的证言，人民检察院应当将该证人的全部证言在休庭后三日内移交。

第三百五十七条 对于当庭出示、宣读、播放的证据材料，在审判长宣布休庭后，公诉人应当与合议庭办理交接手续。休庭后向法院移交有关证据材料的，即时办理交接手续。

第三百五十八条 人民检察院对封存保管的扣押、冻结的被告人财物及其孳息，应当根据不同情况作以下处理：

（一）对作为证据使用的实物，应当依法随案移送。对不宜移送的，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送。

（二）冻结在金融机构的赃款，应当向人民法院随案移送该金融机构出具的证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民法院通知该金融机构上缴国库。

（三）查封、扣押的赃款、赃物，对依法不移送的，应当随案移送证据清单、照片或者其他证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民检察院根据人民法院的通知上缴国库，并向人民法院送交执行回单。

第二节　出席第二审法庭

第三百五十九条 对提出抗诉的案件或者公诉案件中人民法院决定开庭审理的上诉案件，同级人民检察院应当派员出席第二审法庭。

第三百六十条 检察长、检察员或者经检察长批准代行检察员职务的助理检察员出席第二审法庭的任务是：

（一）支持抗诉或者听取上诉人的上诉意见，对原审法院作出的错误判决或者裁定提出纠正意见；

（二）维护原审人民法院正确的判决或者裁定，反驳无理上诉，建议法庭维持原判；

（三）维护诉讼参与人的合法权利；

（四）对法庭审理案件有无违反法律规定的诉讼程序的情况记明笔录；

（五）依法从事其他诉讼活动。

第三百六十一条 对抗诉和上诉案件，与第二审人民法院相对应的人民检察院应当调取下级人民检察院的案卷材料。

出席第二审法庭的检察人员在接到第二审人民法院查阅案卷通知后，应当到第二审人民法院查阅第一审人民法院的案卷。

第三百六十二条　检察人员应当客观全面地审查原审案卷材料，不受上诉或者抗诉范围的限制，重点审查原审判决认定案件事实、适用法律是否正确，证据是否确实、充分，量刑是否适当，审判活动是否合法，并应当审查下级人民检察院的抗诉书或者上诉人的上诉书，了解抗诉或者上诉的理由是否正确、充分。

第三百六十三条　检察人员在审查第一审案卷材料时，应当提讯原审被告人，复核主要证据。

第三百六十四条　检察人员出席第二审法庭，应当制作讯问被告人，询问被害人、证人、鉴定人和出示、宣读、播放证据计划，并拟写答辩提纲。对上诉案件，出庭前应当制作出庭意见。

第三百六十五条　在法庭审理中，检察人员应当针对原审判决或者裁定认定事实或适用法律、量刑等方面的问题，以及上诉人的上诉意见、辩护人的辩护意见，讯问被告人、询问被害人、证人、鉴定人，出示和宣读证据，并提出意见和进行辩论。

第三百六十六条　出庭的检察人员需要出示、宣读、播放一审中已移交人民法院的证据的，出庭的检察人员可以申请法庭出示、宣读、播放。

在第二审法庭中出示、宣读、播放的证据材料的移送参照本规则第三百五十六条的规定办理。

第三节　出席再审法庭

第三百六十七条　人民法院通知人民检察院出席再审法庭的，人民检察院应当派员出席。

第三百六十八条　人民检察院派员出席再审法庭，应当与人民法院的审级相适应。

第三百六十九条　人民检察院对于人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当对原判决、裁定认定的事实、证据和适用法律进行全面审查。

第三百七十条　人民检察院派员出席再审法庭，如果再审案件按照第一审程序审理，参照本章第一节的有关规定执行；如果再审案件按照第二审程序审理，参照本章第二节的有关规定执行。

第十章　刑事诉讼法律监督

第一节　立案监督

第三百七十一条　人民检察院依法对公安机关的立案活动实行监督。

第三百七十二条　人民检察院发现公安机关对应当立案侦查的案件不立案侦查的，由审查逮捕部门审查；审查逮捕部门经过调查、核实有关证据材料，认为需要公安机关说明不立案理由的，经检察长批准，可以要求公安机关在七日内书面说明不立案的理由。

经人民检察院审查逮捕部门审查，认为公安机关不立案理由不能成立的，经检察长或者检察委员会讨论决定，应当通知公安机关立案。

第三百七十三条　被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院控告申诉部门应当受理，并根据事实和法律进行审查。审查中，可以要求被害人提供有关材料，进行必要的调查，认为需要公安机关说明不立案理由的，应当将案件移送审查逮捕部门办理。

公安机关说明不立案的理由后，审查逮捕部门认为公安机关不立案理由成立的，应当通知控告申诉部门，由控告申诉部门在十日内将不立案的理由和根据告知被害人；认为公安机关不立案的理由不能成立的，应当按照本规则第三百七十二条第二款的规定办理。

第三百七十四条　人民检察院通知公安机关立案，应当由检察长决定；重大或者疑难、复杂的案件，由检察长提交检察委员会讨论决定。

第三百七十五条　人民检察院通知公安机关立案，应当制作通知立案书，送达公安机关，同时抄报上一级人民检察院备案。

人民检察院送达通知立案书时，应当将有关证明应该立案的材料同时移送公安机关，并且告知公安机关应当在十五日以内立案，将立案决定书送达人民检察院。

第三百七十六条　人民检察院通知公安机关立案的，应当依法对通知立案的执行情况进行监督。

第三百七十七条　对于由公安机关管辖的国家机关工作人员利用职权实施的重大犯罪案件，人民检察院通知公安机关立案，公安机关不予立案的，经省级以上人民检察院决定，人民检察院可以直接立案侦查。

第三百七十八条　对于公安机关不应当立案而立案侦查的，人民检察院应当向公安机关提出纠正违法意见。

第三百七十九条　人民检察院审查逮捕部门或者审查起诉部门发现本院侦查部门对应当立案侦查的案件不报请立案侦查的，应当建议侦查部门报请立案侦查；建议不被采纳的，应当报请检察长决定。

第二节　侦查监督

第三百八十条　人民检察院依法对公安机关的侦查活动是否合法实行监督。

第三百八十一条　侦查监督主要发现和纠正以下违法行为：

（一）对犯罪嫌疑人刑讯逼供、诱供的；

（二）对被害人、证人以体罚、威胁、诱骗等非法手段收集证据的；

（三）伪造、隐匿、销毁、调换或者私自涂改证据的；

（四）徇私舞弊，放纵、包庇犯罪分子的；

（五）故意制造冤、假、错案的；

（六）在侦查活动中利用职务之便谋取非法利益的；

（七）在侦查过程中不应当撤案而撤案的；

（八）贪污、挪用、调换所扣押、冻结的款物及其孳息的；

（九）违反刑事诉讼法关于决定、执行、变更、撤销强制措施规定的；

（十）违反羁押和办案期限规定的；

（十一）在侦查中有其他违反刑事诉讼法有关规定的行为的。

第三百八十二条　人民检察院审查逮捕部门、审查起诉部门在审查逮捕、审查起诉中，应当审查公安机关的侦查活动是否合法。发现违法情况，应当提出意见通知公安机关纠正。构成犯罪的，移送有关部门依法追究刑事责任。

监所检察部门发现侦查中违反法律规定的羁押和办案期限规定的，应当依法提出纠正违法意见。

第三百八十三条　人民检察院根据需要可以派员参加公安机关对于重大案件的讨论和其他侦查活动，发现违法行为，应当及时通知纠正。

第三百八十四条　诉讼参与人对于侦查机关或者侦查人员侵犯其诉讼权利和人身侮辱的行为提出控告的，人民检察院应当受理，并及时审查，依法处理。

第三百八十五条　对于公安机关执行人民检察院批准或者不批准逮捕决定

的情况，以及释放被逮捕的犯罪嫌疑人或者变更逮捕措施的情况，人民检察院发现有违法情形的，应当通知纠正。

第三百八十六条 人民检察院发现公安机关或者公安人员在侦查或者决定、执行、变更、撤销强制措施等活动中有违法情形的，应当及时提出纠正意见。

对于情节较轻的违法情形，由检察人员以口头方式向侦查人员或者公安机关负责人提出纠正，并及时向本部门负责人汇报；必要的时候，由部门负责人提出。

对于情节较重的违法情形，应当报请检察长批准后，向公安机关发出纠正违法通知书。

第三百八十七条 人民检察院发出纠正违法通知书的，应当根据公安机关的回复，监督落实情况；没有回复的，应当督促公安机关回复。

第三百八十八条 人民检察院提出的纠正意见不被接受的，应当向上一级人民检察院报告，并抄报上一级公安机关。上级人民检察院认为下级人民检察院意见正确的，应当通知同级公安机关督促下级公安机关纠正；上级人民检察院认为下级人民检察院纠正违法的意见错误的，应当通知下级人民检察院撤销纠正违法通知书，并通知同级公安机关。

第三百八十九条 人民检察院审查逮捕部门、审查起诉部门发现侦查人员在侦查活动中的违法行为情节严重，构成犯罪的，应当移送本院侦查部门审查，并报告检察长。侦查部门审查后应当提出是否立案侦查的意见，报请检察长决定。对于不属于人民检察院管辖的，应当移送有管辖权的机关处理。

第三百九十条 人民检察院审查逮捕部门或者审查起诉部门对本院侦查部门侦查或者决定、执行、变更、撤销强制措施等活动中的违法行为，应当根据情节分别处理。情节较轻的，可以直接向侦查部门提出纠正意见；情节较重或者需要追究刑事责任的，应当报告检察长决定。

第三节　审判监督

第三百九十一条 人民检察院依法对人民法院的审判活动是否合法实行监督。

第三百九十二条 审判活动监督主要发现和纠正以下违法行为：

（一）人民法院对刑事案件的受理违反管辖规定的；

（二）人民法院审理案件违反法定审理和送达期限的；

（三）法庭组成人员不符合法律规定的；

（四）法庭审理案件违反法定程序的；

（五）侵犯当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利和其他合法权利的；

（六）法庭审理时对有关程序问题所作的决定违反法律规定的；

（七）其他违反法律规定的审理程序的行为。

第三百九十三条　审判监督由审查起诉部门承办，对于人民法院审理案件违反法定期限的，由监所检察部门承办。

人民检察院可以通过调查、审阅案卷、受理申诉等活动，监督审判活动是否合法。

第三百九十四条　人民检察院在审判活动监督中，如果发现人民法院或者审判人员审理案件违反法律规定的诉讼程序，应当向人民法院提出纠正意见。

出席法庭的检察人员发现法庭审判违反法律规定的诉讼程序，应当在休庭后及时向本院检察长报告。

人民检察院对违反程序的庭审活动提出纠正意见，应当由人民检察院在庭审后提出。

第三百九十五条　人民检察院对人民法院审判活动中违法行为的监督，可以参照本规则有关人民检察院对公安机关侦查活动中违法行为监督的规定办理。

第四节　刑事判决、裁定监督

第三百九十六条　人民检察院依法对人民法院的判决、裁定是否正确实行监督，对人民法院确有错误的判决、裁定，应当依法提出抗诉。

第三百九十七条　人民检察院认为同级人民法院第一审判决、裁定有下列情形之一的，应当提出抗诉：

（一）认定事实不清、证据不足的；

（二）有确实、充分证据证明有罪而判无罪，或者无罪判有罪的；

（三）重罪轻判，轻罪重判，适用刑罚明显不当的；

（四）认定罪名不正确，一罪判数罪、数罪判一罪，影响量刑或者造成严重的社会影响的；

（五）免除刑事处罚或者适用缓刑错误的；

（六）人民法院在审理过程中严重违反法律规定的诉讼程序的。

第三百九十八条　对刑事判决、裁定的监督由审查起诉部门承办。

人民检察院通过受理申诉、对人民法院判决、裁定的审查等活动，监督人民法院的判决、裁定是否正确。

第三百九十九条 人民检察院在收到人民法院第一审判决书或者裁定书后，应当及时审查，承办人员应当填写刑事判决、裁定审查表，提出处理意见，报审查起诉部门负责人审核。对需要提出抗诉的案件，审查起诉部门应当报请检察长决定；案情疑难或者重大复杂的案件，由检察长提交检察委员会讨论决定。

第四百条 人民检察院对同级人民法院第一审判决的抗诉，应当在接到判决书的第二日起十日内提出；对裁定的抗诉，应当在接到裁定书后的第二日起五日内提出。

第四百零一条 人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉，应当制作抗诉书通过原审人民法院向上一级人民法院提出，并将抗诉书副本连同案件材料报送上一级人民检察院。

第四百零二条 被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决的，在收到判决书后五日以内请求人民检察院提出抗诉的，人民检察院应当立即进行审查，在收到被害人及其法定代理人的请求后五日内作出是否抗诉的决定，并且答复请求人。经审查认为应当抗诉的，适用本规则第三百九十七条至第四百零一条的规定办理。

被害人及其法定代理人在收到判决书五日以后请求人民检察院提出抗诉的，由人民检察院决定是否受理。

第四百零三条 上一级人民检察院对下级人民检察院按照第二审程序提出抗诉的案件，认为抗诉正确的，应当支持抗诉；认为抗诉不当的，应当向同级人民法院撤回抗诉，并且通知下级人民检察院。下级人民检察院如果认为上一级人民检察院撤回抗诉不当的，可以提请复议。上一级人民检察院应当复议，并将复议结果通知下级人民检察院。

上一级人民检察院在上诉、抗诉期限内，发现下级人民检察院应当提出抗诉而没有提出抗诉的案件，可以指令下级人民检察院依法提出抗诉。

第四百零四条 第二审人民法院发回原审人民法院重新按照第一审程序审判的案件，如果人民检察院认为重新审判的判决、裁定确有错误的，仍然可以按照第二审程序提出抗诉。

第四百零五条 当事人及其法定代理人、近亲属对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误向人民检察院申诉的，人民检察院控告申诉部门、监所检察部门应当分别受理，依法审查，并将审查结果告知申诉人。

第四百零六条　人民检察院认为人民法院已经发生法律效力的判决、裁定确有错误，具有下列情形之一的，应当按照审判监督程序向人民法院提出抗诉：

（一）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；

（二）据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；

（三）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（四）审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

第四百零七条　对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定需要提出抗诉的，由控告申诉部门报请检察长提交检察委员会讨论决定。人民检察院决定抗诉后，由审查起诉部门出庭支持抗诉。

第四百零八条　最高人民检察院发现各级人民法院已经发生法律效力的判决或者裁定，上级人民检察院发现下级人民法院已经发生法律效力的判决或者裁定确有错误时，可以直接向同级人民法院提出抗诉，或者指令作出生效判决、裁定人民法院的上一级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。

第四百零九条　人民检察院按照审判监督程序向人民法院提出抗诉的，应当将抗诉书副本报送上一级人民检察院。

第四百一十条　对按照审判监督程序提出抗诉的案件，人民检察院认为人民法院作出的判决、裁定仍然确有错误的，如果案件是依照第一审程序审判的，同级人民检察院应当向上一级人民法院提出抗诉；如果案件是依照第二审程序审判的，上一级人民检察院应当按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。

第四百一十一条　人民检察院对自诉案件和没有公诉人出庭的适用简易程序审理案件的判决、裁定的监督，适用本节的规定。

第五节　执行监督

第四百一十二条　人民检察院依法对执行刑事判决、裁定的活动实行监督，保障刑事判决、裁定的正确执行。

第四百一十三条　人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的，人民检察院应当监督在押被告人是否被立即释放。

第四百一十四条　被判处死刑的罪犯在被执行死刑时，人民检察院应当派

员临场监督。

执行死刑临场监督，由检察人员担任，并配备书记员担任记录。

第四百一十五条 人民检察院收到同级人民法院执行死刑临场监督通知后，应当查明同级人民法院是否收到最高人民法院或者高级人民法院核准死刑的判决或者裁定和执行死刑的命令。

第四百一十六条 临场监督执行死刑的检察人员应当依法监督执行死刑的场所、方法和执行死刑的活动是否合法。在执行死刑前，发现有下列情形之一的，应当建议人民法院停止执行：

（一）被执行人并非应当执行死刑的罪犯的；

（二）罪犯犯罪时不满十八岁的；

（三）判决可能有错误的；

（四）在执行前罪犯检举揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；

（五）罪犯正在怀孕的。

第四百一十七条 在执行死刑过程中，人民检察院临场监督人员根据需要可以进行拍照、摄像；执行死刑后，人民检察院临场监督人员应当检查罪犯是否确已死亡，并填写死刑临场监督笔录，签名后入卷归档。

第四百一十八条 判处被告人死刑缓期二年执行的判决、裁定在执行过程中，人民检察院进行监督的内容主要包括：

（一）死刑缓期执行期满，符合法律规定应当减为无期徒刑、有期徒刑条件的，监狱是否及时提出减刑建议提请人民法院裁定，人民法院是否依法裁定；

（二）罪犯在缓期执行期间故意犯罪，监狱是否依法侦查和移送起诉；罪犯确系故意犯罪的，人民法院是否依法核准或者裁定执行死刑。

被判处死刑缓期二年执行的罪犯在死刑缓期执行期间故意犯罪，执行机关移送人民检察院受理的，由服刑所在地的分、州、市人民检察院审查决定是否提起公诉。

人民检察院发现人民法院对被判处死刑缓期二年执行的罪犯减刑不当的，应当依照本规则第四百二十九条至第四百三十一条的规定，向人民法院提出纠正意见；如果罪犯在死刑缓期执行期间又故意犯罪，经人民检察院起诉后，人民法院仍然予以减刑的，人民检察院应当依照本规则第十章第四节的规定，向人民法院提出抗诉。

第四百一十九条 人民检察院对看守所收押、监管、释放犯罪嫌疑人、被

告人的活动，依法实行监督，发现违法行为，应当通知看守所纠正。

人民检察院发现看守所在罪犯送交执行活动中有下列违法情形之一的，应当依法通知纠正：

（一）对判处死刑缓期二年执行、无期徒刑或者有期徒刑余刑在一年以上的罪犯，自接到人民法院执行通知书、判决书或者裁定书之日起三十日以内未送交执行机关执行的；

（二）对判处拘役的罪犯未依法送交拘役所执行刑罚的；

（三）对判处管制、剥夺政治权利或者适用缓刑的罪犯，在判决或者裁定生效后未依法移送罪犯居住地公安机关执行的。

第四百二十条　人民检察院发现监狱、未成年犯管教所、拘役所在收押罪犯活动中有下列违法情形之一的，应当依法通知纠正：

（一）没有已经发生法律效力的刑事判决书或者裁定书、执行通知书等有关法律文书而收押的；

（二）收押罪犯与收押凭证不符的；

（三）应当收押而拒绝收押的；

（四）收押依法不应当关押的罪犯的；

（五）其他违反收押规定的。

第四百二十一条　人民检察院发现执行机关在狱政管理教育改造等活动中有违法行为的，应当依法提出纠正。

第四百二十二条　人民检察院对监狱、看守所、拘役所暂予监外执行的执法活动实行监督，发现有下列违法情况的，应当提出纠正意见：

（一）将不具备法定条件的罪犯报请暂予监外执行的；

（二）对罪犯报请暂予监外执行没有完备的合法手续的；

（三）对决定暂予监外执行的罪犯未依法予以监外执行的，或者罪犯被批准暂予监外执行后未依法交付监外执行的；

（四）罪犯在暂予监外执行期间有违法行为，应当收监执行未收监的；

（五）暂予监外执行的条件消失后，未及时收监执行的；

（六）暂予监外执行的罪犯刑期届满，未及时办理释放手续的。

第四百二十三条　人民检察院接到批准或者决定对罪犯暂予监外执行的通知后，应当进行审查。审查的内容包括：

（一）是否属于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯；

（二）是否属于有严重疾病需要保外就医的罪犯；

（三）是否属于正在怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；

（四）是否属于自伤自残的罪犯；

（五）是否属于生活不能自理，适用暂予监外执行不致危害社会的罪犯；

（六）办理暂予监外执行是否符合法定程序。

检察人员可以向罪犯所在单位和有关人员调查，可以向有关机关调阅有关材料。

经审查认为暂予监外执行不当，应当向批准或者决定暂予监外执行的机关提出纠正意见的，由检察长决定。

第四百二十四条 人民检察院认为暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起一个月内提出书面纠正意见呈报批准或者决定暂予监外执行机关的同级人民检察院送交批准或者决定暂予监外执行的机关。

第四百二十五条 人民检察院向批准或者决定暂予监外执行的机关送交不同意暂予监外执行的书面意见后，应当监督其立即对批准或者决定暂予监外执行的结果进行重新核查，并监督重新核查的结果是否符合法律规定。对核查不符合法律规定的，应当依法提出纠正意见。

第四百二十六条 对于暂予监外执行的罪犯，人民检察院发现暂予监外执行的情形消失，应当通知执行机关收监执行。

第四百二十七条 人民检察院对执行机关报请人民法院裁定减刑、假释的活动实行监督，发现有下列违法情况，应当提出纠正意见：

（一）将不具备法定条件的罪犯报请人民法院裁定减刑、假释的；

（二）对依法应当减刑、假释的罪犯不报请人民法院裁定减刑、假释的，或者罪犯被裁定假释后，应当交付监外执行而不交付监外执行的；

（三）报请人民法院裁定对罪犯减刑、假释没有完备的合法手续的。

第四百二十八条 人民检察院接到人民法院减刑、假释的裁定书副本后，应当进行审查。审查的内容包括：

（一）被减刑、假释的罪犯是否符合法定条件；

（二）执行机关呈报减刑、假释的程序是否合法；

（二）人民法院裁定减刑、假释的程序是否合法。

检察人员可以向罪犯所在单位和有关人员调查，可以向有关机关调阅有关材料。

经审查认为人民法院减刑、假释的裁定不当，应当提出纠正意见的，由检察长决定。

第四百二十九条 人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当，应当在收到裁定书副本后二十日内，向作出减刑、假释裁定的人民法院提出书面纠

正意见。

第四百三十条　对人民法院减刑、假释裁定的纠正意见，由作出减刑、假释裁定的人民法院的同级人民检察院书面提出。

下级人民检察院发现人民法院减刑、假释裁定不当的，应当立即向作出减刑、假释裁定的人民法院的同级人民检察院报告。

第四百三十一条　人民检察院对人民法院减刑、假释的裁定提出纠正意见后，应当监督人民法院是否在收到纠正意见后一个月内重新组成合议庭进行审理，并监督重新作出的最终裁定是否符合法律规定。对最终裁定不符合法律规定的，应当向同级人民法院提出纠正意见。

第四百三十二条　人民检察院发现监狱、未成年犯管教所、拘役所、看守所对服刑期满或依法应当予以释放的人员没有按期释放，或者对服刑未满又无合法释放根据的罪犯予以释放等违法行为的，应当依法通知纠正。

第四百三十三条　人民检察院发现对被判处管制、剥夺政治权利的罪犯，公安机关监督管理措施没有落实或者监督管理措施不当，执行期满没有通知本人并公开宣布解除管制或者恢复政治权利等违法行为的，应当依法通知纠正。

第四百三十四条　人民检察院发现人民法院对被判处罚金、没收财产的罪犯没有依法予以执行，或者执行不当，或者罚没的财物未及时上缴国库的，应当及时通知纠正。

第四百三十五条　对于被判处拘役、有期徒刑适用缓刑的罪犯、被假释的罪犯和暂予监外执行的罪犯，人民检察院应当监督有关单位对罪犯的监督管理和考察措施是否落实。

第四百三十六条　对人民法院的交付执行活动、执行机关的执行活动以及其他机关有关执行刑事判决、裁定的活动中的违法行为的监督，可以参照本规则有关人民检察院对公安机关侦查活动中违法行为监督的规定办理。

第十一章　刑事司法协助

第一节　一般规定

第四百三十七条　人民检察院进行司法协助，有我国参加或者缔结的国际条约规定的，适用该条约规定，但是我国声明保留的条款除外；无相应条约规定的，按照互惠原则通过外交途径办理。

第四百三十八条 人民检察院应当在相互尊重国家主权和平等互利的基础上，与有关国家的主管机关相互提供司法协助。

第四百三十九条 享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题，通过外交途径解决。

第四百四十条 人民检察院司法协助的范围主要包括刑事方面的调查取证、送达刑事诉讼文书、通报刑事诉讼结果、移交物证、书证和视听资料、扣押、移交赃款、赃物以及法律和国际条约规定的其他司法协助事宜。

第四百四十一条 办理引渡案件，按照国家关于引渡的法律和规定执行。

第四百四十二条 人民检察院对外进行司法协助，应当根据我国有关法律规定的程序向外国提供司法协助和办理司法协助事务。依照国际条约规定，在不违背我国法律规定的前提下，也可以按照请求方的要求适用请求书中所示的程序。

第四百四十三条 外国有关机关请求的事项有损中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益以及违反中国法律的，应当不予协助；不属于人民检察院职权范围的，应当予以退回或移送有关机关，并说明理由。

第四百四十四条 最高人民检察院是检察机关办理司法协助事务的最高主管机关，依照国际条约规定是人民检察院司法协助的中方中央机关。

地方各级人民检察院是执行司法协助的主管机关，依照职责分工办理司法协助事务。

第四百四十五条 人民检察院与有关国家相互提供司法协助，应当按照我国与有关国家缔结的司法协助条约规定的联系途径或者外交途径进行。

第四百四十六条 有关司法协助条约规定最高人民检察院为司法协助的中方中央机关的，由最高人民检察院直接与有关国家对应的中央机关联系和转递司法协助文件及其他材料。

有关司法协助条约规定其他机关为中方中央机关的，地方各级人民检察院通过最高人民检察院与中方中央机关联系和转递司法协助文件。

第四百四十七条 其他机关需要通过最高人民检察院对外办理司法协助的，应当通过其最高主管机关与最高人民检察院联系。

第四百四十八条 对尚未与我国缔结司法协助条约的国家，相互之间需要提供司法协助的，应当根据互惠原则，通过外交途径办理，也可以按惯例进行。

具体程序参照本章规定。

第四百四十九条 人民检察院需要通过国际刑警组织缉捕人犯、查询资料

的，由有关人民检察院提出申请，层报最高人民检察院审查后与有关部门联系办理。

第四百五十条 我国边境地区人民检察院与相邻国家的司法机关相互进行司法合作，在不违背有关条约、协议和我国法律的前提下，可以按惯例或者遵照有关规定进行，但应当报最高人民检察院备案。

第四百五十一条 我国边境地区人民检察院与相邻国家的司法机关相互进行司法合作，可以视情况就双方之间办案过程中的具体事务作出安排，开展友好往来活动。

第二节 人民检察院提供司法协助

第四百五十二条 最高人民检察院通过有关国际条约规定的联系途径或外交途径，接收外国提出的司法协助请求。

第四百五十三条 外国有关机关请求人民检察院提供司法协助的请求书及所附文件，应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。

第四百五十四条 最高人民检察院收到缔约的外国一方提出的司法协助请求后，应当依据我国法律和有关司法协助条约进行审查。对符合条约规定并且所附材料齐全的，交由有关省、自治区、直辖市人民检察院办理或者指定有关人民检察院办理，或者交由其他有关最高主管机关指定有关机关办理。对不符合条约或者有关法律规定的，应当通过接收请求的途径退回请求方不予执行；对所附材料不齐全的，应当要求请求方予以补充。

第四百五十五条 有关省、自治区、直辖市人民检察院收到最高人民检察院转交的司法协助请求书和所附材料后，可以直接办理，也可以指定有关的人民检察院办理。

第四百五十六条 负责执行司法协助请求的人民检察院收到司法协助请求书和所附材料后，应即安排执行，并按条约规定的格式和语言文字将执行结果及有关材料报经省、自治区、直辖市人民检察院审查后，报送最高人民检察院。

对于不能执行的，应当将司法协助请求书和所附材料，连同不能执行的理由通过省、自治区、直辖市人民检察院报送最高人民检察院。

人民检察院因请求书提供的地址不详或材料不齐全难以执行该项请求的，应当立即通过最高人民检察院要求请求方补充提供材料。

第四百五十七条 最高人民检察院应当对执行结果进行审查。凡符合请求

要求的，由最高人民检察院转递请求协助的缔约外国一方。

第四百五十八条　缔约的外国一方通过其他中方中央机关请求检察机关提供司法协助的，由其他中方中央机关将请求书及所附文件转递最高人民检察院，按本节规定办理。

第三节　人民检察院向外国提出司法协助请求

第四百五十九条　地方各级人民检察院需要向缔约的外国一方请求提供司法协助，应当按有关条约的规定提出司法协助请求书、调查提纲及所附文件和相应的译文，经省级人民检察院审核后，报送最高人民检察院。

第四百六十条　最高人民检察院收到地方各级人民检察院请求缔约的外国一方提供司法协助的材料后，应当依照有关条约进行审查。对符合条约有关规定、所附材料齐全的，应当连同上述材料一并转递缔约另一方的中央机关，或者交由其他中方中央机关办理。对不符合条约规定或者材料不齐全的，应当退回提出请求的人民检察院补充或者修正。

第四节　期限和费用

第四百六十一条　人民检察院提供司法协助，请求书中附有办理期限的，应当按期完成。未附办理期限的，调查取证一般应当在三个月内完成；送达刑事诉讼文书一般应当在十五日内完成。

不能按期完成的，应当说明情况和理由，层报最高人民检察院，以便转告请求方。

第四百六十二条　人民检察院提供刑事司法协助，根据有关条约规定需要向请求方收取费用的，应当将费用和账单连同执行司法协助的结果一并报送最高人民检察院转递请求方。最高人民检察院收到上述费用后应当立即转交有关人民检察院。

第四百六十三条　人民检察院请求外国提供司法协助，根据条约规定应当支付费用的，最高人民检察院收到被请求方开具的收费账单后，应当立即转交有关人民检察院支付。

第十二章 附 则

第四百六十四条 人民检察院办理国家安全机关、走私犯罪侦查机关、监狱移送的刑事案件以及对国家安全机关、走私犯罪侦查机关、监狱立案、侦查活动的监督，适用本规则的有关规定。

第四百六十五条 军事检察院等专门人民检察院办理刑事案件，适用本规则和其他有关规定。

第四百六十六条 本规则具有司法解释效力。本规则发布前有关人民检察院刑事诉讼的解释和规定与本规则重复或者不一致的，适用本规则。

第四百六十七条 本规则由最高人民检察院负责解释。

第四百六十八条 本规则自发布之日起施行。最高人民检察院一九九七年一月十五日发布的《人民检察院实施〈中华人民共和国刑事诉讼法〉规则（试行)》同时废止。

四、公安机关办理刑事案件程序规定

（1998年4月20日公安部部长办公会议通过
1998年5月14日第35号公安部令发布施行）

目　录

第一章 任务和基本原则

第一条 为了保障《中华人民共和国刑事诉讼法》的贯彻实施，保证公安机关在刑事诉讼中正确履行职权，统一办案程序，确保办案质量，提高办案效率，制定本规定。

第二条 公安机关在刑事诉讼中的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争，以维护社会主义法制，保护公民人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。

第三条 公安机关在刑事诉讼中的基本职权，是依照法律对刑事案件立案、侦查、预审；决定、执行强制措施；对依法不追究刑事责任的不予立案，已经追究的撤销案件；对侦查终结应当起诉的案件，移送人民检察院审查决定；对不够刑事处罚的犯罪嫌疑人需要行政处理的，依法给予处理；对被判处一年以下有期徒刑或者剩余刑期在一年以下的罪犯，代为执行刑罚；执行管制、拘役、剥夺政治权利、驱逐出境、暂予监外执行；对假释和判处拘役缓刑、有期徒刑缓刑的罪犯执行监督、考察。

第四条 公安机关进行刑事诉讼，必须依靠群众，以事实为根据，以法律为准绳。对于一切公民，在适用法律上一律平等，在法律面前，不允许有任何特权。

第五条 公安机关进行刑事诉讼，必须同人民法院、人民检察院分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。

第六条 公安机关进行刑事诉讼，接受人民检察院的法律监督。

第七条 公安机关进行刑事诉讼，应当建立和完善办案责任制度、错案责任追究制度等内部监督制度。

在刑事诉讼中，上级公安机关发现下级公安机关作出的决定或者办理的案件有错误的，有权予以撤销或者变更，也可以指令下级公安机关予以纠正。

下级公安机关对上级公安机关的决定必须执行，如果认为有错误，可以在执行的同时向上级公安机关报告。

第八条 公安机关办理刑事案件，必须重证据，重调查研究，不轻信口供，严禁刑讯逼供。

第九条 公安机关办理刑事案件，应当保障诉讼参与人依法享有的各项诉

讼权利。

公安机关办理未成年人犯罪案件，应当由专门机构或者专职人员负责，贯彻教育、感化、挽救的方针，照顾未成年人的身心特点，保障他们的合法权益。

第十条　各级公安机关办理刑事案件，应当依法向同级人民检察院提请逮捕、移送起诉，严格遵守刑事案件办案期限的规定。

第十一条　公安机关办理刑事案件，对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。

在少数民族聚居或者多民族杂居的地区，应当使用当地通用的语言进行讯问。对外公布的诉讼文书，应当使用当地通用的文字。

第十二条　公安机关办理刑事案件，各地区之间应当加强相互协作和配合，严格履行协查、协办职责。

第十三条　根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约和公安部签订的双边合作协议，或者按照互惠原则，我国公安机关和外国警察机关可以相互请求刑事司法协助和警务合作。

第二章　管　　辖

第十四条　按照刑事诉讼法对刑事案件管辖分工的规定，除贪污贿赂犯罪，国家机关工作人员的渎职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、暴力取证、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，监管人员殴打、体罚虐待被监管人的犯罪、军人违反职责的犯罪，经省级以上人民检察院批准的国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，以及自诉案件以外，其他刑事案件由公安机关管辖。

对人民法院直接受理的被害人有证据证明的刑事案件，因证据不足驳回自诉，可以由公安机关受理并移交的，公安机关应当受理。

第十五条　刑事案件由犯罪地的公安机关管辖。如果由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖更为适宜的，可以由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖。

第十六条　几个公安机关都有权管辖的刑事案件，由最初受理的公安机关管辖。必要时，可以由主要犯罪地的公安机关管辖。

第十七条　对管辖不明确的刑事案件，可以由有关公安机关协商确定管

辖。

对管辖有争议或者情况特殊的刑事案件，可以由共同的上级公安机关指定管辖。

第十八条 县级公民机关负责侦查发生在本辖区内的刑事案件；地（市）级以上公安机关负责重大涉外犯罪、重大经济犯罪、重大集团犯罪和下级公安机关侦破有困难的重大刑事案件的侦查。

第十九条 公安机关内部对刑事案件的管辖，按照刑事侦查机构的设置及其职责分工确定。

第二十条 铁路、交通、民航系统的机关、厂、段、院、校、所、队、工区等单位发生的刑事案件，车站、港口、码头、机场工作区域内和列车、轮船、民航飞机内发生的刑事案件，铁路建设施工工地发生的刑事案件，铁路沿线、水运航线发生的盗窃或者破坏铁路、水运、通讯、电力线路和其他重要设施的刑事案件，以及内部职工在铁路、交通线上执行任务中发生的案件，分别由发案地铁路、交通、民航公安机关管辖。

林业系统的公安机关负责其辖区内的盗伐、滥伐林木、危害陆生野生动物和珍稀植物等刑事案件的侦查；大面积林区的林业公安机关还负责辖区内其他刑事案件的侦查。未建立专门林业公安机关的，由所在地公安机关管辖。

第二十一条 公安机关侦查的刑事案件涉及人民检察院管辖的案件时，应当将属于人民检察院管辖的刑事案件移送人民检察院。涉嫌主罪属于公安机关管辖的，由公安机关为主侦查；涉嫌主罪属于人民检察院管辖的，公安机关予以配合。

第二十二条 公安机关和军队互涉刑事案件的管辖分工如下：

（一）军人在地方作案的，当地公安机关应当及时移交军队保卫部门侦查。

（二）地方人员在军队营区作案的，由军队保卫部门移交公安机关侦查。

（三）军人与地方人员共同在军队营区作案的，以军队保卫部门为主组织侦查，公安机关配合；共同在地方作案的，以公安机关为主组织侦查，军队保卫部门配合。

（四）现役军人入伍前在地方作案，依法应当追究刑事责任的，由公安机关侦查，军队保卫部门配合。

（五）军人退出现役后，发现其在服役期间在军队营区作案，依法应当追究刑事责任的，由军队保卫部门侦查，公安机关配合。

（六）军人退出现役后，在离队途中作案的，以及已经批准入伍尚未与军队办理交接手续的新兵犯罪的，由公安机关侦查。

（七）属于地方人武部门管理的民兵武器仓库和军队移交或者出租、出借给地方单位使用的军队营房、营院、仓库、机场、码头，以及军队和地方人员混居的军队宿舍区发生的非侵害军事利益和军人权益的案件，由公安机关侦查，军队保卫部门配合。

（八）军队在工商行政管理部门登记注册，实行企业化经营管理的公司、厂矿、宾馆、饭店、影剧院，以及军队和地方合资经营的企业发生的案件，由公安机关侦查，军队保卫部门配合。

办理公安机关和军队互涉的刑事案件，公安机关和有关军队保卫部门应当及时互通情况，加强协作、密切配合；对管辖有争议的案件，应当共同研究协商，必要时可由双方的上级机关协调解决。

本条所称的“军人”，是指现役军人、军队在编职工以及由军队管理的离、退休人员。

第二十三条　公安机关和武装警察部队互涉刑事案件的管辖分工依照公安机关和军队互涉刑事案件的管辖分工的原则办理。

列入武装警察部队序列的公安边防、消防、警卫部门，以及武警黄金、交通、水电、森林部队人员的犯罪案件，由公安机关管辖。

第三章　回　　避

第二十四条　公安机关负责人、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：

（一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；

（二）本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；

（三）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；

（四）与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。

第二十五条　公安机关负责人、侦查人员自行提出回避申请的，应当说明回避的理由；口头提出申请的，应当记录在案。

第二十六条　公安机关负责人、侦查人员不得接受当事人及其委托人的请客送礼，不得违反规定会见当事人及其委托人。违反规定的，应当依法追究法律责任。当事人及其法定代理人有权要求他们回避。

第二十七条　当事人及其法定代理人要求公安机关负责人、侦查人员回避，应当提出申请，并说明理由。口头提出申请的，公安机关应当记录在案。

第二十八条 侦查人员的回避，由县级以上公安机关负责人决定；县级以上公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。

第二十九条 公安机关负责人、侦查人员具有应当回避的情形之一，本人没有自行回避，当事人及其法定代理人也没有申请他们回避的，应当由同级人民检察院检察委员会或者县级以上公安机关负责人决定他们回避。

第三十条 公安机关作出驳回申请回避的决定后，应当告知当事人及其法定代理人，如不服本决定，可以在收到《驳回申请回避决定书》后五日内向原决定机关申请复议一次。

第三十一条 当事人及其法定代理人对驳回申请回避的决定不服申请复议的，决定机关应当在三日以内作出复议决定并书面通知申请人。

第三十二条 在侦查过程中，鉴定人、记录人和翻译人员需要回避的，由县级以上公安机关负责人决定。

鉴定人、记录人和翻译人员的回避，适用本章的规定。

第三十三条 被决定回避的公安机关负责人、侦查人员、鉴定人、记录人和翻译人员，在回避决定作出以前所进行的诉讼活动是否有效，由作出决定的机关根据案件情况决定。

第三十四条 在作出回避决定前或者复议期间，公安机关负责人、侦查人员不得停止对案件的侦查。

第四章　律师参与刑事诉讼

第三十五条 公安机关应当依法保障律师的执业活动，保障律师在侦查阶段依法从事下列业务：

（一）向公安机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名；

（二）会见犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件的情况；

（三）为犯罪嫌疑人提供法律咨询、代理申诉、控告；

（四）为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审。

第三十六条 公安机关在对犯罪嫌疑人依法进行第一次讯问后或者采取强制措施之日起，应当告知犯罪嫌疑人有权聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告，并记录在案。

第三十七条 对于涉及国家秘密的案件，公安机关应当告知犯罪嫌疑人聘请律师须经公安机关批准。

涉及国家秘密的案件，是指案情或者案件性质涉及国家秘密的案件，不能因刑事案件侦查过程中的有关材料和处理意见需要保守秘密而作为涉及国家秘密的案件。

第三十八条　犯罪嫌疑人可以自己聘请律师，其亲属也可以代为聘请。

犯罪嫌疑人聘请律师的请求可以书面提出，也可以口头提出。口头提出的，公安机关应当制作笔录，由犯罪嫌疑人签名（盖章）、捺指印。

第三十九条　在押的犯罪嫌疑人提出聘请律师的，看守所应当及时将其请求转达办理案件的侦查机关，侦查机关应当及时向其所委托的人员或者所在的律师事务所转达该项请求。犯罪嫌疑人仅提出聘请律师的要求，但提不出具体对象的，侦查机关应当及时通知当地律师协会或者司法行政机关为其推荐律师。

第四十条　同案的犯罪嫌疑人不得聘请同一名律师。

第四十一条　对于涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人或者其亲属提出聘请律师的，县级以上公安机关应当在收到申请后的三日内作出批准或者不批准的决定，并通知犯罪嫌疑人或者其亲属。

第四十二条　公安机关发现涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人已聘请律师的，应当及时告知所聘请的律师不得参与侦查阶段的诉讼活动，同时通知犯罪嫌疑人。犯罪嫌疑人仍坚持聘请的，应当经公安机关批准。

第四十三条　对于不涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人不需要经过批准，公安机关不应以侦查过程需要保守秘密作为涉及国家秘密的案件不予批准。

对于涉及国家秘密的案件，律师要求会见犯罪嫌疑人的，应当填写《会见犯罪嫌疑人申请表》，经县级以上公安机关批准。公安机关不批准会见的，应当向律师说明理由。

第四十四条　律师提出会见犯罪嫌疑人的，公安机关应当在四十八小时内安排会见；对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪、组织、领导、参加恐怖活动组织罪或者走私犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪等重大复杂的共同犯罪案件，律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在五日内安排会见。

第四十五条　律师会见在押犯罪嫌疑人需要聘请翻译人员的，应当经公安机关准许。

第四十六条　律师会见在押的犯罪嫌疑人时，公安机关根据案件情况和需要可以派员在场。

第四十七条　律师会见在押的犯罪嫌疑人，公安机关应当查验律师执业

证、律师事务所介绍信、聘请书、公安机关会见通知和准许翻译人员参加会见的证明。对于涉及国家秘密的案件，还应当查验公安机关《批准会见犯罪嫌疑人决定书》。

律师会见在押犯罪嫌疑人时，公安机关应当告知其遵守会见场所的规定。

第四十八条 律师会见在押犯罪嫌疑人，违反法律规定或者会见场所的规定时，在场民警应当制止，必要时，可以决定停止本次会见。

第四十九条 律师在刑事诉讼中有违反有关规定行为的，公安机关应当及时制止并通知律师管理部门。

第五章 证 据

第五十条 证据是指证明案件真实情况的一切事实。

证据有下列七种：

（一）物证、书证；

（二）证人证言；

（三）被害人陈述；

（四）犯罪嫌疑人供述和辩解；

（五）鉴定结论；

（六）勘验、检查笔录；

（七）视听资料。

证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。

第五十一条 公安机关必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗或者其他非法的方法收集证据。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。

第五十二条 公安机关向有关单位和个人收集、调取证据时，应当告知其必须如实提供证据。

对于涉及国家秘密的证据以及获取犯罪证据的技术侦查措施，应当保守秘密。

凡是伪造证据、隐匿证据或者毁灭证据的，都必须受法律追究。

第五十三条 公安机关向有关单位和个人调取实物证据，应当经县级以上公安机关负责人批准，开具《调取证据通知书》。被调取单位、个人应当在通

知书上盖章或者签名，拒绝盖章或者签名的，公安机关应当注明。

公安机关向有关单位收集、调取的书面证据材料，必须由提供人签名，并加盖单位印章；公安机关向个人收集、调取的书面证据材料，必须由本人确认无误后签名或者盖章。

第五十四条　凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。

生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非，不能正确表达的人，不能作证人。

对于证人能否辨别是非，能否正确表达，必要时可以进行审查或者鉴别。

第五十五条　公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。

对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚。

第五十六条　需要查明的案件事实包括：

（一）犯罪嫌疑人的身份；

（二）立案侦查的犯罪行为是否存在；

（三）立案侦查的犯罪行为是否为犯罪嫌疑人实施；

（四）犯罪嫌疑人实施犯罪行为的动机、目的；

（五）实施犯罪行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节；

（六）犯罪嫌疑人的责任以及与其他同案人的关系；

（七）犯罪嫌疑人有无法定从重、从轻、减轻处罚以及免除处罚的情节；

（八）其他与案件有关的事实。

第五十七条　收集、调取的书证应当是原件。取得原件有困难或者因保密工作需要的，可以是副本或者复制件。

收集、调取的物证应当是原物，原物不便搬运、保存或者依法应当返还被害人的，可以拍摄足以反映原物外形或者内容的照片、录像。

第五十八条　书证的副本、复制件，视听资料的复制件，物证的照片、录像，应当附有关制作过程的文字说明及原件、原物存放处的说明，并由制作人签名或者盖章。

第五十九条　公安机关提请批准逮捕书、起诉意见书必须忠实于事实真相。故意隐瞒事实真相的，应当追究责任。

第六章　强制措施

第一节　拘　　传

第六十条　公安机关根据案件情况对需要拘传的犯罪嫌疑人，或者经过传唤没有正当理由不到案的犯罪嫌疑人，可以拘传到其所在市、县内的指定地点进行讯问。

需要拘传的，应当填写《呈请拘传报告书》，并附有关材料，报县级以上公安机关负责人批准。

第六十一条　公安机关拘传犯罪嫌疑人应当出示《拘传证》，并责令其在《拘传证》上签名（盖章）、捺指印。

犯罪嫌疑人到案后，应当责令其在《拘传证》上填写到案时间。讯问结束后，应当由其在《拘传证》上填写讯问结束时间。犯罪嫌疑人拒绝填写的，侦查人员应当在《拘传证》上注明。

第六十二条　拘传持续的时间不得超过十二小时，不得以连续拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。

需要对被拘传人变更为其他强制措施的，应当在拘传期间内作出批准或者不批准的决定；对于不批准的，应当立即结束拘传。

第二节　取保候审

第六十三条　公安机关对具有下列情形之一的犯罪嫌疑人，可以取保候审：

（一）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；

（二）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审，不致发生社会危险性的；

（三）应当逮捕的犯罪嫌疑人患有严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己未满一周岁的婴儿的妇女；

（四）对拘留的犯罪嫌疑人，证据不符合逮捕条件的；

（五）提请逮捕后，检察机关不批准逮捕，需要复议、复核的；

（六）犯罪嫌疑人被羁押的案件，不能在法定期限内办结，需要继续侦查

的；

（七）移送起诉后，检察机关决定不起诉，需要复议、复核的。

第六十四条　对累犯、犯罪集团的主犯，以自伤、自残办法逃避侦查的犯罪嫌疑人，危害国家安全的犯罪、暴力犯罪，以及其他严重犯罪的犯罪嫌疑人，不得取保候审。

第六十五条　被羁押的犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属、被逮捕的犯罪嫌疑人聘请的律师申请取保候审的，应当书面提出。公安机关接到申请后应当在七日内作出同意或者不同意的答复。同意取保候审的，依法办理取保候审手续；不同意取保候审的，应当书面通知申请人，并说明理由。

第六十六条　需要对犯罪嫌疑人取保候审的，应当制作《呈请取保候审报告书》，说明取保候审的理由及采取的保证方式，经县级以上公安机关负责人批准，并签发《取保候审决定书》。《取保候审决定书》应当向犯罪嫌疑人宣读，由犯罪嫌疑人签名（盖章）、捺指印。

第六十七条　公安机关决定对犯罪嫌疑人取保候审的，应当责令犯罪嫌疑人提出保证人或者交纳保证金。

对同一犯罪嫌疑人，不得同时责令其提出保证人和交纳保证金。

第六十八条　符合取保候审条件的犯罪嫌疑人既不交纳保证金，又无保证人担保的，可以监视居住。

第六十九条　采取保证人保证的，保证人必须符合以下条件，并经公安机关审查同意：

（一）与本案无牵连；

（二）有能力履行保证义务；

（三）享有政治权利，人身自由未受到限制；

（四）有固定的住处和收入。

第七十条　保证人应当履行下列义务：

（一）监督被保证人遵守本规定第八十六条的规定；

（二）发现被保证人可能发生或者已经发生违反本规定第八十六条规定的行为的，应当及时向执行取保候审的公安机关报告。

第七十一条　保证人应当填写《保证书》，并在《保证书》上签名或者盖章。被保证人违反应当遵守的规定，保证人未及时报告的，公安机关查证属实后，经县级以上公安机关负责人批准，签发《对保证人罚款决定书》，对保证人处以罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第七十二条　对保证人的罚款决定，公安机关应当向保证人宣布，并告知

其如果对罚款决定不服，可以在收到《对保证人罚款决定书》之日起的五日以内向上一级公安机关申请复核一次。

上一级公安机关应当在收到复核申请书之日起的七日内作出决定。对上级公安机关撤销或者变更罚款决定的，下级公安机关应当执行。

第七十三条 对犯罪嫌疑人采取保证人保证的，如果保证人在取保候审期间情况发生变化，不愿继续担保或者丧失担保条件，应当责令犯罪嫌疑人重新提出保证人或者交纳保证金。

第七十四条 责令犯罪嫌疑人交纳保证金的，应当经过严格审核后，报县级以上公安机关负责人批准。

责令犯罪嫌疑人交纳较高数额保证金的，应当经地（市）级以上公安机关负责人批准。

第七十五条 保证金的数额应当根据当地的经济发展水平、犯罪嫌疑人的经济状况、案件的性质、情节、社会危害性以及可能判处刑罚的轻重等情况，综合考虑确定。

保证金应当以人民币或者可以在中国金融机构兑换的货币的形式交纳。

第七十六条 保证金由犯罪嫌疑人或者其亲友、法定代理人、单位向公安机关指定的银行专户交纳。

严禁截留、坐支、挪用或者以其他任何形式侵吞保证金。

第七十七条 公安机关在通知犯罪嫌疑人交纳保证金时，应当告知其必须遵守的规定以及违反规定应当承担的后果。

第七十八条 犯罪嫌疑人在取保候审期间违反有关规定的，公安机关应当根据其违法行为的情节，决定没收部分或者全部保证金，并且区别情形，责令其具结悔过、重新交纳保证金、提出保证人，或者变更为监视居住，或者提请人民检察院批准予以逮捕。

第七十九条 需要没收保证金的，应当经过严格审核后，报县级以上公安机关负责人批准，签发《没收保证金决定书》。

决定没收较高数额保证金的，应当经地（市）级以上公安机关负责人批准。

第八十条 没收保证金的决定，公安机关应当在七日以内向犯罪嫌疑人宣读，并责令其在《没收保证金决定书》上签名（盖章）、捺指印；犯罪嫌疑人在逃的，应当向犯罪嫌疑人的家属、法定代理人或者单位宣布，并要求其家属、法定代理人或者单位的负责人在《没收保证金决定书》上签名或者盖章。

犯罪嫌疑人或者其家属、法定代理人、单位负责人拒绝签名或者盖章的，

公安机关应当在《没收保证金决定书》上注明。

第八十一条　公安机关向犯罪嫌疑人宣读《没收保证金决定书》的同时，应当告知其对没收保证金的决定不服的，可以在五日以内向上一级公安机关申请复核一次。

上一级公安机关应当在收到复核申请书之日起的七日以内作出决定。对上级公安机关撤销或者变更没收保证金决定的，下级公安机关应当执行。

第八十二条　没收犯罪嫌疑人保证金的决定已过复核期限或者经复核后，公安机关应当及时通知指定的银行将没收的保证金，按照国家的有关规定上缴国库。

第八十三条　犯罪嫌疑人在取保候审期间，没有违反本规定第八十六条有关规定的，或者具有本规定第一百六十八条规定的情形之一的，在解除取保候审的同时，公安机关应当将保证金如数退还给犯罪嫌疑人。

第八十四条　决定退还保证金的，应当经过严格审核后，报县级以上公安机关负责人批准，签发《退还保证金决定书》。

第八十五条　公安机关决定退还犯罪嫌疑人的保证金后，应当在解除对犯罪嫌疑人取保候审的同时，通知指定的银行将保证金如数退还给犯罪嫌疑人，并由犯罪嫌疑人在《退还保证金决定书》上签名（盖章）、捺指印。

第八十六条　公安机关应当向被取保候审的犯罪嫌疑人宣布必须遵守下列规定：

（一）未经执行机关批准不得离开所居住的市、县；

（二）在传讯的时候及时到案；

（三）不得以任何形式干扰证人作证；

（四）不得毁灭、伪造证据或者串供。

第八十七条　公安机关决定取保候审的，应当及时通知犯罪嫌疑人居住地派出所执行。

第八十八条　人民法院、人民检察院决定取保候审的，应当区别情形办理：采取保证人保证的，负责执行的县级公安机关应当在收到法律文书和有关材料后，核实被取保候审人后，及时指定犯罪嫌疑人、被告人居住地派出所执行；采取保证金保证的，负责执行的县级公安机关收到法律文书和有关材料后，应当及时通知被取保候审人交纳保证金，并指定犯罪嫌疑人、被告人居住地派出所执行。

被取保候审人、保证人违反应当遵守的规定的，由县级以上公安机关决定没收保证金或者对保证人罚款，并将执行情况及时通知原决定取保候审的机

关。

人民法院、人民检察院作出解除、变更取保候审决定的，公安机关应当根据人民法院、人民检察院的决定书解除取保候审，并退还保证金。

第八十九条 被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人无正当理由不得离开所居住的市、县或者住处，有正当理由需要离开所居住的市、县的，应当报经执行取保候审的县级公安机关批准。人民法院、人民检察院决定取保候审的，公安机关在作出决定前，应当征得原决定机关同意。

第九十条 执行取保候审的派出所应当履行下列职责：

（一）监督、考察犯罪嫌疑人、被告人遵守有关规定；

（二）监督保证人履行保证义务；

（三）犯罪嫌疑人、被告人违反应当遵守的规定及保证人未履行保证义务的，及时告知决定机关；

（四）取保候审期限届满十日前，通知原决定机关。

第九十一条 执行取保候审的派出所应当责令被取保候审的犯罪嫌疑人，被告人定期报告有关情况并制作笔录。

第九十二条 公安机关在取保候审期间不得中断对案件的侦查，对取保候审的犯罪嫌疑人，根据案情变化，应当及时变更强制措施或者解除取保候审。

取保候审最长不得超过十二个月。

第九十三条 需要解除取保候审的，由原决定机关制作解除取保候审决定书、通知书，送达执行机关。执行机关应当及时通知被取保候审人、保证人。

第三节 监视居住

第九十四条 公安机关对具有下列情形之一的犯罪嫌疑人，可以监视居住：

（一）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；

（二）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取监视居住，不致发生社会危险性的；

（三）应当逮捕的犯罪嫌疑人患有严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己未满一周岁的婴儿的妇女；

（四）对拘留的犯罪嫌疑人，证据不符合逮捕条件的；

（五）提请逮捕后，检察机关不批准逮捕，需要复议、复核的；

（六）犯罪嫌疑人被羁押的案件，不能在法定期限内办结，需要继续侦查

的；

（七）移送起诉后，检察机关决定不起诉，需要复议、复核的。

第九十五条　对犯罪嫌疑人监视居住，应当制作《呈请监视居住报告书》，经县级以上公安机关负责人批准，签发《监视居住决定书》。

第九十六条　公安机关对犯罪嫌疑人决定监视居住的，应当向犯罪嫌疑人宣读《监视居住决定书》，由犯罪嫌疑人签名（盖章）、捺指印，并通知负责执行的派出所。

被监视居住的犯罪嫌疑人在监视居住期间，公安机关根据案情需要，可以暂扣其身份证件、机动车（船）驾驶证件。

第九十七条　公安机关应当向被监视居住的犯罪嫌疑人宣布必须遵守下列规定：

（一）未经执行机关批准不得离开住处，无固定住处的，未经批准不得离开指定的居所；

（二）未经执行机关批准不得会见共同居住人及其聘请的律师以外的其他人；

（三）在传讯的时候及时到案；

（四）不得以任何形式干扰证人作证；

（五）不得毁灭、伪造证据或者串供。

第九十八条　固定住处，是指犯罪嫌疑人在办案机关所在的市、县内生活的合法住处；指定的居所，是指公安机关根据案件情况，在办案机关所在的市、县内为犯罪嫌疑人指定的生活居所。

公安机关不得建立专门的监视居住场所，对犯罪嫌疑人变相羁押。不得在看守所、行政拘留所、留置室或者公安机关其他工作场所执行监视居住。

第九十九条　被监视居住的犯罪嫌疑人违反应当遵守的规定，有下列情形之一的，公安机关应当提请批准逮捕：

（一）在监视居住期间逃跑的；

（二）以暴力、威胁方法干扰证人作证的；

（三）毁灭、伪造证据或者串供的；

（四）在监视居住期间又进行犯罪活动的；

（五）实施其他违反本规定第九十七条规定的行为，情节严重的。

第一百条　被监视居住人有正当理由要求离开住处或者指定的居所的，负责执行的派出所应当报经县级公安机关批准。人民法院、人民检察院决定监视居住的，公安机关在作出决定前，应当征得原决定机关同意。

第一百零一条 公安机关决定监视居住的，由犯罪嫌疑人住处或者指定的居所所在地的派出所执行。

第一百零二条 人民法院、人民检察院决定监视居住的，负责执行的县级公安机关应当在收到法律文书和有关材料，核实被监视居住人后，及时指定被监视居住人住处或者居所所在地派出所执行。

犯罪嫌疑人、被告人违反应当遵守的规定的，执行监视居住的县级公安机关应当及时告知原决定监视居住的机关。

人民法院、人民检察院作出解除、变更监视居住决定的，公安机关应当根据原决定机关的决定书解除监视居住。

第一百零三条 在监视居住期间，公安机关不得中断案件的侦查，对被监视居住的犯罪嫌疑人，应当根据案情变化及时解除监视居住或者变更强制措施。

监视居住最长不得超过六个月。监视居住期限届满十日前，执行机关应当通知原决定机关。

第一百零四条 需要解除监视居住的，经县级以上公安机关负责人批准，签发《解除监视居住决定书》。

解除监视居住应当及时通知执行机关、被监视居住人和有关单位。

第四节 拘　　留

第一百零五条 公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，有下列情形之一的，可以先行拘留：

（一）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；

（二）被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；

（三）在身边或者住处发现有犯罪证据的；

（四）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；

（五）有毁灭、伪造证据或者串供可能的；

（六）不讲真实姓名、住址，身份不明的；

（七）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

第一百零六条 拘留犯罪嫌疑人，应当填写《呈请拘留报告书》，经县级以上公安机关负责人批准，签发《拘留证》。执行拘留时，必须出示《拘留证》，并责令被拘留人在《拘留证》上签名（盖章）、捺指印，其拒绝签名（盖章）、捺指印的，侦查人员应当注明。

对符合本规定第一百零五条所列情形之一，因情况紧急来不及办理拘留手续的，应当在将犯罪嫌疑人带至公安机关后立即办理法律手续。

第一百零七条　对于被拘留人，公安机关应当在拘留后二十四小时内进行讯问。发现不应当拘留的，经县级以上公安机关负责人批准，签发《释放通知书》，看守所凭《释放通知书》发给被拘留人《释放证明书》，将其立即释放。

第一百零八条　拘留后，应当在二十四小时内制作《拘留通知书》，送达被拘留人家属或者单位，但有下列情形之一的，经县级以上公安机关负责人批准，可以不予通知：

（一）同案的犯罪嫌疑人可能逃跑、隐匿、毁弃或者伪造证据的；

（二）不讲真实姓名、住址，身份不明的；

（三）其他有碍侦查或者无法通知的。

上述情形消除后，应当立即通知被拘留人的家属或者他的所在单位。

对没有在二十四小时内通知的，应当在拘留通知书中注明原因。

第一百零九条　对于被拘留的犯罪嫌疑人，经过审查认为需要逮捕的，应当在拘留后的三日内提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，经县级以上公安机关负责人批准，提请审查批准逮捕的时间，可以延长一至四日。

对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，经县级以上公安机关负责人批准，提请审查批准的时间可以延长至三十日。

第一百一十条　流窜作案，是指跨市、县管辖范围连续作案，或者在居住地作案后逃跑到外市、县继续作案。

多次作案，是指三次以上作案。

结伙作案，是指二人以上共同作案。

第一百一十一条　需要延长拘留期限的，办案单位应当在期限届满前二十四小时内制作《呈请延长拘留期限报告书》，报县级以上公安机关负责人批准。

第一百一十二条　犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址、身份不明，在三十日内不能查清提请批准逮捕的，经县级以上公安机关负责人批准，拘留期限自查清其身份之日起计算。但不得停止对其犯罪行为的侦查。

对有证据证明有犯罪事实的案件，也可以按其自报的姓名提请批准逮捕。

第一百一十三条　对被拘留的犯罪嫌疑人审查后，根据案件情况报经县级以上公安机关负责人批准，分别作出如下处理：

（一）需要逮捕的，在拘留期限内，依法办理提请批准逮捕手续；

（二）应当追究刑事责任，但不需要逮捕的，依法办理取保候审或者监视居住手续后，直接向人民检察院移送起诉；

（三）拘留期限内未能查清犯罪事实的，依法办理取保候审或者监视居住手续后，继续侦查；

（四）具有本规定第一百六十八条规定情形之一的，撤销案件，释放被拘留人，发给释放证明。需要予以行政处理的，依法处理。

第一百一十四条 人民检察院决定拘留犯罪嫌疑人的，由县级以上公安机关凭人民检察院送达的决定拘留的法律文书签发《拘留证》并立即执行。必要时，可以请人民检察院协助。拘留后，应当及时通知人民检察院进行讯问，并由人民检察院通知被拘留人的家属或者他的所在单位。

第五节 逮 捕

第一百一十五条 对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即提请批准逮捕。

对应当逮捕的犯罪嫌疑人，如果患有严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，可以采用取保候审或者监视居住的办法。

第一百一十六条 有证据证明有犯罪事实，是指同时具备下列情形：

（一）有证据证明发生了犯罪事实；

（二）有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的；

（三）证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已经查证属实。

犯罪事实可以是犯罪嫌疑人实施的数个犯罪行为中的一个。

第一百一十七条 需要提请批准逮捕犯罪嫌疑人的，应当经县级以上公安机关负责人批准，制作《提请批准逮捕书》一式三份，连同案卷材料、证据，一并移送同级人民检察院审查。

第一百一十八条 对人民检察院不批准逮捕并通知补充侦查的，公安机关应当按照人民检察院补充侦查提纲的要求补充侦查。

公安机关补充侦查完毕，认为符合逮捕条件的，应当重新提请批准逮捕。

第一百一十九条 对人民检察院不批准逮捕而未说明理由的，公安机关可以要求人民检察院说明理由。

第一百二十条 对于人民检察院决定不批准逮捕的，公安机关在收到不批准逮捕决定书后，如果犯罪嫌疑人已被拘留，应当立即释放，发给《释放证明书》，并将执行回执在三日内送达作出不批准逮捕决定的人民检察院。

对已被拘留不批准逮捕的犯罪嫌疑人，公安机关认为需要补充侦查、要求

复议或者提请复核的，可以变更为取保候审或者监视居住。

第一百二十一条　对人民检察院不批准逮捕的决定，认为有错误需要复议的，应当在五日内制作《要求复议意见书》报经县级以上公安机关负责人批准后，送交同级人民检察院复议。

如果意见不被接受，认为需要复核的，应当在五日内制作《提请复核意见书》报经县级以上公安机关负责人批准后，连同人民检察院的《复议决定书》，一并提请上一级人民检察院复核。

第一百二十二条　接到人民检察院《批准逮捕决定书》后，应当由县级以上公安机关负责人签发《逮捕证》，立即执行，并将执行回执及时送达作出批准逮捕的人民检察院。如果未能执行，也应当将回执送达人民检察院，并写明未能执行的原因。

第一百二十三条　执行逮捕时，必须向被逮捕人出示《逮捕证》，并责令被逮捕人在《逮捕证》上签名（盖章）、捺指印，拒绝签名（盖章）、捺指印的，应当注明。

执行逮捕的侦察人员不得少于二人。

第一百二十四条　对被逮捕的人，必须在逮捕后的二十四小时内进行讯问，发现不应当逮捕的，经县级以上公安机关负责人批准，签发《释放通知书》。看守所凭《释放通知书》发给被逮捕人《释放证明书》，将其立即释放，并将释放理由书面通知原批准逮捕的人民检察院。

第一百二十五条　对犯罪嫌疑人执行逮捕后，应当在二十四小时内制作《逮捕通知书》，送达被逮捕人家属或者单位，但有下列情形之一的，经县级以上公安机关负责人批准，可以不予通知：

（一）同案的犯罪嫌疑人可能逃跑、隐匿、毁弃或者伪造证据的；

（二）不讲真实姓名、住址、身份不明的；

（三）其他有碍侦查或者无法通知的。

上述情形消除后，应当立即通知被逮捕人的家属或者他的所在单位。

对没有在二十四小时内通知的，应当在逮捕通知书中注明原因。

第一百二十六条　人民法院、人民检察院决定逮捕犯罪嫌疑人、被告人的，由县级以上公安机关凭人民法院、人民检察院决定逮捕的法律文书，签发《逮捕证》并立即执行，将执行回执及时送达原决定的机关。如果未能执行，也应当将回执送达原决定的机关，并说明未能执行的原因。必要时，可以请人民法院、人民检察院协助执行。

逮捕后，应当及时通知人民法院、人民检察院进行讯问，并由人民法院、

人民检察院通知被逮捕人的家属或者他的所在单位。

第六节　羁押期限

第一百二十七条　对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过二个月。案情复杂、期限届满不能终结的案件，应当制作《提请批准延长羁押期限意见书》，经县级以上公安机关负责人批准后，在期限届满七日前送请同级人民检察院转报上一级人民检察院批准延长一个月。

第一百二十八条　下列案件在本规定第一百二十七条规定的期限届满不能侦查终结的，应当制作《提请批准延长羁押期限意见书》，经县级以上公安机关负责人批准，在期限届满七日前送请同级人民检察院层报省、自治区、直辖市人民检察院批准，延长二个月：

（一）交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；

（二）重大的犯罪集团案件；

（三）流窜作案的重大复杂案件；

（四）犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件。

第一百二十九条　犯罪嫌疑人可能判处十年有期徒刑以上刑罚，依照本规定第一百二十七条和第一百二十八条规定延长期限届满，仍不能侦查终结的，应当制作《提请批准延长羁押期限意见书》，经县级以上公安机关负责人批准，在期限届满七日前送请同级人民检察院层报省、自治区、直辖市人民检察院批准，再延长二个月。

第一百三十条　在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，应当自发现之日起五日内报县级以上公安机关负责人批准后，重新计算侦查羁押期限，制作《重新计算羁押期限通知书》，送达看守所，并报原批准逮捕的人民检察院备案。

第一百三十一条　犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，侦查羁押期限自查清其身份之日起计算，但是不得停止对其犯罪行为的侦查取证。对犯罪事实清楚，证据确实、充分的，也可以按其自报的姓名移送人民检察院审查起诉。

第七节　其他规定

第一百三十二条　对被留置盘问的犯罪嫌疑人需要拘留、逮捕、取保候审

或者监视居住的，应当在留置期间内办理法律手续。

第一百三十三条　对犯罪嫌疑人执行拘传、拘留、逮捕、押解过程中，可以依法使用约束性警械。

办理未成年人犯罪案件不得使用警械，但确有行凶、逃跑、自杀、自伤、自残等现实危险的除外。

第一百三十四条　公安机关如果发现对犯罪嫌疑人采取强制措施不当的，应当及时撤销或者变更。公安机关释放被逮捕的人或者变更强制措施的，应当通知原批准的人民检察院。

第一百三十五条　犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人委托的律师对于公安机关采取强制措施超过法定期限，要求公安机关解除强制措施的，公安机关应当释放犯罪嫌疑人、解除取保候审、监视居住或者依法变更强制措施。

第一百三十六条　取保候审、监视居住变更为拘留、逮捕的，在变更的同时，原强制措施自动解除，不再办理解除法律手续。

第一百三十七条　被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人，违反应当遵守的规定，尚未构成犯罪的，由公安机关依法给予治安管理处罚。

第一百三十八条　案件在取保候审、监视居住期间移送审查起诉后，是否需要重新办理取保候审、监视居住手续或者变更强制措施，由人民检察院决定。人民检察院决定重新取保候审、监视居住或者变更强制措施的，公安机关应当办理解除原强制措施手续。

第一百三十九条　办理未成年人犯罪案件，应当严格控制和尽量减少使用强制措施。

第一百四十条　公安机关依法对县级以上各级人民代表大会代表采取拘传、取保候审、监视居住、拘留或者提请逮捕的，应当书面报请该代表所属的人民代表大会主席团或者常务委员会许可。

第一百四十一条　公安机关对现行犯或者重大嫌疑分子先行拘留的时候，发现其是县级以上人民代表大会代表的，应当立即向其所属的人民代表大会主席团或者常务委员会报告。

公安机关在依法执行拘传、取保候审、监视居住、拘留或者逮捕中，发现被执行人是县级以上人民代表大会代表的，应当暂缓执行，并报告原决定或者批准机关。如果在执行后发现被执行人是县级以上人民代表大会代表的，应当立即解除，并报告原决定或者批准机关。

第一百四十二条　公安机关依法对乡、民族乡、镇的人民代表大会代表采

取拘传、取保候审、监视居住、拘留或者执行逮捕的，应当在执行后立即报告其所属的人民代表大会。

第一百四十三条 公安机关依法对政治协商委员会委员采取拘传、取保候审、监视居住的，应当将有关情况通报给该委员所属的政协组织。

第一百四十四条 公安机关依法对政治协商委员会委员执行拘留、逮捕前，应当向该委员所属的政协组织通报情况；情况紧急的，可在执行的同时或者执行以后及时通报。

第七章 羁　押

第一百四十五条 对被拘留、逮捕的犯罪嫌疑人、被告人应当立即送看守所羁押。

第一百四十六条 看守所应当凭公安机关签发的《拘留证》、《逮捕证》收押被拘留、逮捕的犯罪嫌疑人、被告人。

查获通缉在案、越狱逃跑的以及执行追捕、押解任务需要临时寄押的，应当持《通缉令》或者其他有关法律文书并经寄押地县级以上公安机关负责人批准。

第一百四十七条 看守所收押犯罪嫌疑人、被告人，应当进行健康检查，并制作笔录；发现不应当羁押的，提请案件主管机关依法变更强制措施。

第一百四十八条 看守所收押犯罪嫌疑人、被告人，应当对其人身和携带的物品进行严格检查。发现违禁物品，应当予以没收；发现犯罪证据和可疑物品，应当制作笔录，由被羁押人签名（盖章）、捺指印后，送案件主管机关处理。

对女性的人身检查，应当由女工作人员进行。

第一百四十九条 在移送案件时，对被羁押人需要办理换押手续的，案件移送机关应当填写《换押证》并加盖公章随案移送，案件受理机关应当在《换押证》上加盖公章，注明承接时间后，及时送交看守所。看守所凭该《换押证》办理换押手续，并立即开具回执退回移送机关。

第一百五十条 看守所应当在犯罪嫌疑人、被告人的羁押期限届满七日前通知案件主管机关；对超过羁押期限的，应当立即通知案件主管机关，并报告所属公安机关负责人。

第一百五十一条 经批准延长或者重新计算羁押期限的，案件主管机关应

当在原期限届满前书面通知看守所。

第一百五十二条　被羁押人患严重疾病、逃跑、死亡的，看守所应当在依法采取相应措施的同时，立即报告案件主管机关。

第一百五十三条　对于被羁押人的申诉、上诉，看守所应当及时转达有关机关处理，不得拖延、扣押或者阻挠。

对揭发、控告司法工作人员的，看守所应当立即报告所属公安机关和人民检察院。

第一百五十四条　犯罪嫌疑人、被告人聘请的律师、辩护律师或者经人民法院许可的其他辩护人，依法要求会见犯罪嫌疑人、被告人的，看守所应当查验其证件及有关证明文件，并按照本规定第四章的规定或者人民法院、人民检察院的有关规定安排会见。

第八章　立案、破案、销案

第一节　受　　案

第一百五十五条　公安机关对于公民扭送、报案、控告、举报或者犯罪嫌疑人自首的，都应当立即接受，问明情况，并制作笔录，经宣读无误后，由扭送人、报案人、控告人、举报人签名或者盖章。必要时，公安机关可以录音。

第一百五十六条　公安机关接受案件时，应当制作《接受刑事案件登记表》，作为公安机关受理刑事案件的原始材料，并妥善保管、存档备查。

第一百五十七条　公安机关接受控告、举报的工作人员，应当向控告人、举报人说明诬告应负的法律责任。但是，只要不是捏造事实、伪造证据，即使控告、举报的事实有出入，甚至是错告的，也应当与诬告严格加以区别。

第一百五十八条　公安机关应当保障扭送人、报案人、控告人、举报人及其近亲属的安全。

扭送人、报案人、控告人、举报人如果不愿意公开自己的姓名和扭送、报案、控告、举报行为的，应当为他保守秘密。

第一百五十九条　对于接受的案件，或者发现的犯罪线索，公安机关应当迅速进行审查。

经过审查，认为有犯罪事实，但不属于自己管辖的案件，应当在二十四小时内，经县级以上公安机关负责人批准，签发《移送案件通知书》，移送有管

辖权的机关处理。

对于不属于自己管辖又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后办理手续，移送主管机关。

第一百六十条 经过审查，对于告诉才处理的案件和被害人有证据证明的轻微刑事案件，应当将案件材料和有关证据送交有管辖权的人民法院，并告知当事人向人民法院起诉。

第一百六十一条 经过审查，对于不够刑事处罚需要给予行政处理的，依法处理。

第二节 立 案

第一百六十二条 公安机关受理案件后，经过审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任，且属于自己管辖的，由接受单位制作《刑事案件立案报告书》，经县级以上公安机关负责人批准，予以立案。

认为没有犯罪事实，或者犯罪情节显著轻微不需要追究刑事责任，或者具有其他依法不追究刑事责任情形的，接受单位应当制作《呈请不予立案报告书》，经县级以上公安机关负责人批准，不予立案。

第一百六十三条 对于有控告人的案件，决定不予立案的，公安机关应当制作《不予立案通知书》，在七日内送达控告人。

控告人对不立案决定不服的，可以在收到（不予立案通知书）后七日内向原决定的公安机关申请复议。原决定的公安机关应当在收到复议申请后十日内作出决定，并书面通知控告人。

第一百六十四条 对于人民检察院要求说明不立案理由的案件，应当在七日内制作《不立案理由说明书》，经县级以上公安机关负责人批准后，通知人民检察院。

人民检察院认为不立案理由不能成立的，公安机关在接到人民检察院要求立案的通知后，应当在十五日内决定立案，并将立案决定书送达人民检察院。

第一百六十五条 对疑难、复杂、重大、特别重大案件决定立案侦查的，应当拟定侦查工作方案。

侦查工作方案应当包括以下内容：

（一）对案情的初步分析和判断，包括对线索来源可靠程度和涉嫌范围的测定；

（二）侦查方向和侦查范围；

（三）为查明案情需要采取的措施；
（四）侦查力量的组织和分工；
（五）需要有关方面配合的各个环节如何紧密衔接；
（六）侦查所必须遵循的制度和规定；
（七）如属预谋犯罪案件，还应当提出制止现行破坏和防止造成损失的措施。

第三节　破案、销案

第一百六十六条　破案应当具备下列条件：
（一）犯罪事实已有证据证明；
（二）有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的；
（三）犯罪嫌疑人或者主要犯罪嫌疑人已经归案。

第一百六十七条　对于符合破案条件的案件，办案部门应当制作破案报告，报县级以上公安机关负责人批准。

破案报告应当包括以下内容：
（一）案件侦查结果；
（二）破案的理由和根据；
（三）破案的组织分工和方法步骤；
（四）其他破案措施和下一步的工作意见。

第一百六十八条　经过侦查，发现具有下列情形之一的，应当撤销案件：
（一）没有犯罪事实的；
（二）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；
（三）犯罪已过追诉时效期限的；
（四）经特赦令免除刑罚的；
（五）犯罪嫌疑人死亡的；
（六）其他依法不追究刑事责任的。

第一百六十九条　需要撤销案件的，办案部门应当制作撤销案件报告，报县级以上公安机关负责人批准。

撤销案件报告包括以下内容：
（一）原来立案的根据和来源；
（二）案件侦查的结果；
（三）撤销案件的理由和根据。

公安机关决定撤销案件时，犯罪嫌疑人已被逮捕的，应当立即释放，发给释放证明，并通知原批准逮捕的人民检察院。

第九章 侦　　查

第一节 一般规定

第一百七十条 公安机关对已经立案的刑事案件，应当进行侦查，全面、客观地收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料，并予以审查、核实。

第一百七十一条 公安机关在侦查犯罪的过程中，对现行犯或者重大嫌疑分子可以依法先行拘留，对符合逮捕条件的犯罪嫌疑人，应当依法逮捕。严禁在没有证据的情况下，仅凭怀疑就对犯罪嫌疑人采取强制措施。

第一百七十二条 公安机关侦查犯罪过程中，根据需要采用各种侦查手段和措施，应当严格依照法律规定的条件和程序进行。

第二节 讯问犯罪嫌疑人

第一百七十三条 公安机关对于不需要拘留、逮捕的犯罪嫌疑人，经县级以上公安机关负责人批准，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问。

第一百七十四条 传唤犯罪嫌疑人时，应当出示《传唤通知书》和侦查人员的工作证件，并责令其在《传唤通知书》上签名《盖章》、捺指印。

犯罪嫌疑人到案后，应当由其中《传唤通知书》上填写到案时间。讯问结束时，应当由其在《传唤通知书》上填写讯问结束时间。拒绝填写的，侦查人员应当在《传唤通知书》上注明。

第一百七十五条 传唤持续的时间不得超过十二小时。不得以连续传唤的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。

需要对被传唤人采取强制措施的，应当在传唤期间内作出批准或者不批准的决定；对于不批准的，应当立即结束传唤。

第一百七十六条 提讯在押的犯罪嫌疑人，应当填写《提讯证》，在看守所或者公安机关的工作场所进行讯问。

第一百七十七条　讯问犯罪嫌疑人，必须由侦查人员进行。讯问的时候，侦查人员不得少于二人。

讯问同案的犯罪嫌疑人，应当个别进行。

第一百七十八条　讯问前，侦查人员应当了解案件情况和证据材料，制订讯问计划，列出讯问提纲。

第一次讯问，应当问明犯罪嫌疑人的姓名、别名、曾用名、出生年月日、户籍所在地、暂住地、籍贯、出生地、民族、职业、文化程度、家庭情况、社会经历、是否受过刑事处罚或者行政处理等情况。

第一百七十九条　讯问犯罪嫌疑人时，应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为，让他陈述有罪的情节或者无罪的辩解，然后向他提出问题。

第一百八十条　讯问犯罪嫌疑人时，应当告知其对侦查人员的提问应当如实回答，对与本案无关的问题有拒绝回答的权利。

第一百八十一条　讯问的时候，应当认真听取犯罪嫌疑人的供述和辩解；严禁刑讯逼供或者使用威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法获取供述。

第一百八十二条　讯问未成年的犯罪嫌疑人，应当针对未成年人的身心特点，采取不同于成年人的方式；除有碍侦查或者无法通知的情形外，应当通知其家长、监护人或者教师到场；讯问可以在公安机关进行，也可以到未成年人的住所、单位、学校或者其他适当的地点进行。

讯问聋、哑犯罪嫌疑人，应当有通晓聋、哑手势的人参加，并在讯问笔录上注明犯罪嫌疑人的聋、哑情况，以及翻译人的姓名、工作单位和职业。

讯问不通晓当地语言文字的犯罪嫌疑人，应当配备翻译人员。

第一百八十三条　侦查人员应当将问话和犯罪嫌疑人的供述或者辩解如实地记录清楚。书写讯问笔录应当使用能够长期保持字迹的书写工具、墨水。

第一百八十四条　讯问笔录应当交给犯罪嫌疑人核对或者向他宣读。如记录有差错或者遗漏，应当允许犯罪嫌疑人更正或者补充，并捺指印。笔录经犯罪嫌疑人核对无误后，应当由其在笔录上逐页签名（盖章）、捺指印，并在末页写明“以上笔录我看过（或向我宣读过），和我说的相符”。拒绝签名（盖章）、捺指印的，侦查人员应在笔录上注明。

讯问笔录上所列项目，应当按规定填写齐全。侦查人员、翻译人员应当在讯问笔录上签名或者盖章。

讯问犯罪嫌疑人，在文字记录的同时，可以根据需要录音、录像。

第一百八十五条　犯罪嫌疑人请求自行书写供述的，应当准许；必要时，侦查人员也可以要求犯罪嫌疑人亲笔书写供词。犯罪嫌疑人应当在亲笔供词的

末页签名（盖章）、捺指印。侦查人员收到后，应当在首页右上方写明“于某年某月某日收到”，并签名。

第一百八十六条 侦查人员在讯问中对犯罪嫌疑人的犯罪事实、动机、目的、手段，与犯罪有关的时间、地点，涉及的人、事、物，都应当讯问清楚。

对犯罪嫌疑人供述的犯罪事实、申辩和反证，公安机关都应当认真核查，依法处理。

第一百八十七条 在讯问中，需要运用证据证实犯罪嫌疑人的罪行时，应当防止泄露侦查工作秘密。

第三节 询问证人、被害人

第一百八十八条 询问证人、被害人，可以到证人、被害人所在单位或者住所进行。必要的时候，也可以通知证人、被害人到公安机关提供证言。

询问证人、被害人应当个别进行，并应当向证人、被害人出示公安机关的证明文件或者侦查人员的工作证件。

第一百八十九条 询问前，应当了解证人、被害人的身份，证人、犯罪嫌疑人、被害人之间的关系。询问时，应当告知证人、被害人必须如实地提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证应负的法律责任。

侦查人员不得向证人、被害人泄露案情或者表示对案件的看法，严禁使用威胁、引诱和其他非法方法询问证人、被害人。

第一百九十条 询问未成年的证人、被害人，可以通知其法定代理人到场。

第一百九十一条 本规定第一百八十四条、第一百八十五条的规定，也适用于询问证人、被害人。

第一百九十二条 询问中，涉及证人、被害人的隐私，应当保守秘密。

第四节 勘验、检查

第一百九十三条 侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体都应当进行勘验或者检查，利用各种技术手段，及时提取与案件有关的痕迹、物证。在必要的时候，可以指派或者聘请具有专门知识的人，在侦查人员的主持下进行勘验、检查。

第一百九十四条 发案地派出所、巡警或者治安保卫组织应当妥善保护犯

罪现场，注意保全证据，控制犯罪嫌疑人，并立即报告公安机关主管部门。

执行勘查的侦查人员接到通知后，应当立即赶赴现场；勘查现场，应当持有《刑事犯罪现场勘查证》。

第一百九十五条　勘查现场的任务，是查明犯罪现场的情况，发现和收集证据，研究分析案情，判断案件性质，确定侦查方向和范围，为破案提供线索和证据。

需要迅速采取搜索、追踪、堵截、鉴别、控制销赃等紧急措施的，应当立即报告负责本案侦查的指挥人员。

第一百九十六条　现场勘查，由县级以上公安机关侦查部门负责。

一般案件的现场勘查，由侦查部门负责人指定的人员现场指挥；重大、特别重大案件的现场勘查由侦查部门负责人现场指挥。必要时，发案地公安机关负责人应当亲自到现场指挥。

第一百九十七条　勘查现场，应当按照现场勘查规则的要求拍摄现场照片，制作《现场勘查笔录》和现场图。对重大、特别重大案件的现场，应当录像。

计算机犯罪案件的现场勘查，应当立即停止应用，保护计算机及相关设备，并复制电子数据。

第一百九十八条　为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，可以对人身进行检查。

犯罪嫌疑人如果拒绝检查，侦查人员认为必要的时候，可以强制检查。

检查妇女的身体，应当由女侦查人员或者医师进行。

检查的情况应当制作笔录，由参加检查的侦查人员、检查人员和见证人签名或者盖章。

第一百九十九条　为了确定死因，经县级以上公安机关负责人批准，可以解剖尸体或者开棺检验，并且通知死者家属到场，并让其在《解剖尸体通知书》上签名或者盖章。

死者家属无正当理由拒不到场或者拒绝签名、盖章的，不影响解剖或者开棺检验，但是应当在《解剖尸体通知书》上注明。对于身份不明的尸体，无法通知死者家属的应当在笔录中注明。

第二百条　对于已查明死因，没有继续保存必要的尸体，应当通知家属领回处理，对无法通知或者通知后家属拒绝领回的，经县级以上公安机关负责人批准，可以及时处理。

第二百零一条　对人民检察院要求复验、复查的，公安机关应当及时进行

复验、复查，并通知人民检察院派员参加。

第二百零二条　为了查明案情，在必要的时候，经县级以上公安机关负责人批准，可以进行侦查实验。

侦查实验的任务是：

（一）确定在一定条件下能否听到或者看到；

（二）确定在一定时间内能否完成某一行为；

（三）确定在什么条件下能够发生某种现象；

（四）确定在某种条件下某种行为和某种痕迹是否吻合一致；

（五）确定在某种条件下使用某种工具可能或者不可能留下某种痕迹；

（六）确定某种痕迹在什么条件下会发生变异；

（七）确定某种事件是怎样发生的。

第二百零三条　进行侦查实验，禁止一切足以造成危害、侮辱人格或者有伤风化的行为。

第二百零四条　侦查实验的经过和结果，应当制作《侦查实验笔录》，由参加实验的侦查人员签名或者盖章。

第五节　搜　　查

第二百零五条　为了收集犯罪证据、查获犯罪人，经县级以上公安机关负责人批准，侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查。

第二百零六条　进行搜查，必须向被搜查人出示《搜查证》，执行搜查的侦查人员不得少于二人。

第二百零七条　执行拘留、逮捕的时候，遇有下列紧急情况之一的，不用《搜查证》也可以进行搜查：

（一）可能随身携带凶器的；

（二）可能隐藏爆炸、剧毒等危险物品的；

（三）可能隐匿、毁弃、转移犯罪证据的；

（四）可能隐匿其他犯罪嫌疑人的；

（五）其他突然发生的紧急情况。

第二百零八条　进行搜查时，应当有被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人在场。

搜查妇女的身体，应当由女侦查人员进行。

第二百零九条　搜查的情况应当制作《搜查笔录》，由侦查人员、被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人签名或者盖章。

如果被搜查人或者他的家属不在现场，或者拒绝签名、盖章的，侦查人员应当在笔录上注明。

第六节　扣押物证、书证

第二百一十条　在勘查、搜查中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物品和文件应当扣押；但与案件无关的物品、文件，不得扣押。

持有人拒绝交出应当扣押的物品、文件的，公安机关可以强行扣押。

第二百一十一条　在现场勘查或者搜查中需要扣押物品、文件的，由现场指挥人员决定。

第二百一十二条　执行扣押物品、文件的侦查人员不得少于二人，并持有有关法律文书或者侦查人员工作证件。

第二百一十三条　对于扣押的物品和文件，应当会同在场证人和被扣押物品、文件的持有人查点清楚，当场开列《扣押物品、文件清单》一式三份，写明物品或者文件的名称、编号、规格、数量、重量、质量、特征及其来源，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章后，一份交给持有人，一份交给公安机关保管人员，一份附卷备查。

第二百一十四条　对于应当扣押但是不便提取的物品、文件、经拍照或者录像后，可以交被扣押物品持有人保管或者封存，并且单独开具《扣押物品、文件清单》一式二份，在清单上注明已经拍照或者录像，物品、文件持有人应当妥善保管，不得转移、变卖、毁损，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给物品、文件持有人，另一份连同照片或者录像带附卷备查。

第二百一十五条　扣押犯罪嫌疑人的邮件、电子邮件、电报，应当经县级以上公安机关负责人批准，签发扣押通知书，通知邮电部门或者网络服务单位检交扣押。

第二百一十六条　不需要继续扣押的时候，应当经县级以上公安机关负责人批准，签发解除扣押通知书，立即通知邮电部门或者网络服务单位。

第二百一十七条　对于扣押的物品、文件、邮件、电子邮件、电报，应当指派专人妥善保管，不得使用、调换、损毁或者自行处理。经查明确实与案件无关的，应当在三日以内解除扣押，退还原主或者原邮电部门、网络服务单位。

第二百一十八条 对不能随案移送的物证，应当拍成照片；容易损坏、变质的物证、书证，应当用笔录、绘图、拍照、录像、制作模型等方法加以保全。

对于可以作为证据使用的录音、录像带、电子数据存储介质，应当记明案由、对象、内容，录取、复制的时间、地点、规格、类别、应用长度、文件格式及长度等，并妥为保管。

第二百一十九条 对查获的下列不宜随案移送的物品、文件，原物不随卷保存，但应当拍成照片存入卷内，原物由公安机关妥为保管或者按照国家有关规定移送主管部门处理或者销毁；

（一）淫秽物品；

（二）武器弹药、管制刀具，易燃、易爆、剧毒、放射等危险品；

（三）鸦片、海洛因、吗啡、冰毒、大麻等毒品和制毒原料或者配剂、管制药品；

（四）危害国家安全的传单、标语、信件和其他宣传品；

（五）秘密文件、图表资料；

（六）珍贵文物、珍贵动物及其制品、珍稀植物及其制品；

（七）其他大宗的、不便搬运的物品。

对容易腐烂变质及其他不易保管的物品，可以根据具体情况，经县级以上公安机关负责人批准，在拍照或者录像后委托有关部门变卖、拍卖，变卖、拍卖的价款暂予保存，待诉讼终结后一并处理。通知被害人后，超过半年未来领取的，予以没收，上缴国库。如有特殊情况，可以酌情延期处理。凡是已经送交财政部门处理的赃款赃物，如果失主前来认领，并经查证属实，由原没收机关从财政部门提回，予以归还。如原物已经卖掉，应当退还价款。

第二百二十条 对犯罪嫌疑人违法所得的财物及其孳息，应当依法追缴。

对被害人的合法财产及其孳息，应当在登记、拍照或者录像、估价后及时返还，并在案卷中注明返还的理由，将原物照片、清单和被害人的领取手续存卷备查。

第二百二十一条 对扣押的犯罪嫌疑人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查。任何单位和个人不得挪用、损毁或者自行处理。

第二百二十二条 对扣押的犯罪嫌疑人的财物及其孳息中，作为证据使用的实物应当随案移送；对不宜移送的，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送。待人民法院作出生效判决后，由扣押的公安机关按照人民法院的通知，上缴国库或者返还受害人，并向人民法院送交执行回单。

第二百二十三条　案件变更管辖时，与案件有关的财物及其孳息应当随案移交。

移交财物时，由接收人、移交人当面查点清楚，并在交接单据上共同签名或者盖章。

第七节　查询、冻结存款、汇款

第二百二十四条　公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。

第二百二十五条　向银行或者其他金融机构、邮电部门查询犯罪嫌疑人的存款、汇款，应当经县级以上以上公安机关负责人批准，制作《查询存款、汇款通知书》，通知银行或者其他金融机构、邮电部门执行。

第二百二十六条　需要冻结犯罪嫌疑人在银行或者其他金融机构、邮电部门的存款、汇款的，应当经县级以上公安机关负责人批准，制作《冻结存款、汇款通知书》，通知银行或者其他金融机构、邮电部门执行。

第二百二十七条　不需要继续冻结犯罪嫌疑人存款、汇款时，应当制作《解除冻结存款、汇款通知书》，通知银行或者其他金融机构、邮电部门执行。

第二百二十八条　犯罪嫌疑人的存款、汇款已被冻结的，不得重复冻结。

第二百二十九条　冻结存款的期限为六个月。有特殊原因需要延长的，公安机关应当在冻结期满前办理继续冻结手续。每次续冻期限最长不超过六个月。逾期不办理继续冻结手续的，视为自动撤销冻结。

第二百三十条　对于冻结的存款、汇款经查明确实与案件无关的，应当在三日以内通知原银行、其他金融机构、邮电部门解除冻结、并通知被冻结存款、汇款的所有人。

第二百三十一条　对于在侦查中犯罪嫌疑人死亡，对犯罪嫌疑人的存款、汇款应当依法予以没收或者返还被害人的，可以申请人民法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人存款、汇款的银行、其他金融机构或者邮电部门上缴国库或者返还被害人。

对于冻结在银行、其他金融机构或者邮电部门的赃款，应当向人民法院随案移送该银行、其他金融机构或者邮电部门出具的证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民法院通知该银行、其他金融机构或者邮电部门上缴国库。

第二百三十二条　上级公安机关发现下级公安机关冻结、解除冻结存款、汇款有错误时，可以依法作出决定，责令下级公安机关限期改正，下级公安机

关应当立即执行。对拒不改正的，上级公安机关可以直接向有关银行或者其他金融机构发出法律文书，纠正下级公安机关所作的错误决定，并通知原作出决定的公安机关。

第八节 鉴　　定

第二百三十三条 为了查明案件，解决案件中某些专门性问题，应当指派、聘请具有鉴定资格的人进行鉴定。

第二百三十四条 鉴定的范围，包括刑事技术鉴定、人身伤害的医学鉴定、精神病的医学鉴定、扣押物品的价格鉴定、文物鉴定、珍稀动植物及其制品鉴定、违禁品和危险品鉴定、电子数据鉴定等。

第二百三十五条 刑事技术鉴定的范围，必须是与查明案情有关的物品、文件、电子数据、痕迹、人身、尸体等。

刑事技术鉴定，由县级以上公安机关刑事技术部门或者其他专职人员负责进行。

第二百三十六条 需要聘请有专门知识的人进行鉴定，应当经县级以上公安机关负责人批准后，制作《聘请书》。

第二百三十七条 公安机关应当为鉴定人进行鉴定提供必要的条件，及时向鉴定人送交有关检样和对比样本等原始材料，介绍与鉴定有关的情况，并且明确提出要求鉴定解决的问题，但是不得暗示或者强迫鉴定人作出某种鉴定结论。

第二百三十八条 鉴定人应当按照鉴定规则，运用科学方法进行鉴定。鉴定后，应当出具鉴定结论，由两名以上具有鉴定资格的鉴定人签名或者盖章。

第二百三十九条 对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定的或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且由鉴定人签名，医院加盖公章。

第二百四十条 办案部门或者侦查人员认为鉴定结论不确切或者有错误，经县级以上公安机关负责人批准、可以补充鉴定或者重新鉴定。

第二百四十一条 公安机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人对鉴定结论有异议提出申请，经县级以上公安机关负责人批准后，可以补充鉴定或者重新鉴定。

第二百四十二条 重新鉴定，应当另行指派或者聘请鉴定人。

第二百四十三条 刑事技术鉴定的鉴定结论，需要送上级公安机关刑事技

术部门复核时，应当送鉴定物和对比样本、原鉴定书或者检验报告，并说明提请复核的原因和要求。

第二百四十四条　鉴定人故意作虚假鉴定的，应当依法追究其法律责任。

第二百四十五条　对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的时间不计入办案期限，其他鉴定时间都应当计入办案期限。

对于因鉴定时间较长，办案期限届满仍不能终结的案件，自期限届满之日起，应当对被羁押的犯罪嫌疑人变更强制措施，改为取保候审或者监视居住。

第九节　辨　　认

第二百四十六条　为了查明案情，在必要的时候，侦查人员可以让被害人、犯罪嫌疑人或者证人对与犯罪有关的物品、文件、尸体、场所或者犯罪嫌疑人进行辨认。

对犯罪嫌疑人进行辨认，应当经办案部门负责人批准。

第二百四十七条　辨认应当在侦查人员的主持下进行。主持辨认的侦查人员不得少于二人。

组织辨认前，应当向辨认人详细询问辨认对象的具体特征，避免辨认人见到辨认对象。

第二百四十八条　几名辨认人对同一辨认对象进行辨认时，应当由辨认人个别进行。

第二百四十九条　辨认时，应当将辨认对象混杂在其他对象中，不得给辨认人任何暗示。

辨认犯罪嫌疑人时，被辨认的人数不得少于七人；对犯罪嫌疑人照片进行辨认的，不得少于十人的照片。

第二百五十条　对犯罪嫌疑人的辨认，辨认人不愿意公开进行时，可以在不暴露辨认人的情况下进行，侦查人员应当为其保守秘密。

第二百五十一条　辨认经过和结果，应当制作《辨认笔录》，由侦查人员签名，辨认人、见证人签字或者盖章。

第十节　通　　缉

第二百五十二条　应当逮捕的犯罪嫌疑人如果在逃，公安机关可以发布通缉令，采取有效措施，追捕归案。

县级以上公安机关在自己管辖的地区以内，可以直接发布通缉令；超出自己管辖的地区，应当报请有权决定的上级公安机关发布。

通缉令发送范围，由签发通缉令的公安机关负责人决定。

第二百五十三条　通缉令中应当尽可能写明被通缉人的姓名、别名、曾用名、绰号、性别、年龄、民族、籍贯、出生地、户籍所在地、居住地、职业、身份证号码、衣着和体貌特征并附被通缉人近期照片，可以附指纹及其他物证的照片。除了必须保密的事项以外，应当写明发案的时间、地点和简要案情。

第二百五十四条　通缉令发出后，如果发现新的重要情况可以补发通报。通报必须注明原通缉令的编号和日期。

第二百五十五条　有关公安机关接到通缉令后，应当及时布置查缉。抓获犯罪嫌疑人后，应当迅速通知通缉令发布机关，并报经抓获地县级以上公安机关负责人批准后，凭通缉令羁押。原通缉令发布机关应当立即进行核实，并及时依法处理。

第二百五十六条　为防止犯罪嫌疑人逃往境外，需要在边防口岸采取边控措施的，应当按照有关规定制作《边控对象通知书》，经县级以上公安机关负责人审核后，层报省级公安机关批准，办理边控手续。需要在全国范围采取边控措施的，应当层报公安部批准。

对需要边防检查站限制犯罪嫌疑人人身自由的，需同时出具有关法律文书。紧急情况下，县级以上公安机关可以出具公函，先向当地边防检查站交控，但应当在七日内补办交控手续。

第二百五十七条　为发现重大犯罪线索，追缴涉案财物、证据，查获犯罪嫌疑人，必要时，经县级以上公安机关负责人批准，可以发布悬赏通告。

悬赏通告应当写明悬赏对象的基本情况和赏金的具体数额。

第二百五十八条　通缉令、悬赏通告可以通过广播、电视、报刊、计算机网络等媒体发布。

第二百五十九条　犯罪嫌疑人自首、被击毙或者被抓获，并经核实后，原发布机关应当在原通缉、通知、通告范围内，撤销通缉令、边控通知、悬赏通告。

第二百六十条　通缉越狱逃跑的犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯，适用本节的有关规定。

第十一节　侦查终结

第二百六十一条　侦查终结的案件，侦查人员应当制作结案报告。

结案报告应当包括以下内容：

（一）犯罪嫌疑人的基本情况；

（二）是否采取了强制措施及其理由；

（三）案件的事实和证据；

（四）法律依据和处理意见。

第二百六十二条　侦查终结案件的处理，由县级以上公安机关负责人批准；重大、复杂、疑难的案件应当经过集体讨论决定。

第二百六十三条　侦查终结后，应当将全部案卷材料加以整理，按要求装订立卷。

向人民检察院移送案件时，只移送诉讼卷，侦查卷由公安机关存档备查。技术侦查获取的材料，需要作为证据公开使用时，按照规定采取相应的处理。

第二百六十四条　对于犯罪事实清楚，证据确实、充分，犯罪性质和罪名认定正确，法律手续完备，依法应当追究刑事责任的案件，应当制作《起诉意见书》，经县级以上公安机关负责人批准后，连同案卷材料、证据，一并移送同级人民检察院审查决定。

第二百六十五条　共同犯罪案件的《起诉意见书》，应当写明每个犯罪嫌疑人在共同犯罪中的地位、作用、具体罪责和认罪态度，分别提出处理意见。

第二百六十六条　认为人民检察院作出的不起诉决定有错误的时候，应当在七日内制作《要求复议意见书》经县级以上公安机关负责人批准后，移送同级人民检察院复议。

要求复议的意见不被接受的，可以在七日内制作《提请复核意见书》，经县级以上公安机关负责人批准，提请上一级人民检察院复核。

第二百六十七条　被害人提出附带民事诉讼的，应当记录在案；移送审查起诉时，应当在《起诉意见书》末页注明。

第二百六十八条　在侦查过程中，发现犯罪嫌疑人不够刑事处罚需要行政处理的，经县级以上公安机关批准，对犯罪嫌疑人依法予以行政处理或者移交其他有关部门处理。

第二百六十九条　在侦查过程中，接到人民检察院的纠正违法通知后，应当及时查处或者纠正，并将情况书面回复人民检察院。

第十二节 补充侦查

第二百七十条 侦查终结，移送人民检察院审查起诉的案件，人民检察院退回公安机关补充侦查的，公安机关接到人民检察院退回补充侦查的法律文书后，应当按照补充侦查提纲的要求在一个月以内补充侦查完毕。

补充侦查以两次为限。

第二百七十一条 对人民检察院退回补充侦查的案件，原侦查部门应当对案件的事实、证据和定性处理意见进行认真、全面地审查，分析研究人民检察院退回补充侦查意见，根据不同情况，报县级以上公安机关负责人批准，分别作如下处理：

（一）原认定犯罪事实清楚，证据不够充分的，在补充证据后，应当制作《补充侦查报告书》，移送人民检察院审查；对有些证据无法补充的，应当作出说明；

（二）在补充侦查过程中，发现新的同案犯或者新的罪行，需要追究刑事责任的，应当重新制作《起诉意见书》，移送人民检察院审查；

（三）发现原认定的犯罪事实有重大变化，不应当追究刑事责任的，应当重新提出处理意见，并将处理结果通知退查的人民检察院；

（四）原认定犯罪事实清楚、证据确实充分、人民检察院退回补充侦查不当的，应当说明理由，移送人民检察院审查。

第二百七十二条 对人民检察院在审查起诉过程中，要求公安机关提供法庭审判所必需的证据材料，应当及时收集和提供。

第十章 执行刑罚

第一节 罪犯的交付

第二百七十三条 对被人民法院依法判处刑罚的罪犯，如果罪犯已被采取强制措施的，公安机关应当依据人民法院已经发生法律效力的判决书、裁定书、执行通知书，将罪犯交付执行。

对人民检察院作出的不起诉决定，以及人民法院作出的无罪或者免除刑事处罚的判决，如果犯罪嫌疑人或者被告人在押，公安机关在收到相应的法律文

书后应当立即办理释放手续；对犯罪嫌疑人或者被告人需要给予行政处理的，应当依照有关规定处理，并将处理结果及时通知人民检察院或者人民法院。

第二百七十四条　对被判处死刑的罪犯，公安机关应当依据人民法院执行死刑的命令，将罪犯交由人民法院执行。

第二百七十五条　公安机关接到人民法院判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的判决书、裁定书、执行通知书后，应当在一个月以内将罪犯送交监狱执行。

对未成年犯应当送交未成年犯管教所执行刑罚。

第二百七十六条　将罪犯交付执行，监狱不予收监的，公安机关应当提请交付执行的人民法院作出是否收监执行的决定。对于决定收监的，应当将罪犯交付监狱执行；对于决定暂予监外执行的，由看守所将罪犯交付罪犯居住地公安机关执行。

第二百七十七条　对于被判处有期徒刑的罪犯，在被交付执行刑罚前，剩余刑期在一年以下的，由看守所根据人民法院的判决代为执行。

第二百七十八条　对于被判处拘役的罪犯，公安机关收到人民法院的判决书、裁定书、执行通知书后，将罪犯送交拘役所执行。没有拘役所的地区，由看守所执行。

第二百七十九条　对于被判处管制、剥夺政治权利和被决定暂予监外执行的罪犯，由罪犯居住地县级公安机关指定派出所执行。执行机关应当对其严格管理监督，基层组织或者罪犯的原所在单位协助进行监督。

第二百八十条　对于被宣告缓刑的罪犯，在缓刑考验期内，由罪犯居住地派出所考察，所在单位或者基层组织予以配合。

对于被假释的罪犯，在假释考验期限内，由居住地派出所予以监督。

第二百八十一条　对被判处有期徒刑由看守所代为执行和拘役的罪犯，执行期间如果没有再犯新罪，执行期满，看守所、拘役所应当发给《刑满释放证明书》。

第二节　减刑、假释

第二百八十二条　被判处管制、拘役、有期徒刑的罪犯，在执行期间，如果认真遵守监管规定，接受教育改造，确有悔改表现或者立功表现的，执行机关可以提出减刑建议；有下列重大立功表现之一的，执行机关应当提出减刑建议：

（一）阻止他人重大犯罪活动的；

（二）检举重大犯罪活动，经查证属实的；

（三）有发明创造或者重大技术革新的；

（四）在日常生产、生活中舍己救人的；

（五）在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；

（六）对国家和社会有其他重大贡献的。

第二百八十三条 对于被判处拘役或者有期徒刑余刑一年以下的罪犯，符合减刑条件的，由拘役所、看守所提出减刑建议书，经县级以上公安机关审查同意后，报请所在地中级以上人民法院审核裁定。

第二百八十四条 对于被判处管制的罪犯，符合减刑条件的，由执行管制的派出所提出减刑建议书，经县级以上公安机关审查同意后，报请所在地中级以上人民法院审核裁定。

第二百八十五条 对于被判处有期徒刑由看守所代为执行的罪犯，执行原判刑期二分之一以上，如果认真遵守监管规定、接受教育改造，确有悔改表现，假释后不致再危害社会，可以假释的，由执行的看守所提出假释建议书，经县级以上公安机关审查同意后，报请所在地中级以上人民法院审核裁定。

第三节 对罪犯的监督、考察

第二百八十六条 负责执行管制、剥夺政治权利的派出所，应当按照人民法院的判决，向罪犯及其原所在单位或者居住地群众宣布其犯罪事实、被管制或者剥夺政治权利的期限，以及罪犯在执行期间应当遵守的规定。

第二百八十七条 执行机关应当向被管制的罪犯宣布，在执行期间应当遵守下列规定：

（一）遵守法律、行政法规和公安部制定的有关规定，服从监督；

（二）未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；

（三）定期向监督考察小组报告自己的活动情况；

（四）遵守公安机关关于会客的规定；

（五）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经公安机关批准；

（六）遵守公安机关制定的具体监督管理措施。

被判处管制的罪犯，在劳动中应当同工同酬。

第二百八十八条 执行机关应当向被剥夺政治权利的罪犯宣布，在执行期

间应当遵守下列规定：

（一）遵守国家法律、行政法规和公安部制定的有关规定，服从监督；

（二）不得享有选举权和被选举权；

（三）不得组织或者参加集会、游行、示威、结社活动；

（四）不得出版、制作、发行书籍、音像制品；

（五）不得接受采访，发表演说；

（六）不得在境内外发表有损国家荣誉、利益或者其他具有社会危害性的言论；

（七）不得担任国家机关职务；

（八）不得担任国有公司、企业、事业单位和人民团体的领导职务；

（九）遵守公安机关制定的具体监督管理措施。

第二百八十九条　被管制、剥夺政治权利的罪犯违反本规定第二百八十七条、第二百八十八条的规定，尚未构成新的犯罪的，由公安机关依法给予治安管理处罚。

第二百九十条　被管制、剥夺政治权利的罪犯，执行期满，公安机关应当通知本人，并向其所在单位或者居住地的群众宣布解除管制或者恢复政治权利。

第二百九十一条　对于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有下列情形之一的，看守所、拘役所应当报经县级以上公安机关批准，对罪犯暂予监外执行：

（一）有严重疾病需要保外就医的；

（二）怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；

（三）生活不能自理，适用暂予监外执行不致危害社会的罪犯。对于适用保外就医可能有社会危险性的罪犯，或者自伤自残的罪犯，不得保外就医。

对于罪犯确有严重疾病，必须保外就医的，由省级人民政府指定的医院开具证明文件，依照法律规定的程序审批。

发现保外就医的罪犯不符合保外就医条件的，或者严重违反保外就医规定的，应当及时收监。

第二百九十二条　公安机关决定对罪犯暂予监外执行的，应当将《暂予监外执行通知书》交被暂予监外执行的罪犯和罪犯居住地派出所，同时将《暂予监外执行决定书》送同级人民检察院。

第二百九十三条　公安机关接到人民检察院认为暂予监外执行不当的意见后，应当立即对暂予监外执行的决定进行重新核查，并在十五日内提出处理意见，经县级以上公安机关负责人批准，将处理结果通报人民检察院。

第二百九十四条 暂予监外执行的罪犯违反法律、行政法规和公安部制定的有关规定，尚未构成新的犯罪的，由公安机关依法给予治安管理处罚。

第二百九十五条 暂予监外执行的情形消失后，罪犯刑期未满的，负责执行的派出所应当及时与监狱、看守所、拘役所联系，予以收监。

罪犯在暂予监外执行期间死亡的，执行的派出所应当及时通知原服刑的监狱、看守所、拘役所。

第二百九十六条 对被宣告缓刑、假释罪犯，执行的派出所应当根据人民法院的判决、裁定，向罪犯原所在单位或者居住地的群众宣布其犯罪事实、监督考察期限以及监督考察期限内应当遵守的规定。

第二百九十七条 执行机关应当向被宣告缓刑或者假释的罪犯宣布，在监督考察期限内应当遵守下列规定：

（一）遵守法律、行政法规和公安部制定的有关规定，服从监督；

（二）按照公安机关的规定，定期报告自己的活动情况；

（三）遵守公安机关关于会客的规定；

（四）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经县级公安机关批准；

（五）附加剥夺政治权利的缓刑、假释罪犯还必须遵守本规定第二百八十八条的规定；

（六）遵守公安机关制定的具体监督管理措施。

第二百九十八条 对被宣告缓刑、假释的罪犯，执行的派出所应当定期向罪犯原所在单位或者执行地街道居民委员会、村民委员会了解其表现情况，建立监督考察档案。

第二百九十九条 被宣告缓刑、假释的罪犯，在缓刑、假释期限内，发现判决宣告前还有其他罪没有判决的，公安机关应当及时移送人民检察院处理，并通知原判决的人民法院。

第三百条 被宣告缓刑、假释的罪犯在缓刑、假释考验期限内，违反法律、行政法规或者公安部制定的有关规定，尚未构成新的犯罪的，公安机关应当向人民法院提出撤销缓刑、假释的建议。

人民法院裁定撤销缓刑、假释的，公安机关应当及时将罪犯送交原关押的监狱、看守所、拘役所收监执行。

第三百零一条 被宣告缓刑、假释的罪犯违反本规定第二百九十七条的规定，尚未构成新的犯罪的，由公安机关依法给予治安管理处罚。

第三百零二条 被宣告缓刑的罪犯，在缓刑考察期限内没有刑法第七十七条规定的情形，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行。如果被判处附加刑，

附加刑仍须执行。缓刑考验期满，公安机关应当向本人宣布并通报原判决的人民法院。

被假释的罪犯，在假释考验期限内没有刑法第八十六条规定的情形，就认为原判刑罚已执行完毕。假释考验期满，公安机关应当向本人宣布并通报原裁定的人民法院和原执行的监狱、看守所、拘役所和家属、单位。

第三百零三条　罪犯在缓刑、假释期间死亡的，公安机关应当及时通报原判决的人民法院和原执行的监狱、看守所、拘役所及罪犯家属、单位。

第三百零四条　公安机关在执行刑罚中，如果认为判决有错误或者罪犯提出申诉，应当转请人民检察院或者原判人民法院处理。

第三百零五条　接到人民检察院认为公安机关执行刑罚的活动有违法情况的通知后，应当及时查处纠正，经县级以上公安机关负责人批准，将处理结果报告人民检察院。

第四节　对又犯新罪罪犯的处理

第三百零六条　在看守所、拘役所服刑的罪犯又犯新罪的，由看守所、拘役所立案侦查；重大、复杂的案件由公安机关刑事侦查部门立案侦查。

第三百零七条　监外执行的罪犯，在监外执行期间又犯新罪，需要收监执行的，由当地公安机关直接通知原所在监狱、看守所、拘役所解回收监；应当追究刑事责任的，由犯罪地公安机关立案侦查，并将处理结果及时通知原执行机关。

第三百零八条　被剥夺政治权利、管制、宣告缓刑和假释的罪犯在执行期间又犯新罪的，由犯罪地公安机关立案侦查。

对于因犯新罪被撤销假释的罪犯，仍送原服刑的监狱、看守所、拘役所执行。

第十一章　办案协作

第三百零九条　对异地公安机关提出协助调查、执行强制措施等协作请求，只要法律手续完备，协作地公安机关就应当及时无条件予以配合，不得收取任何形式的费用。

第三百一十条　县级以上公安机关办理刑事案件需要异地公安机关协作

的，应当制作办案协作函件。

负责协作的县级以上公安机关接到异地公安机关请求协作的函件后，应当指定主管业务部门办理。

第三百一十一条 对于获取的犯罪线索，不属于自己管辖的，应当及时转递有管辖权的公安机关。

第三百一十二条 对异地公安机关请求查询犯罪信息、资料的，协助查询的公安机关应当认真查办，并及时反馈。

第三百一十三条 异地执行传唤、拘传，执行人员应当持《传唤通知书》、《拘传证》、办案协作函件和工作证件，与协作地县级以上公安机关联系。协作地公安机关应当协助将犯罪嫌疑人传唤、拘传到本市、县内的指定地点或者到犯罪嫌疑人的住处进行讯问。

第三百一十四条 异地执行拘留、逮捕的，执行人员应当持《拘留证》、《逮捕证》、办案协作函件和工作证件，与协作地县级以上公安机关联系，协作地公安机关应当派员协助执行。

第三百一十五条 委托异地公安机关代为执行拘留、逮捕的，应当将《拘留证》、《逮捕证》、办案协作函件送达协作地公安机关。

协作地公安机关抓获犯罪嫌疑人后，应当立即通知委托地公安机关。委托地公安机关应当立即携带法律文书及时提解，提解的侦查人员不得少于二人。

第三百一十六条 异地公安机关请求协查犯罪嫌疑人的身份、年龄、违法犯罪经历等情况的，协查地公安机关接到通知后应当在七日内将协查结果通知请求协查的公安机关；交通十分不便的边远地区，应当在十五日内将协查结果通知请求协查的公安机关。

第三百一十七条 需要异地办理查询、扣押或者冻结与犯罪有关的财物、文件的，执行人员应当持办案协作函件和相关的法律文书，与协作地县级以上公安机关联系，协作地公安机关应当指定主管业务部门协助执行。

在紧急情况下，可以将办案协作函件和相关的法律文书电传至协作地县级以上公安机关，协作地公安机关应当及时采取措施。委托地公安机关应当立即派员携带法律文书前往协作地办理。

第三百一十八条 对不履行办案协作职责造成严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，应当给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三百一十九条 协作地公安机关依照请求协作的公安机关的要求，履行办案协作职责所产生的法律责任，由请求协作的公安机关承担。

第十二章　外国人犯罪案件的办理

第三百二十条　办理外国人犯罪案件，应当严格依照我国法律、法规、规章，以维护国家主权和利益，并在对等互惠原则的基础上，严格履行我国所承担的国际条约义务。当国内法或者规定同我国所承担的国际条约义务发生冲突时，应当适用国际条约的有关规定，但我国声明保留的条款除外。

第三百二十一条　外国籍犯罪嫌疑人在刑事诉讼中，享有我国法律规定的诉讼权利，并承担相应的义务。

第三百二十二条　外国人的国籍，以其在入境时的有效证件予以确认；国籍不明的，由出入境管理部门协助予以查明。

第三百二十三条　犯罪嫌疑人为享有外交特权和豁免权的外国人的，应当层报公安部，由公安部移交外交部通过外交途径解决其刑事责任问题。

第三百二十四条　公安机关办理外国人犯罪案件使用中华人民共和国通用的语言文字。犯罪嫌疑人通晓中国语言文字而不需要他人翻译的，应当出具书面声明；不通晓中国语言文字的，公安机关应当为他翻译。

经公安机关批准，外国籍犯罪嫌疑人可以自己聘请翻译，但翻译费由犯罪嫌疑人承担。

第三百二十五条　外国人犯罪案件，由犯罪地的地（市）级以上公安机关立案侦查。

第三百二十六条　外国人犯中华人民共和国缔结或者参加的国际条约规定的罪行后进入我国领域内的，由该外国人被抓获的地（市）级以公安机关立案侦查。

第三百二十七条　外国人在中华人民共和国领域外的中国船舶或者航空器内犯罪的，由犯罪发生后该船舶或者航空器最初停泊或者降落的中国港口的地（市）级以上交通或者民航公安机关立案侦查。

第三百二十八条　外国人在国际列车上犯罪的，由犯罪发生后列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的地（市）级以上铁路公安机关立案侦查。

第三百二十九条　外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，依照《中华人民共和国刑法》应当受处罚的，由该外国人入境地的地（市）级以上公安机关立案侦查。

第三百三十条　发生重大的或者可能引起外交交涉的外国人犯罪案件的，

有关省、自治区、直辖市公安机关应当及时将案件办理情况报告公安部。公安部商外交部后，应当单独或者会同外交部联名将案件进展情况等及时通知我国驻外使馆、领事馆。

第三百三十一条 需要对外国人采取拘留、监视居住、取保候审的，应当经省级公安机关负责人批准后，将有关案情、处理情况等于采取强制措施的四十八小时以内报告公安部，同时通报同级人民政府外事办公室。

第三百三十二条 对外国人依法作出取保候审、监视居住决定或者执行拘留、逮捕后，有关省、自治区、直辖市公安厅、局应当在规定的期限内，将外国人的姓名、性别、入境时间、护照或者证件号码、案件发生的时间、地点及有关情况，涉嫌犯罪的主要事实，已采取的强制措施及其法律依据，通知该外国人所属国家的驻华使馆、领事馆，同时报告公安部。

外国人在公安机关侦查或者执行刑罚期间死亡的，有关省、自治区、直辖市公安机关应当通知该外国人所属国家的驻华使馆、领事馆，同时报告公安部。

第三百三十三条 外国籍犯罪嫌疑人聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告的，必须聘请在中华人民共和国的律师事务所执业的律师。

第三百三十四条 公安机关侦查终结前，外国驻华外交、领事官员要求探视被监视居住、拘留、逮捕或者正在服刑的本国公民的，立案侦查的公安机关应当及时安排有关的探视事宜。犯罪嫌疑人拒绝其所属国家驻华外交、领事官员探视的，公安机关可以不予安排，但应当由其本人提出书面声明。

在公安机关侦查羁押期间，经公安机关批准，外国籍犯罪嫌疑人可以与其近亲属、监护人会见、与外界通信。

第三百三十五条 对外国籍犯罪嫌疑人采取强制措施的同时，经省级公安机关批准，可以依法扣留其护照，发给本人扣留护照的证明，并将有关情况及时报告公安部，通报同级人民政府外事办公室。

第三百三十六条 对判处独立适用驱逐出境刑罚的外国人，省级公安机关在收到人民法院的刑事判决书、执行通知书的副本后，应当指定罪犯所在地的地（市）级公安机关执行。

被判处徒刑的外国人，其主刑执行期满后应执行驱逐出境附加刑的，省级公安机关在收到原执行监狱的上级主管部门转交的原刑事判决书、执行通知书副本或者复印本后，应当指定罪犯所在地的地（市）级公安机关执行。

我国政府已按照国际条约或《中华人民共和国外交特权与豁免条例》的规定，对实施犯罪，但享有外交或领事特权和豁免的外国人宣布为不受欢迎的人

或者不可接受并拒绝承认其外交或领事人员身份，责令限期出境的人，无正当理由逾期不自动出境的，由公安部凭外交部公文指定该外国人所在的省级公安机关负责执行或者监督执行。

第三百三十七条　办理外国人犯罪案件，本章未规定的，适用其他各章的有关规定。

第三百三十八条　办理无国籍人犯罪案件，适用本章的规定。

第十三章　刑事司法协助和警务合作

第三百三十九条　公安机关进行刑事司法协助和警务合作，我国缔结或者参加的国际条约和公安部签订的合作协议有规定的，按照条约和协议的规定办理，但是我国声明保留的条款除外，无相应条约和协议规定的，按照互惠原则通过外交途径或国际刑事警察组织进行。

第三百四十条　公安机关应当在相互尊重国家主权和平等互惠的基础上，与有关国家的警察机关相互进行刑事司法协助和警务合作。

第三百四十一条　公安机关进行刑事司法协助和警务合作的范围，主要包括犯罪情报信息的交流与合作、调查取证、送达刑事诉讼文书、移交物证、书证和视听资料、引渡以及国际条约规定的其他刑事司法协助、警务合作事宜。

第三百四十二条　公安部是公安机关进行刑事司法协助、警务合作的中央主管机关，地方各级公安机关依照职责分工办理刑事司法协助事务和警务合作事务。

第三百四十三条　其他司法机关在办理刑事案件中，需要外国警方协助的，应当通过其中央主管机关与公安部联系办理。

第三百四十四条　我国边境地区公安机关与相邻国家的警察机关相互进行警务合作，在不违背有关国际条约、协议和我国法律的前提下，可以按照惯例进行，但应当报公安部备案。

第三百四十五条　公安部通过有关国际条约或者协议规定的联系途径或者外交途径，接收或者向外国提出刑事司法协助或者警务合作请求。

第三百四十六条　公安部收到外国的刑事司法协助或者警务合作请求后，应当依据我国法律和有关司法协助条约、警务合作协议的规定进行审查。对符合条约、协议规定的，交有关省、自治区、直辖市公安机关办理，或者移交其他有关中央主管机关；对不符合条约或者协议规定的，不予执行，并通过接收

请求的途径退回请求方。

第三百四十七条 负责执行刑事司法协助或者警务合作的公安机关收到刑事司法协助或者警务合作请求书和所附材料后，应当立即安排执行。执行后，应当按照条约或者协议规定的格式和语言，将执行结果及其有关材料报经省、自治区、直辖市公安机关审核后报送公安部。

对于因犯罪嫌疑人死亡或者具有应当拒绝协助、合作的情形等不能执行的，应当将刑事司法协助、警务合作请求和所附材料，连同不能执行的理由通过省、自治区、直辖市公安机关报送公安部。

公安机关因请求书提供的地址不详或者材料不齐全难以执行的，应当立即通过省、自治区、直辖市公安机关报送公安部要求请求方补充材料。

第三百四十八条 地方公安机关提供刑事司法协助和警务合作，请求书中附有办理期限的，应当按期完成。未附办理期限的，调查取证应当在三个月以内完成；送达刑事诉讼文书，应当在十日内完成，不能按期完成的，应当说明情况和理由，层报公安部。

第三百四十九条 地方公安机关需要请求外国警方提供刑事司法协助或者警务合作的，应当按照有关条约或者合作协议的规定提出刑事司法协助或者警务合作请求书，所附文件及相应译文，经省、自治区、直辖市公安机关审核后报送公安部审批。

第三百五十条 地方公安机关需要通过国际刑警组织缉捕罪犯或者犯罪嫌疑人、查询资料、调查取证的，应当提出申请层报公安部审批。

第三百五十一条 公安机关提供或者请求外国提供刑事司法协助或者警务合作，应当收取或者支付费用的，根据有关国际条约或者合作协议的规定办理。

第三百五十二条 办理引渡案件，依照国家关于引渡的法律和规定执行。

第十四章 附 则

第三百五十三条 本规定是公安机关办理刑事案件的基本程序，由公安部负责解释。

第三百五十四条 本规定自发布之日起施行。公安部一九八七年制定的《公安机关办理刑事案件程序规定》同时废止。

第三百五十五条 本规定发布前，公安部制定的其他规定与本规定相抵触的，适用本规定。

附件1：

中央军委关于军队执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的暂行规定

（1998年7月13日）

第一条　为了保证军队刑事诉讼活动的顺利进行，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》和其他法律的有关规定，结合军队的实际情况，制定本规定。

第二条　军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件依法行使侦查权；军事检察院、军事法院对军内人员犯罪的案件依法分别行使检察权、审判权；法律另有规定的除外。

军队和地方互涉的刑事案件依照有关规定办理。

第三条　军队保卫部门、军事检察院、军事法院按照下列规定管辖所在单位和案件管辖单位的刑事案件：

（一）军队以下单位的保卫部门按照侦查权限分工，管辖副团职、专业技术八级、文职副处级以下人员犯罪的案件；副大军区级单位的保卫部门管辖正团职、专业技术七级、文职正处级以下人员犯罪的案件；军级和副大军区级单位的军事检察院、军事法院分别管辖上述人员犯罪可能被判处无期徒刑以下刑罚的案件。

（二）大军区级单位的保卫部门管辖前项规定以外的正团职、副师职、专业技术七级至四级、文职正处级和副局级人员犯罪的案件；大军区级单位的军事检察院、军事法院管辖上述人员犯罪的案件，以及前项所列人员犯罪可能被判处死刑的案件。

（三）总直属队的军事检察院、军事法院管辖副师职、专业技术四级、文职副局级以下人员犯罪的案件。

正师职、专业技术三级、文职正局级以上人员犯罪案件的管辖，由总政治部保卫部、解放军军事检察院、解放军军事法院决定。

犯罪嫌疑人、被告人兼有行政职务和专业技术等级的，按照其中较高的行

政职务或者专业技术等级确定案件的管辖。

第四条 属于军队保卫部门管辖的案件，涉及两个以上单位的，涉案单位的保卫部门应当共同查清犯罪事实，由犯罪嫌疑人所在单位的保卫部门依法处理。

属于军事检察院管辖的刑事案件，涉及两个以上单位的，比照前款规定执行。

管辖有争议的，由争议双方共同的上级保卫部门或者军事检察院指定管辖。

第五条 上级保卫部门、军事检察院在必要的时候，可以直接侦查下级保卫部门、军事检察院管辖的刑事案件，也可以将本级管辖的刑事案件交由下级保卫部门、军事检察院侦查。

第六条 军内人员利用职权实施的不属于军事检察院立案侦查的重大犯罪案件，需要由军事检察院直接受理时，经解放军军事检察院决定，可以由有管辖权的军事检察院立案侦查。

第七条 未设立保卫部门的军级以下单位和军队院校政治部负责保卫工作的机构办理刑事案件时，在上级保卫部门的组织指导下，依法行使相应的侦查权。

第八条 军队保卫部门、军事检察院、军事法院决定对犯罪嫌疑人、被告人采取监视居住措施的，可以在指定的地点执行，并由专人进行监视。

犯罪嫌疑人、被告人在监视居住期间，应当遵守国家法律和军队的有关规定。

第九条 军事检察院决定拘留、逮捕犯罪嫌疑人，军事法院决定逮捕被告人，应当按照案件管辖权限，通过保卫部门执行。上级保卫部门根据案件情况，可以交由下级保卫部门代为执行。

第十条 军队保卫部门、军事检察院办理重大、复杂案件时，经师级以上单位的政治机关批准，可以临时任命侦查、检察人员参与办案。

第十一条 对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限届满，需要延长羁押期限的，经上一级军事检察院批准，可以延长一个月。有《刑事诉讼法》第一百二十六条、一百二十七条规定的情形之一，需要延长羁押期限的，由解放军军事检察院依法批准或者决定。

第十二条 案件管辖单位保卫部门立案侦查的案件，需要提请批准逮捕犯罪嫌疑人或者移送审查起诉的，由师级以上单位的保卫部门按照有关规定报上一级保卫部门同意后，可以直接向有管辖权的军事检察院提请批准逮捕或者移

送审查起诉。

第十三条　军事检察院立案侦查的案件，应当按照业务分工办理侦查与批准逮捕、起诉工作。

第十四条　被害人或者军事检察院提起附带民事诉讼的，适用《刑事诉讼法》第七章的规定。

第十五条　办理刑事案件中，对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府或者大军区级以上单位指定的医院进行；需作其他鉴定的，应当指派聘请军级以上单位或者地方有关部门具有专门知识的人进行。

第十六条　军级和副大军区级单位的军事法院、大军区级单位的军事法院和总直属队的军事法院、解放军军事法院在审判第一审案件时，其审判组织分别参照适用《刑事诉讼法》第一百四十七条关于基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院的规定。

第十七条　军事法院公开审理案件时，与本案件有关的地方人员经许可可以参加旁听。

第十八条　《刑事诉讼法》第二审程序关于上诉和抗诉的规定，适用于军事法院第一审的判决和裁定。

第十九条　军事法院开庭审理案件时，被告人所在团级以上单位应当根据军事法院的要求，派出有关人员执行法庭勤务和押解任务。

第二十条　军级和副大军区级单位的军事法院审理公诉案件，需要延长审理期限的，由大军区级单位的军事法院依法批准；大军区级以上单位的军事法院审理公诉案件以及上诉、抗诉案件，有《刑事诉讼法》第一百二十六条规定的情形之一，需要延长审理期限的，由解放军军事法院依法批准或者决定。军事法院作出延期审理决定的，应当通知有关的军事检察院。

第二十一条　大军区级单位的军事法院总直属队的军事法院、解放军军事法院在复核和执行死刑案件中，分别适用《刑事诉讼法》关于地方中级人民法院和高级人民法院的规定。

第二十二条　对于罪犯确有严重疾病，必须保外就医的，由省级人民政府或者大军区级以上单位指定的医院开具证明文件，依照法律规定的程序审批。

第二十三条　对于被判处徒刑缓刑的罪犯，军事法律应当将有关的法律文书送达罪犯所在单位保卫部门，由罪犯所在单位予以考察。

第二十四条　在军队执行刑罚的犯罪分子，需要依法减刑、假释的，由军事法院依照下列规定审核裁定：

（一）被判处无期徒刑的犯罪分子，需要依法予以减刑、假释的，报请解放军军事法院审核裁定；

（二）被判处管制、拘役、有期徒刑的犯罪分子，需要依法予以减刑、假释的，报请对执行机关有案件管辖权的大军级单位的军事法院或者总直属队的军事法院审核裁定。如果执行机关与大军区级单位的军事法院不在同一省级行政区域内，经大军区级单位的军事法院批准，执行机关也可以报请有案件管辖权的军级或者副大军区级单位的军事法院审核裁定。

第二十五条　军事监狱对罪犯在监狱内犯罪的案件依法进行侦查。侦查终结后需要移送审查起诉的，向有管辖权的军事检察院移送。

第二十六条　本规定所称军队内部发生的刑事案件，是指部队营区内发生的刑事案件和军内人员犯罪的案件。

第二十七条　本规定所称军内人员，是指人民解放军现役军官、文职干部、士兵和具有军籍的学员、在编职工以及由军队管理的离休、退休人员。

第二十八条　本规定所称案件管辖单位，是指由没有行政隶属关系的军事检察院、军事法院管辖其案件的单位。

第二十九条　中国人民武装警察部队的保卫部门、军事检察院、军事法院办理刑事案件，适用本规定。

第三十条　过去的规定与本规定不一致的，以本规定为准。

第三十一条　本规定由总政治部负责解释。

第三十二条　本规定自发布之日起施行。

五、律师办理刑事案件规范

（中华全国律师协会 1997 年 10 月 23 日制定，
1998 年 4 月 25 日第一次修订）

目　录

第一章　总　　则

第一条　为保障和指导律师在参与刑事诉讼中依法履行职责，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国律师法》和《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》（以下简称“中央六部门规定”），结合律师办理刑事案件的实践经验，制定本规范。

第二条　律师依法在刑事诉讼中履行辩护与代理职责，其人身权利和诉讼权利不受侵犯。

第三条　律师在承办刑事诉讼业务中，必须遵守国家法律、法规，必须坚持以事实为根据，以法律为准绳的原则，恪守律师职业道德和执业纪律。

第四条　律师参与刑事诉讼必须坚持依法维护委托人的合法权益，维护法律的正确实施的原则，忠于职守，认真负责，不得损害委托人的合法权益。

第五条　律师担任辩护人或为犯罪嫌疑人提供法律帮助，依法独立进行诉讼活动，不受委托人的意志限制。

第六条　律师办理刑事案件应当保守国家秘密、当事人的商业秘密和委托人的隐私。

第七条　律师不得接受同一案件两名以上的犯罪嫌疑人、被告人的委托，参与刑事诉讼活动。

第八条　律师不得私自收案、私自收费。

第九条　律师承办刑事诉讼业务，可以委托异地律师代为调查、收集证据，也可请求异地律师协助会见犯罪嫌疑人或被告人。异地律师应予支持。

第二章　收案与结案

第一节　收　　案

第十条　律师事务所可以接受犯罪嫌疑人、被告人，或者他们的法定代理人、亲属或者犯罪嫌疑人、被告人委托的人的委托，或者接受人民法院的指定，指派律师为犯罪嫌疑人或被告人提供法律帮助或担任辩护人；可以接受被

害人及其法定代理人或者近亲属、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人、自诉案件的自诉人及其法定代理人的委托，指派律师担任诉讼代理人；可以接受刑事案件当事人及其法定代理人、近亲属的委托，指派律师担任申诉案件的代理人；可以接受被不起诉人及其法定代理人、近亲属的委托，指派律师代为申诉；在公安机关、人民检察院作出不立案或撤销案件的决定后，可以接受被害人及其法定代理人、近亲属的委托，指派律师代为申诉或起诉。

律师事务所应当尽可能满足委托人指名委托的要求。

第十一条 律师收案应分别根据下列情况办理委托手续：

（一）为犯罪嫌疑人提供法律帮助，须在侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起；

（二）担任辩护人，须在犯罪嫌疑人已被人民检察院审查起诉或者被告人已被提起公诉之后；

（三）担任公诉案件被害人或者附带民事诉讼当事人的诉讼代理人，须自案件移送审查起诉之日起；

（四）担任自诉案件的自诉人，附带民事诉讼的当事人及他们的法定代理人的诉讼代理人，可以随时接受委托；

（五）担任二审辩护人或诉讼代理人，须在一审判决宣告以后；

（六）担任申诉案件的代理人须在人民法院的判决、裁定发生法律效力后，或者公安机关、人民检察院撤销案件、不起诉的决定作出之后；

（七）涉及国家秘密的案件，在侦查阶段聘请律师的，须取得侦查机关的批准；

（八）犯罪嫌疑人、被告人的亲属或者其他人代为委托的，须在会见时得到犯罪嫌疑人、被告人的确认。

第十二条 律师受理刑事案件，应当在侦查、审查起诉、一审、二审、申诉各阶段分别办理委托手续；也可以一次性签订委托协议，但应分阶段签署授权委托书。

第十三条 律师受理案件须办理以下手续：

（一）律师事务所与委托人签署《委托协议》一式二份，一份交委托人，一份由律师事务所存档；

（二）委托人签署《授权委托书》一式三份，一份呈交办案机关，一份由承办律师存档，一份交委托人保存；

（三）开具律师事务所介绍信，由律师呈交办案机关。

第十四条 律师事务所接受委托后，应办理收案登记，编号后建立卷宗。

第十五条　对于需要提供法律援助的当事人，律师事务所可以指派律师承办，仍须按本规范第十二条、第十三条的规定办理委托手续。

第十六条　律师接受委托后，无正当理由，不得拒绝辩护或者代理。但委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的，或者委托的人提出其它不合理要求，致使律师无法正常履行职务的，律师有权拒绝辩护或者代理。

律师由于以上事由解除委托关系，应经律师事务所主任或主任授权的负责人同意，并记录在卷。

第二第　结　　案

第十七条　律师承办刑事业务结案时，应写办案总结，整理案卷归档。

第十八条　办案中提前解除委托关系的，律师应写出办案总结，说明原因，并附上相关手续，整理案卷归档。

第三章　在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助

第一节　接受委托

第十九条　侦查阶段公安机关、人民检察院及进行侦查的其他法定机关（以下简称“侦查机关”）对犯罪嫌疑人第一次讯问后或者采取强制措施之日起，律师事务所可以接受犯罪嫌疑人或其亲属，或犯罪嫌疑人委托的其他人的聘请，指派律师为犯罪嫌疑人提供法律咨询，代理申诉、控告。犯罪嫌疑人被羁押的，可以为其申请取保候审。

律师事务所与犯罪嫌疑人或其亲友办理委托手续，参见本规范第十三条。

第二节　与侦查机关联系

第二十条　承办律师接受委托后，应及时与侦查机关取得联系，向其提交《授权委托书》、律师事务所介绍信，并出示律师执业证。

第二十一条　承办律师应向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，及时提

出会见犯罪嫌疑人的具体要求。

第三节　会见犯罪嫌疑人

第二十二条　律师会见未在押的犯罪嫌疑人，可以在其住所、单位或者律师事务所进行。会见时其他人不应在场。

犯罪嫌疑人是未成年人或者盲、聋、哑人的，律师会见时其法定代理人或者近亲属应该在场。

第二十三条　律师会见被监视居住的犯罪嫌疑人，不需要经过批准。

第二十四条　对于不涉及国家秘密的案件，律师提出会见在押犯罪嫌疑人，不需要经过批准。律师有权要求侦查机关按照《中央六部门规定》在四十八小时内或五日内安排会见。侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。对于侦查机关不依法安排会见的，律师有权向有关部门反映，要求纠正。

第二十五条　涉及国家秘密的案件，律师会见在押犯罪嫌疑人，应向侦查机关提出书面申请并得到批准。侦查机关不批准会见的，律师可以要求其出具书面决定。如果不是案情或者案件性质本身涉及国家秘密，律师可以提出复议或向有关部门反映。

第二十六条　律师会见在押的犯罪嫌疑人，应携带以下证明、文件：

(一) 律师事务所出具的会见犯罪嫌疑人的专用介绍信；

(二) 律师本人的律师执业证；

(三) 委托人签署的《授权委托书》。

第二十七条　律师会见在押的犯罪嫌疑人时，应当征询其是否同意聘请本律师。如表示同意应让其在聘请律师的《授权委托书》上签字确认；如表示不同意应记录在案并让其签字确认。

第二十八条　律师会见犯罪嫌疑人时可以向其了解有关案件的情况，包括以下内容：

(一) 犯罪嫌疑人的自然情况；

(二) 是否参与以及怎样参与所涉嫌的案件；

(三) 如果承认有罪，陈述涉及定罪量刑的主要事实和情节；

(四) 如果认为无罪，陈述无罪的辩解；

(五) 被采取强制措施的法律手续是否完备，程序是否合法；

(六) 被采取强制措施后其人身权利及诉讼权利是否受到侵犯；

(七) 其他需要了解的情况。

第二十九条　律师会见犯罪嫌疑人，应当遵守羁押场所依法做出的有关规定，不得为犯罪嫌疑人传递物品、信函，不得将通讯工具借给其使用，不得进行其他违反法律规定的活动。

第三十条　律师会见完毕后应与羁押场所办理犯罪嫌疑人交接手续。

第三十一条　律师会见犯罪嫌疑人应制作会见笔录，并交犯罪嫌疑人阅读或者向其宣读。如果记录有遗漏或者差错，应当允许犯罪嫌疑人补充或者改正。在犯罪嫌疑人确认无误后要求其在笔录上签名。

律师会见犯罪嫌疑人，可以进行录音、录像、拍照等，但事前应征得犯罪嫌疑人同意。

会见时侦查机关派员在场的，应在笔录中注明。

第三十二条　律师可根据案件情况和需要决定会见在押犯罪嫌疑人的时间、次数，要求侦查机关予以安排。律师会见犯罪嫌疑人不受非法干涉。

第四节　为犯罪嫌疑人提供法律咨询

第三十三条　律师会见犯罪嫌疑人时可为其提供法律咨询，包括以下内容：

（一）有关强制措施的条件、期限、适用程序的法律规定；

（二）有关侦查人员、检察人员及审判人员回避的法律规定；

（三）犯罪嫌疑人对侦查人员的提问有如实回答的义务及对与本案无关的问题有拒绝回答的权利；

（四）犯罪嫌疑人有要求自行书写供述的权利，对侦查人员制作的讯问笔录有核对、补充、改正、附加说明的权利以及在承认笔录没有错误后应当签名或盖章的义务；

（五）犯罪嫌疑人享有侦查机关应当将用作证据的鉴定结论向他告知的权利及可以申请补充鉴定或者重新鉴定的权利；

（六）犯罪嫌疑人享有的辩护权；

（七）犯罪嫌疑人享有的申诉权和控告权；

（八）刑法关于犯罪嫌疑人所涉嫌的罪名的有关规定；

（九）刑法关于自首、立功及其他相关规定；

（十）有关刑事案件侦查管辖的法律规定；

（十一）其他有关法律问题。

第五节 为犯罪嫌疑人申请取保候审

第三十四条 律师向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名及会见犯罪嫌疑人后，如果认为被羁押的犯罪嫌疑人符合下述取保候审的条件，可以主动为其申请取保候审：

（一）犯罪嫌疑人所涉案情符合《刑事诉讼法》第五十一条的规定；

（二）犯罪嫌疑人患有严重疾病；

（三）犯罪嫌疑人正在怀孕或者哺乳自己的婴儿；

（四）侦查机关对犯罪嫌疑人采取的拘留逮捕措施已超过法定期限；

（五）法律规定的其它取保候审条件的。

第三十五条 在押的犯罪嫌疑人及其法定代理人、近亲属要求律师为犯罪嫌疑人申请取保候审，承办律师认为符合取保候审条件的，可以为其申请取保候审，也可协助其直接向侦查机关申请取保候审。

第三十六条 律师为犯罪嫌疑人申请取保候审时，应向有关机关提交取保候审申请书。申请书应写明律师事务所名称，律师姓名、通信地址及联系方法，申请事实及理由，保证方式等。

律师不得为犯罪嫌疑人作保证人。

第三十七条 律师为被羁押的犯罪嫌疑人提出取保候审申请后，可要求侦查机关在七日内作出同意或者不同意的答复。对于不同意取保候审的，律师有权要求其说明不同意的理由，并可以提出复议或向有关部门反映。

第六节 代理申诉和控告

第三十八条 律师根据向侦查机关了解的犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和向犯罪嫌疑人了解的案件情况，认为确有根据的，可接受犯罪嫌疑人的委托，代理其向有关机关提出申诉，要求予以纠正。

第三十九条 律师根据向犯罪嫌疑人了解的有关案件情况和其他有关证据材料，认为侦查人员在办案中违反法律规定，侵犯犯罪嫌疑人的人身权利、诉讼权利或其他合法权益，或者认为侦查机关管辖不当的，可受犯罪嫌疑人的委托，代理其向有关部门提出控告。

第四章　在审查起诉阶段担任辩护人或诉讼代理人

第一节　收　案

第四十条　刑事案件由侦查机关向人民检察院移送审查起诉后，律师可以接受犯罪嫌疑人本人或其亲友的委托担任辩护人。律师事务所与犯罪嫌疑人或其亲友办理有关手续参见本规范第十三条的规定。

第四十一条　刑事案件由侦查机关向人民检察院移送审查起诉后，律师可以接受被害人及其法定代理人或者近亲属，附带民事诉讼的当事人或者法定代理人、近亲属的委托担任诉讼代理人，律师事务所与委托人办理手续。参见本规范第十三条的规定。

第四十二条　律师接受委托后，应开具律师事务所介绍信，连同授权委托书提交人民检察院。

第二节　查阅、摘抄、复制案件有关材料

第四十三条　律师持律师事务所介绍信、授权委托书及律师执业证有权到人民检察院查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书和技术性鉴定材料。诉讼文书包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书及其它文书；技术性鉴定材料包括法医鉴定、司法精神病鉴定、物证技术鉴定等鉴定性文书。摘抄、复制时应保证其准确性、完整性。

第四十四条　律师摘抄、复制的材料应当保密，并妥善保管。

第三节　会见和通信

第四十五条　审查起诉阶段辩护律师会见犯罪嫌疑人不需要经过检察机关批准，会见时检察机关也不应派员在场。会见的其他事项参照本规范第三章第三节的有关规定。

第四十六条　辩护律师与犯罪嫌疑人通信应注明律师身份、通信地址，并加盖律师事务所公章以证明其律师身份。通信内容应限于与本案有关的问题，

了解犯罪嫌疑人在押期间的情况及其对案件的意见。

第四十七条　辩护律师可以与犯罪嫌疑人通信，但其内容不得向犯罪嫌疑人提及可能妨碍侦查的有关同案犯罪嫌疑人及其亲友的情况。

第四十八条　辩护律师与犯罪嫌疑人通信，应保留信函副本及犯罪嫌疑人来信的原件并附卷备查。

第四节　调查和收集案件有关材料

第四十九条　律师调查、收集与案件有关的材料，应持律师事务所介绍信，出示律师执业证，一般应由二人进行。

第五十条　经本人同意，辩护律师可以向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与案件有关的材料，但事先应向人民检察院提出书面申请并取得同意。

第五十一条　律师可以向证人或者其他单位和个人收集与案件有关的材料，但应事先征得本人同意，并在调查笔录上记明。

第五十二条　律师调查笔录应当载明调查人、被调查人、记录人的姓名，调查的时间、地点；笔录内容应当有律师身份的介绍，被调查人的基本情况，律师对证人如实作证的要求，作伪证或隐匿罪证要负法律责任的说明，以及被调查事项的基本情况。

第五十三条　律师收集物证、书证和视听资料应提取原件；无法提取原件的，可以复制、拍照或者录像，但对复制件、照片或录像应附有证据提供的证明。

第五十四条　律师在调查、收集案件材料时，可以录音、录像。对被调查人录音、录像的，必须经被调查人同意。

第五十五条　律师摘抄、复制有关材料时，必须忠于事实真象，不得伪造、变造、断章取义。

第五十六条　律师调查、收集证据材料时，根据需要可邀请有关人员在场见证，并在调查笔录上签名。

第五十七条　律师制作调查笔录，应全面、准确地记录调查内容，并须经被调查人核对或者向其宣读。被调查人如有修改、补充，应由其在修改处签字、盖章或者按指纹确认。调查笔录经被调查人核对后，应由其在每一页上签名并在笔录的最后签署记录无误的意见。

第五十八条　审查起诉阶段，辩护律师认为必要时，可以申请人民检察院

收集、调取证据。

第五节　提出辩护或代理意见

第五十九条　律师担任辩护人或诉讼代理人，应根据《刑事诉讼法》第一百三十九条的规定，向人民检察院提出关于本案的辩护、代理意见。

第六十条　犯罪嫌疑人在审查起诉阶段被超期羁押的，辩护律师有权要求对犯罪嫌疑人依法释放或改变强制措施，实行取保候审。犯罪嫌疑人人身权利受到侵害或人格受到侮辱的，辩护律师有权代理犯罪嫌疑人提出控告。

第六十一条　人民检察院作出不起诉决定，被不起诉人不服要求申诉的，辩护律师可以在被不起诉人收到决定书后，向人民检察院代为申诉。

第六十二条　人民检察院作出不起诉决定，被害人不服的，代理律师可以在被害人收到决定书后七日内向上一级人民检察院代为申诉。申诉被驳回后，可以代理其向人民法院起诉，或者不经申诉直接代理其向人民法院起诉。代理向人民法院起诉的，应按自诉程序办理委托手续。

第五章　担任公诉案件一审辩护人

第一节　收　　案

第六十三条　律师事务所可以接受被告人或其亲友的委托，指派律师担任被告人的辩护人。律师事务所与委托人办理委托手续，参照本规范第十三条的规定进行。

第六十四条　律师事务所可以接受人民法院的指定，指派律师为被告人进行辩护，律师事务所与委托人办理委托手续参照本规范第十三条的规定进行。

第二节　审查管辖

第六十五条　律师接受委托后，应注意审查该案是否属于受案法院管辖。发现法院管辖不当、侦查机关管辖不当等情形，应及时以书面方式向法院提出，请求退案或移送。

第三节　查阅、摘抄、复制案件材料

第六十六条　律师有权到人民法院查阅、摘抄、复制案件材料。

第六十七条　律师应当认真查阅案件材料，了解分析案情。案件材料应当包括起诉书、证据目录、证人名单和主要证据的复印件或者照片。缺少上述材料的，律师可以申请人民法院通知人民检察院补充。

第六十八条　审判阶段的律师认为必要时可向侦查及审查起诉阶段的承办律师了解案件有关情况，请求提供有关材料，侦查及审查起诉阶段的律师应予配合。

第六十九条　律师查阅、摘抄、复制案件材料，应当记明查阅、摘抄、复制案件材料的时间、地点，并应注明案卷页数，证据材料形成的时间、地点及制作证据的人员。

第七十条　律师查阅案件材料应当着重了解以下事项：

（一）被告人的自然情况；

（二）被告人被指控犯罪的时间、地点、动机、目的、手段、后果及其他可能影响定罪量刑的法定、酌定情节等；

（三）被告人无罪、罪轻的事实和材料；

（四）证人、鉴定人、勘验检查笔录制作人的自然情况；

（五）被害人的基本情况；

（六）侦查、审查起诉阶段的各种法律手续和诉讼文书是否合法、齐备；

（七）技术性鉴定材料的来源、鉴定人是否具有鉴定资格、鉴定结论及其理由等；

（八）同案被告人的有关情况；

（九）有关证据的客观性、关联性和合法性，证据之间及证据本身的矛盾与疑点；

（十）相关证据能否证明起诉书所指控的犯罪事实及情况，有无矛盾与疑点；

（十一）其它与案件有关的材料。

第七十一条　律师阅卷应注意的事项参见本规范第四章第二节的相关规定。

第四节　会见被告人

第七十二条　律师会见在押被告人，应当携带人民检察院的起诉书副本、授权委托书、律师事务所会见被告人专用证明和律师执业证。

第七十三条　律师会见被告人，事先应准备会见提纲。会见时，应认真听取被告人的陈述和辩解，发现、核实、澄清案件事实和证据材料中的矛盾和疑点，重点了解以下情况：

（一）被告人的身份及其收到起诉书的时间；

（二）被告人是否承认起诉书所指控的罪名；

（三）指控的事实、情节、动机、目的是否清楚、准确；

（四）起诉书指控的从重情节是否存在；

（五）被告人关于无罪辩解的理由；

（六）有无从轻、减轻、免予处罚的事实、情节和线索；

（七）是否有立功表现；

（八）是否存在超期羁押及合法权益是否受到伤害等情况。

第七十四条　律师应向被告人介绍法庭审理程序，告知被告人在庭审中的诉讼权利、义务及应注意的事项。

第七十五条　律师会见被告人的其他事项，参见本规范第三章第三节的相关规定。

第五节　调查和收集证据

第七十六条　在审判阶段，律师可以根据实际情况依法调查、收集与案件有关的证据材料。

第七十七条　律师向证人调查、收集证据，证人不同意作证的，律师可以申请人民法院通知其出庭作证。

第七十八条　律师根据案件需要可以申请人民法院收集、调取证据。人民法院收集、调取证据时，律师可以参加。

第七十九条　开庭前，律师应将收集的证据材料进行复制，举证时将原件提交法庭。

第八十条　律师调查和收集证据的具体办法，参见第四章第四节的相关规定。

第六节　出庭准备

第八十一条　律师申请人民法院通知证人、鉴定人、勘验检查笔录制作人出庭作证的，应制作上述人员名单，注明身份、住址、通讯处等，并说明拟证明的事实，在开庭前提交人民法院。

第八十二条　律师拟当庭宣读、出示的证据，应制作目录并说明所要证明的事实，在开庭前提交人民法院。

第八十三条　律师接到开庭通知书后应按时出庭，因下列情形之一不能出庭，应及时与法院联系，申请延期开庭：

（一）律师收到两个以上开庭的通知，只能按时参加其中之一的；

（二）庭审前律师发现重大证据线索，需进一步调查取证或申请新的证人出庭作证的；

（三）由于客观原因律师无法按时出庭的。

第八十四条　律师申请延期开庭，并获批准，又确实不能出庭的，应与委托人协商，妥善解决。

第八十五条　律师在开庭前三日内才收到出庭通知的，有权要求法院更改开庭日期。

第八十六条　开庭前律师应向法庭了解通知证人、鉴定人、勘验检查笔录制作人出庭作证情况，如发现有未予通知或未通知到的情况，应及时与法庭协商解决。

第八十七条　律师应了解公诉人、法庭组成的人员情况，协助被告人确定有无申请回避的事由及是否提出回避的申请。

第七节　法庭调查

第八十八条　律师出庭应当遵守法庭规则和法庭秩序，听从法庭指挥。

第八十九条　两名以上被告人的案件有多名律师出庭的，辩护律师应按指控被告人的顺序依次就座。

第九十条　审判长宣布被告人的诉讼权利后，律师可以接受被告人的委托，对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员代为申请回避，并提供相关证据。

第九十一条　法庭核对被告人年龄、身份、有无前科劣迹等情况有误，可

能影响案件审理结果的，律师应认真记录，在法庭调查时予以澄清。

第九十二条　在法庭调查过程中，律师应该认真听取对被告人的讯问、发问，做好发问准备。

第九十三条　辩护律师在公诉人讯问、被害人及其代理律师发问被告人后，经审判长许可，可向被告人发问。被告人不承认指控犯罪的，应问明情况和理由。

第九十四条　公诉人向被告人提出威逼性、诱导性或与本案无关问题的，辩护律师有权提出反对意见。法庭驳回反对意见的，应尊重法庭决定。

第九十五条　公诉人对律师的发问提出反对意见的，律师可进行争辩。法庭支持公诉人反对意见的，律师应尊重法庭的决定，改变发问内容或方式。

第九十六条　对控诉方的出庭证人，应注意从以下方面进行质证：

（一）证人与案件事实的关系；

（二）证人与被告人、被害人的关系；

（三）证言与其它证据的关系；

（四）证言的内容及其来源；

（五）证人感知案件事实时的环境、条件和精神状态；

（六）证人的感知力、记忆力和表达力；

（七）证人作证是否受到外界的干扰或影响；

（八）证人的年龄以及生理上、精神上是否有缺陷；

（九）证言前后是否矛盾。

辩护律师应综合以上方面，对证人证言的可信性及时发表意见并阐明理由，如有异议，应与控诉方展开辩论。

对于公诉机关提出证人名单以外的证人出庭作证的，辩护律师有权建议法庭不予采信或要求法庭延期审理。

第九十七条　对出庭的鉴定人和鉴定结论，应注意从以下方面质证：

（一）鉴定人与案件的关系；

（二）鉴定人与被告人、被害人的关系；

（三）鉴定人的资格；

（四）鉴定人是否受到外界的干扰和影响；

（五）鉴定的依据和材料；

（六）鉴定的设备和方法；

（七）鉴定结论与其它证据的关系；

（八）鉴定结论是否有科学依据。

辩护律师应综合以上方面，对鉴定结论的可信性及时发表意见并阐明理由，如有异议，应与控诉方展开辩论。

第九十八条 对控诉方出示的物证，应注意从以下方面质证：

（一）物证的真伪；

（二）物证与本案的联系；

（三）物证与其他证据的联系；

（四）物证要证明的问题；

（五）取得物证的程序是否合法。

辩护律师应综合以上方面，对物证的可信性及时发表意见并阐明理由，如有异议，应与控诉方展开辩论。

公诉方出示证据目录以外的物证，辩护律师有权建议法庭不予采信或要求法庭延期审理。

第九十九条 对控诉方出示的书证，应注意从以下方面质证：

（一）书证的来源及是否为原件；

（二）书证的真伪；

（三）书证与本案的联系；

（四）书证与其它证据的联系；

（五）书证的内容及所要证明的问题；

（六）取得书证的程序是否合法。

辩护律师应综合以上方面，对书证的可信性及时发表意见并阐明理由，如有异议，应与控诉方展开辩论。

对于控诉方出示的证据目录以外的书证，辩护律师有权建议法庭不予采信或要求法庭延期审理。

第一百条 对控诉方宣读的未出庭证人的书面证言，应注意从以下方面质证：

（一）证人不能作出庭作证的原因及对本案的影响；

（二）证人证言的形式和来源是否合法，内容是否完整、准确；

（三）本规范第九十五条规定的相关方面。

辩护律师应综合以上方面，对未出庭证人证言的可信性及时发表意见并阐明理由，如有异议，应与控诉方展开辩论。必要时，有权建议法庭不予采信或要求法庭延期审理，通知证人出庭作证。

控诉方宣读证据目录以外的证人证言，辩护律师有权建议法庭不予采信或要求法庭延期审理，通知证人出庭作证。

第一百零一条　对控诉方宣读的鉴定结论，应注意从以下方面质证：

（一）鉴定人不能出庭的原因及对本案的影响；

（二）鉴定结论的形式和来源是否合法，内容是否完整、准确；

（三）本规范第九十七条规定的其它相关方面。

辩护律师应综合以上方面，对鉴定结论的可信性及时发表意见并阐明理由，如有异议，应与控诉方展开辩论。必要时，辩护律师有权建议法庭不予采信或者要求法庭延期审理，通知鉴定人出庭接受质证，也可以申请人民法院补充鉴定或者重新鉴定。

控诉方宣读证据目录以外的鉴定结论，辩护律师有权建议法庭不予采信或要求法庭延期审理，通知鉴定人出庭接受质证，也可以申请人民法院补充鉴定或者重新鉴定。

第一百零二条　对控诉方提供并播放的视听资料，应从以下方面质证：

（一）视听资料的形成及时间、地点和周围的环境；

（二）视听资料收集的程序是否合法；

（三）播放视听资料的设备；

（四）视听资料的内容和所要证明的问题；

（五）视听资料是否伪造、变造；

（六）与其它证据的联系。

辩护律师在视听资料播放后，通过上述各方面的质证如发现该材料不真实，或者与本案没有关系，或者其内容不是被告人自愿所为等，应提出不予采信的建议和理由，控辩双方可以就此展开辩论，辩护律师有权要求法庭调查核实。

控诉方提供证据目录以外的视听资料，辩护律师有权建议法庭不予采信或要求延期审理。

第一百零三条　在控诉方举证完毕后，辩护律师应向法庭申请对本方证据进行举证。

第一百零四条　辩护律师举证时，应向法庭说明证据的形式、内容、来源以及所要证明的问题，并特别注意以下方面：

（一）物证、书证、视听资料来源的合法性；

（二）证人证言、被告人陈述、鉴定结论取得的程序的合法性；

（三）证据内容的真实性；

（四）证据与案件以及证据之间的联系。

对本方的举证，控诉方提出异议的，辩护律师应当有针对性地进行辩论，

维护本方证据的可信性。

第一百零五条　在法庭调查活动过程中，辩护律师可以请求人民法院向人民检察院调取其收集的能够证明被告人无罪或者罪轻的证据材料。

第一百零六条　在法庭审理过程中，律师有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证、书证，申请重新鉴定或勘验。

第一百零七条　案件每项事实的举证、质证完毕后，辩护律师可以发表综合性意见。

第一百零八条　法庭调查活动，有不符合法律规定或不利于查明案件事实的，辩护律师可依法提出建议或异议。

第八节　法庭辩论

第一百零九条　法庭辩论阶段，辩护律师应认真听取控诉方发表的控诉意见，记录要点，并做好辩论准备。

第一百一十条　控诉方发表控诉意见后，经审判长许可，辩护律师发表辩护意见。

第一百一十一条　辩护意见应针对控诉方的指控，从事实是否清楚、证据是否确实充分、适用法律是否准确无误、诉讼程序是否合法等不同方面进行分析论证，并提出关于案件定罪量刑的意见和理由。

第一百一十二条　为被告人做无罪辩护，应主要从以下方面进行：

（一）控诉方指控的证据不足，不能认定被告人有罪；

（二）控诉方或辩护方提供的证据，能证明属于下述情况，依据法律应当认定被告人无罪的；

1. 被告人行为情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪；

2. 被告人行为系合法行为；

3. 被告人没有实施控诉方指控的犯罪行为。

（三）其它依法认定被告人无罪的情况。

第一百一十三条　为被告人做有罪辩护，应着重从案件定性和对被告人从轻、减轻或者免除处罚等方面进行。

第一百一十四条　律师的辩护应围绕与定罪量刑有关的问题进行，抓住要害，重点突出，不在枝节问题上纠缠。

第一百一十五条　律师发表辩护意见所引用的证据、法条一定要清楚准确，核对无误。

第一百一十六条　律师的辩护发言应观点明确，论证充分，论证有力。逻辑严谨，用词准确，语言简洁。

第一百一十七条　律师辩护应向法庭陈述自己的意见和观点，以期得到采纳，不应当以旁听人员为发言对象，哗众取宠。

第一百一十八条　律师发表辩护意见应当以理服人，尊重法庭，尊重对方，不得讽刺、挖苦、谩骂、嘲笑他人。

第一百一十九条　律师多次辩护发言应避免重复，突出重点，着重针对控诉方的新问题、新观点及时提出新的辩护意见。

第一百二十条　在法庭辩论和被告人的最后陈述中，律师发现有新的或遗漏的事实、证据需要查证的，可以申请恢复法庭调查。

第一百二十一条　在法庭审理过程中，被告人当庭提出拒绝或更换律师的，应依法与之解除委托关系。

在法庭审理过程中，出现律师拒绝辩护的法定事由，可以请求休庭，参照本规范十六条的规定解除委托手续。

第一百二十二条　在庭审过程中发现审判程序违法，律师应当向法庭指出并要求予以纠正。

第九节　休庭后的工作

第一百二十三条　休庭后，律师应就当庭出示、宣读的证据及时与法庭办理交接手续。

第一百二十四条　休庭后，辩护律师应尽快整理辩护意见。

对于在法庭上出示的证据，休庭后律师应及时与审判人员办理移交手续。

第一百二十五条　一审判决后，律师有权获得判决书。在上诉期间，律师可会见被告人，听取其对判决书内容及是否上诉的意见，并给予法律帮助。

第六章　担任公诉案件二审辩护人

第一百二十六条　律师承办二审公诉案件，办理委托手续与一审相同。必要时，二审律师可向一审律师了解案件有关情况，请求提供有关材料，一审律师应予协助。

第一百二十七条　接受委托后，应被告人要求，辩护律师可协助或代其书

写上诉状。

第一百二十八条 二审辩护律师阅卷、会见被告人、调查取证等方面的要求与一审相同。

第一百二十九条 二审案件开庭审理的，律师参加庭审的要求与一审相同。

第一百三十条 二审案件不开庭审理的，律师应向法庭提交书面辩护意见，可以提供新的证据。

第一百三十一条 律师认为一审判决事实不清或证据不足的，应要求二审法院开庭审理。

第一百三十二条 对于二审法院决定发回重审的案件，如果被告人继续委托律师的，应重新办理委托手续。

第七章 审判阶段担任公诉案件被害人的诉讼代理人

第一百三十三条 律师可以接受公诉案件被害人（包括公民、法人和其他组织）、已死亡被害人的近亲属，无行为能力或限制行为能力被害人的法定代理人的委托，担任其诉讼代理人。委托手续参见本规范第十三条的规定办理。

第一百三十四条 律师接受委托后，应向委托人提供法律咨询和其它法律帮助。

第一百三十五条 公诉案件被害人和代理律师在开庭前三日内收到出庭通知的，代理律师有权要求法院更改开庭日期。

法院已决定开庭而不通知被害人及其代理律师出庭的，代理律师有权要求法院依法通知，保证被害人及其代理律师出庭。

第一百三十六条 代理律师收到法院开庭通知后因故不能按时出庭的，参照本规范第八十三条、八十四条的规定办理。

第一百三十七条 代理律师应在开庭前向人民法院了解案件是否公开审理。如果案件涉及被害人的隐私，可以要求人民法院不公开审理。

第一百三十八条 代理律师应告知被害人有权对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员申请回避，并协助被害人行使此项权利。

第一百三十九条 在法庭审理过程中，代理律师应依法指导、协助或代理委托人行使以下诉讼权利：

（一）陈述案件事实；

（二）出示、宣读有关证据；

（三）请求法庭通知未到庭的证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人出庭作证；

（四）经审判长许可，向被告人、证人、鉴定人、勘验检查笔录制作人发问；

（五）对各项证据发表意见；

（六）对被告人及其辩护人向被害人提出的威胁性、诱导性或与本案无关的发问提出异议；

（七）申请通知新的证人到庭，调取新的证据，申请重新鉴定或者勘验；

（八）必要时，请求法庭延期审理。

第一百四十条　在法庭审理中，代理律师应与公诉人互相配合，依法行使控诉职能，与被告人及其辩护人展开辩论。代理意见与公诉意见不一致的，代理律师应从维护被害人的合法权益出发，独立发表代理意见，并可与公诉人展开辩论。

第一百四十一条　休庭后，代理律师应告知委托人核对庭审笔录，补充遗漏或修改差错，确认无误后再签名或盖章。

第一百四十二条　被害人及其法定代理人不服一审判决的，代理律师可协助或代理委托人，在其收到判决书后五日内，请求人民检察院抗诉。

第一百四十三条　公诉案件进入二审程序后，律师的代理工作参照一审相关规定进行。

第八章　担任自诉案件当事人的诉讼代理人或辩护人

第一节　担任自诉人的诉讼代理人

第一百四十四条　律师可以接受自诉人及其法定代理人的委托，担任其诉讼代理人。接受委托前，应审查案件是否符合法定自诉案件范围和立案条件。委托手续参照本规范第十三条的规定办理。

第一百四十五条　代理律师应帮助自诉人分析案情，确定被告人和管辖法院，调查、了解有关事实和证据，代写刑事起诉状。起诉状应包括以下主要内

容：

（一）自诉人、被告人的姓名、年龄、民族、籍贯、出生地、文化程度、职业、工作单位、住址等自然情况；

（二）被告人的犯罪事实，包括犯罪时间、地点、手段、危害后果等；

（三）被告人行为所触犯的罪名；

（四）具体的诉讼请求；

（五）致送人民法院的名称和具体时间；

（六）证人的姓名、住址；

（七）证据的名称、件数、来源等。

被告人是二人以上的，应按被告人的人数提供起诉状的副本。

第一百四十六条 自诉人同时要求民事赔偿的，代理律师可协助其制作刑事附带民事起诉状，写明被告人犯罪行为所造成的损害，具体的赔偿请求及计算依据。附带民事诉讼代理应办理相应委托手续。

第一百四十七条 律师代理提起自诉时，应携带下列材料和文件：

（一）自诉人身份证件；

（二）刑事起诉状；

（三）证据材料及目录；

（四）授权委托书；

（五）律师事务所介绍信；

（六）律师执业证。

同时提起附带民事诉讼的，应提交刑事附带民事起诉状。民事部分单独起诉的，应单独提交附带民事起诉状。

第一百四十八条 人民法院对自诉案件进行审查后，要求自诉人补充证据或撤回自诉的，律师应协助自诉人作好补充证据工作或与自诉人协商是否撤回自诉。

第一百四十九条 人民法院对自诉案件做出不予立案的，律师可以代理自诉人向人民法院申请复议。

第一百五十条 人民法院决定开庭的，代理律师应作好开庭前准备工作。对于自己无法取得的证据，可申请人民法院依法调查取证。

第一百五十一条 刑事自诉案件，被告人提起反诉的，代理律师可接受自诉人委托，担任其反诉辩护人，但应办理相应委托手续。

第一百五十二条 代理律师应向自诉人告知有关自诉案件开庭的法律规定，避免因自诉人拒不到庭或擅自中途退庭导致法院按自动撤诉处理的法律后

果。自诉人因故不能委托代理律师出庭的，代理律师应按时出庭履行职责。

第一百五十三条 自诉案件开庭审理时，代理律师应协助自诉人充分行使控诉职能，运用证据证明自诉人的指控成立。

第一百五十四条 自诉案件依法可以适用简易程序的，代理律师可以代理自诉人要求人民法院适用简易程序。自诉案件依法不应适用简易程序的，代理律师可以代理自诉人对于法院适用简易程序的决定提出异议。

第一百五十五条 自诉案件法庭辩论结束后，代理律师可以根据委托人授权参加法庭调解。

第一百五十六条 代理律师应协助自诉人在法院宣告判决前决定是否与被告人和解或者撤回自诉。

第一百五十七条 代理律师办理二审自诉案件，参照本节有关规定进行。

第二节 担任自诉案件被告人的辩护人

第一百五十八条 律师可以接受自诉案件被告人的委托担任其辩护人，委托手续参见本规范第十三条的规定办理。

第一百五十九条 律师担任自诉案件被告人的辩护人，应注意以下事项：

(一) 自诉案件被告人有权提起反诉；

(二) 自诉人经两次合法传唤无正当理由不到庭或者未经法庭许可中途退庭的，按撤诉处理；

(三) 自诉案件可以调解；

(四) 自诉人可以同被告人自行和解，或者撤回自诉。

第一百六十条 对于被羁押的自诉案件被告人，辩护律师可代其申请取保候审。具体办法参见本规范第三章第五节的相关规定。

第一百六十一条 自诉案件被告人的辩护人，在一审、二审及简易程序中的活动，参照本规范第五章、第六章及第十章的有关规定进行。

第九章　担任附带民事诉讼当事人的诉讼代理人

第一节　担任附带民事诉讼原告人的诉讼代理人

第一百六十二条　律师可以接受公诉案件被害人、自诉案件自诉人及其法定代理人的委托，担任附带民事诉讼的诉讼代理人。可以授权委托律师提起附带民事诉讼的人包括因犯罪行为遭受物质损失的被害人（公民、法人和其他组织），已死亡被害人的近亲属，无行为能力或者限制行为能力被害人的法定代理人。委托手续参见本规范第十三条的规定办理。

第一百六十三条　律师接受委托前，应审查下列内容：

（一）作为提起附带民事诉讼前提的刑事诉讼是否已经提起；

（二）附带民事诉讼的被告人是否符合法定条件（附带民事诉讼的被告人除刑事被告人外，还包括未被追究刑事责任的其他共同致害人，未成年刑事被告人的监护人，已被执行死刑的罪犯的遗产继承人，审结前已死亡的被告人的遗产继承人，对刑事被告人的犯罪行为依法应当承担民事赔偿责任的单位和个人等）；

（三）被害人的物质损失是否由被告人的犯罪行为所引起；

（四）附带民事诉讼提起的时间是否在刑事案件立案之后第一审判决宣告之前。

第一百六十四条　代理律师接受委托后，应代理委托撰写附带民事起诉状，其基本内容包括：

（一）附带民事诉讼原告人、被告人的自然情况；

（二）具体诉讼请求；

（三）基本事实和理由；

（四）致送人民法院的名称和具体时间；

（五）相关的证据材料。

第一百六十五条　对于人民法院决定不予立案的附带民事诉讼，可以建议委托人另行提起民事诉讼。

第一百六十六条　代理律师应指导、协助委托人收集证据，展开调查，申请鉴定。

第一百六十七条　在提起附带民事诉讼时，代理律师可以建议或协助委托人申请人民法院对被告人的财产予以扣押或查封。

第一百六十八条　代理律师应注意并告知委托人，经人民法院两次传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭，将导致自动撤诉的结果。

第一百六十九条　代理律师在庭审中享有以下权利：

（一）经委托人授权可以对本案合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员提出回避申请；

（二）陈述案件事实；

（三）出示、宣读本方证据；

（四）申请法庭通知本方证人出庭作证；

（五）经审判长许可对被告人、证人、鉴定人发问；

（六）对对方证据提出异议；

（七）对对方代理人的不当发问提出异议；

（八）发表代理意见。

第一百七十条　代理律师应指导委托人参加调解，准备调解方案。

第一百七十一条　原告人对于一审判决、裁定中附带民事诉讼部分不服的，代理律师应协助其提起上诉。

第一百七十二条　附带民事诉讼进入二审程序后，律师可以接受附带民事诉讼原告人的委托，担任二审诉讼代理人，具体委托手续参见本规范第十三条的规定。

第一百七十三条　律师代理参加二审附带民事诉讼的，参照一审程序的相关规定办理。

第二节　担任附带民事诉讼被告人的诉讼代理人

第一百七十四条　律师可以接受附带民事诉讼的被告人及其法定代理人的委托，在一审、二审程序中，担任诉讼代理人。委托手续参见本规范第十三条的规定办理。

第一百七十五条　刑事诉讼被告人的辩护律师也可接受委托，同时担任附带民事诉讼被告人的诉讼代理人。

第一百七十六条　代理律师应帮助被告人撰写答辩状，进行调查、取证，申请鉴定，参加庭审，举证质证，进行辩论，发表代理意见。其诉讼权利与附带民事诉讼原告人的律师相同。

第一百七十七条 附带民事诉讼被告人对于一审判决附带民事诉讼部分不服的，代理律师应协助其提起民事诉讼。

第十章 简易程序的辩护与代理

第一百七十八条 适用简易程序审理的公诉案件被告人和自诉案件被告人均可委托律师担任辩护人；适用简易程序审理的公诉案件被害人和自诉案件的自诉人可以委托律师担任诉讼代理人。委托手续参见本规范第十三条的规定办理。

第一百七十九条 律师担任公诉案件、自诉案件被告人的辩护人，或者公诉案件被害人、自诉案件自诉人的诉讼代理人，均应向委托人阐明关于简易程序的法律规定。对于不符合《刑事诉讼法》第一百七十四条适用简易程序审理的案件，可以向人民法院提出异议，请求转为普通程序。

第一百八十条 适用简易程序审理的公诉案件，公诉人不出庭的，在被告人就起诉书指控的犯罪进行陈述和辩护后，辩护律师可以出示相关证据，并发表辩护意见。

第一百八十一条 适用简易程序审理的公诉案件，公诉人出庭时，辩护律师可以与公诉人互相质证，申请法庭通知证人出庭作证；经法庭许可，可以互相进行辩论。

第一百八十二条 适用简易程序审理的自诉案件，自诉人的代理律师和被告人的辩护律师可以依法陈述，举证质证，发表代理、辩护意见，互相进行辩论。

第一百八十三条 适用简易程序审理的案件，在法庭审理过程中发现以下情形时，辩护律师应建议法庭中止审理，转普通程序：

（一）公诉案件被告人的行为不构成犯罪的；

（二）公诉案件被告人应被判处三年以上有期徒刑的；

（三）被告人当庭翻供，对于起诉书所指控的犯罪事实予以否认的；

（四）辩护律师准备作无罪辩护的；

（五）事实不清或者证据不充分的；

（六）其他依法不应当或者不适宜简易程序审理的。

第十一章　担任申诉案件的代理人

第一百八十四条　律师可以接受案件当事人及其法定代理人、近亲属的委托，对已经发生法律效力的判决、裁定向人民法院或者人民检察院提出申诉，委托手续参见本规范第十三条的规定。

第一百八十五条　律师有理由为申诉符合《刑事诉讼法》规定的下列情形之一的，可以依法要求人民法院重新审判，也可依法提请人民检察院抗诉：

（一）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实有错误的；

（二）据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；

（三）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（四）审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

第一百八十六条　人民法院对申诉案件决定再审的，律师按照原审程序进行辩护或代理，但应另行办理委托手续。

第十二章　附　　则

第一百八十七条　本规范适用于全国律师承办刑事辩护业务与刑事代理业务，由中华全国律师协会负责解释。

第一百八十八条　全国各省、市、自治区律师协会制订的有关规定与本规范不符的，以本规范为准。

第一百八十九条　本规范自发布之日起试行，一九九八年四月二十五日第一次修订。

六、中华人民共和国行政诉讼法

（1989年4月4日第七届全国人民代表大会第二次会议通过 1989年4月4日中华人民共和国主席令第十六号公布 自1990年10月1日起施行）

第一章 总 则

第一条 为保证人民法院正确、及时审理行政案件，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权，根据宪法制定本法。

第二条 公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。

第三条 人民法院依法对行政案件独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

人民法院设行政审判庭，审理行政案件。

第四条 人民法院审理行政案件，以事实为根据，以法律为准绳。

第五条 人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。

第六条 人民法院审理行政案件，依法实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。

第七条 当事人在行政诉讼中的法律地位平等。

第八条 各民族公民都有用本民族语言、文字进行行政诉讼的权利。

在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区，人民法院应当用当地民族通用的语言、文字进行审理和发布法律文书。

人民法院应当对不通晓当地民族通用的语言、文字的诉讼参与人提供翻译。

第九条 当事人在行政诉讼中有权进行辩论。

第十条 人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。

第二章　受案范围

第十一条　人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：

（一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；

（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；

（三）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；

（四）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；

（五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；

（六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；

（七）认为行政机关违法要求履行义务的；

（八）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

第十二条　人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：

（一）国防、外交等国家行为；

（二）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；

（三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；

（四）法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

第三章　管　　辖

第十三条　基层人民法院管辖第一审行政案件。

第十四条　中级人民法院管辖下列第一审行政案件：

（一）确认发明专利权的案件、海关处理的案件；

（二）对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件；

（三）本辖区内重大、复杂的案件。

第十五条 高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审行政案件。

第十六条 最高人民法院管辖全国范围内重大、复杂的第一审行政案件。

第十七条 行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

第十八条 对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。

第十九条 因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。

第二十条 两个以上人民法院都有管辖权的案件，原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼。原告向两个以上的有管辖权的人民法院提起诉讼的，由最先收到起诉状的人民法院管辖。

第二十一条 人民法院发现受理的案件不属于自己管辖时，应当移送有管辖权的人民法院。受移送的人民法院不得自行移送。

第二十二条 有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。

人民法院对管辖权发生争议，由争议双方协商解决。协商不成的，报它们的共同上级人民法院指定管辖。

第二十三条 上级人民法院有权审判下级人民法院管辖的第一审行政案件，也可以把自己管辖的第一审行政案件移交下级人民法院审判。

下级人民法院对其管辖的第一审行政案件，认为需要由上级人民法院审判的，可以报请上级人民法院决定。

第四章 诉讼参加人

第二十四条 依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。

有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起诉讼。

有权提起诉讼的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以提起诉讼。

第二十五条 公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，作出具体行政行为的行政机关是被告。

经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。

两个以上行政机关作出同一具体行政行为的，共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告。

由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，该组织是被告。由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告。

行政机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关是被告。

第二十六条 当事人一方或者双方为二人以上，因同一具体行政行为发生的行政案件，或者因同样的具体行政行为发生的行政案件、人民法院认为可以合并审理的，为共同诉讼。

第二十七条 同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。

第二十八条 没有诉讼行为能力的公民，由其法定代理人代为诉讼。法定代理人互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

第二十九条 当事人、法定代理人，可以委托一至二人代理诉讼。

律师、社会团体、提起诉讼的公民的近亲属或者所在单位推荐的人，以及经人民法院许可的其他公民，可以受委托为诉讼代理人。

第三十条 代理诉讼的律师，可以依照规定查阅本案有关材料，可以向有关组织和公民调查，收集证据。对涉及国家秘密和个人隐私的材料，应当依照法律规定保密。

经人民法院许可，当事人和其他诉讼代理人可以查阅本案庭审材料，但涉及国家秘密和个人隐私的除外。

第五章 证 据

第三十一条 证据有以下几种：

（一）书证；

（二）物证；

（三）视听资料；

（四）证人证言；

（五）当事人的陈述；

（六）鉴定结论；

（七）勘验笔录、现场笔录。

以上证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据。

第三十二条 被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。

第三十三条 在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。

第三十四条 人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。

人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。

第三十五条 在诉讼过程中，人民法院认为对专门性问题需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。

第三十六条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。

第六章　起诉和受理

第三十七条 对属于人民法院受案范围的行政案件，公民、法人或者其他组织可以先向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议，对复议不服的，再向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼。

法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议不服再向人民法院提起诉讼的，依照法律、法规的规定。

第三十八条 公民、法人或者其他组织向行政机关申请复议的，复议机关应当在收到申请书之日起两个月内作出决定。法律、法规另有规定的除外。

申请人不服复议决定的，可以在收到复议决定书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期满之日起十五日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。

第三十九条 公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起三个月内提出。法律另有规定的除外。

第四十条 公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的，在障碍消除后的十日内，可以申请延长期限，由人民法院决定。

第四十一条 提起诉讼应当符合下列条件：

（一）原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织；

（二）有明确的被告；

（三）有具体的诉讼请求的事实根据；

（四）属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

第四十二条　人民法院接到起诉状，经审查，应当在七日内立案或者作出裁定不予受理。原告对裁定不服的，可以提起上诉。

第七章　审理和判决

第四十三条　人民法院应当在立案之日起五日内，将起诉状副本发送被告。被告应当在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料，并提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起五日内，将答辩状副本发送原告。

被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

第四十四条　诉讼期间，不停止具体行政行为的执行。但有下列情形之一的，停止具体行政行为的执行：

（一）被告认为需要停止执行的；

（二）原告申请停止执行，人民法院认为该具体行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害社会公共利益，裁定停止执行的；

（三）法律、法规规定停止执行的。

第四十五条　人民法院公开审理行政案件，但涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的除外。

第四十六条　人民法院审理行政案件，由审判员组成合议庭，或者由审判员、陪审员组成合议庭。合议庭的成员，应当是三人以上的单数。

第四十七条　当事人认为审判人员与本案有利害关系或者有其他关系可能影响公正审判，有权申请审判人员回避。

审判人员认为自己与本案有利害关系或者有其他关系，应当申请回避。

前两款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定。当事人对决定不服的，可以申请复议。

第四十八条 经人民法院两次合法传唤，原告无正当理由拒不到庭的，视为申请撤诉；被告无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。

第四十九条 诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重，予以训诫、责令具结悔过或者处一千元以下的罚款、十五日以下的拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）有义务协助执行的人，对人民法院的协助执行通知书，无故推拖、拒绝或者妨碍执行的；

（二）伪造、隐藏、毁灭证据的；

（三）指使、贿买、胁迫他人作伪证或者威胁、阻止证人作证的；

（四）隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押、冻结的财产的；

（五）以暴力、威胁或者其他方法阻碍人民法院工作人员执行职务或者扰乱人民法院工作秩序的；

（六）对人民法院工作人员、诉讼参与人、协助执行人侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的。

罚款、拘留须经人民法院院长批准。当事人不服的，可以申请复议。

第五十条 人民法院审理行政案件，不适用调解。

第五十一条 人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前，原告申请撤诉的，或者被告改变其所作的具体行政行为，原告同意并申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。

第五十二条 人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。

人民法院审理民族自治地方的行政案件，并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。

第五十三条 人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。

人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的，以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的，由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。

第五十四条 人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：

（一）具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持。

（二）具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：

1.主要证据不足的；

2.适用法律、法规错误的；

3.违反法定程序的；

4.超越职权的；

5.滥用职权的。

（三）被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。

（四）行政处罚显失公正的，可以判决变更。

第五十五条　人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。

第五十六条　人民法院在审理行政案件中，认为行政机关的主管人员、直接责任人员违反政纪的，应当将有关材料移送该行政机关或者其上一级行政机关或者监察、人事机关；认为有犯罪行为的，应当将有关材料移送公安、检察机关。

第五十七条　人民法院应当在立案之日起三个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法律批准，高级人民法院审理第一审案件需要延长的，由最高人民法院批准。

第五十八条　当事人不服人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的，有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。逾期不提起上诉的，人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。

第五十九条　人民法院对上诉案件，认为事实清楚的，可以实行书面审理。

第六十条　人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起两个月内作出终审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理上诉案件需要延长的，由最高人民法院批准。

第六十一条　人民法院审理上诉案件，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决驳回上诉，维持原判；

（二）原判决认定事实清楚，但适用法律、法规错误的，依法改判；

（三）原判决认定事实不清，证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判，发回原审人民法院重审，也可以查清事实后

改判。当事人对重审案件的判决、裁定，可以上诉。

第六十二条 当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为确有错误的，可以向原审人民法院或者上一级人民法院提出申诉，但判决、裁定不停止执行。

第六十三条 人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现违反法律、法规规定认为需要再审的，应当提交审判委员会决定是否再审。

上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现违反法律、法规规定的，有权提审或者指令下级人民法院再审。

第六十四条 人民检察院对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现违反法律、法规规定的，有权按照审判监督程序提出抗诉。

第八章 执　　行

第六十五条 当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定。

公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的，行政机关可以向第一审人民法院申请强制执行，或者依法强制执行。

行政机关拒绝履行判决、裁定的，第一审人民法院可以采取以下措施：

（一）对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金，通知银行从该行政机关的账户内划拨；

（二）在规定期限内不履行的，从期满之日起，对该行政机关按日处五十元至一百元的罚款；

（三）向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院；

（四）拒不履行判决、裁定，情节严重构成犯罪的，依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。

第六十六条 公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行的，行政机关可以申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。

第九章　侵权赔偿责任

第六十七条　公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的，有权请求赔偿。

公民、法人或者其他组织单独就损害赔偿提出请求，应当先由行政机关解决。对行政机关的处理不服，可以向人民法院提起诉讼。

赔偿诉讼可以适用调解。

第六十八条　行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的，由该行政机关或者该行政机关工作人员所在的行政机关负责赔偿。

行政机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的行政机关工作人员承担部分或者全部赔偿费用。

第六十九条　赔偿费用，从各级财政列支。各级人民政府可以责令有责任的行政机关支付部分或者全部赔偿费用。具体办法由国务院规定。

第十章　涉外行政诉讼

第七十条　外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼，适用本法。法律另有规定的除外。

第七十一条　外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼，同中华人民共和国公民、组织有同等的诉讼权利和义务。

外国法院对中华人民共和国公民、组织的行政诉讼权利加以限制的，人民法院对该国公民、组织的行政诉讼权利，实行对等原则。

第七十二条　中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。中华人民共和国声明保留的条款除外。

第七十三条　外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼，委托律师代理诉讼的，应当委托中华人民共和国律师机构的律师。

第十一章 附 则

第七十四条 人民法院审理行政案件，应当收取诉讼费用。诉讼费用由败诉方承担，双方都有责任的由双方分担。收取诉讼费用的具体办法另行规定。

第七十五条 本法自一九九〇年十月一日起施行。

附件 1：

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的意见（试行）

（1991 年 5 月 29 日　最高人民法院审判委员会第 499 次会议讨论通过）

一、受案范围

1. “具体行政行为”是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权，针对特定的公民、法人或者其他组织，就特定的具体事项，作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。

2. 根据行政诉讼法第十一条规定的受案范围，公民对劳动教养管理委员会作出的劳动教养的决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼。

公民对公安机关作出的强制收容审查的决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼。

公民对计划生育主管部门作出的征收超生费、罚款的行政处罚不服的，可以向人民法院提起行政诉讼。

3. 行政诉讼法第十二条第（四）项规定“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”中的“法律”，是指全国人民代表大会及其常务委员会依照立法程序制定、通过和颁布的规范性文件。

法规或者规章规定行政机关对某些事项可以作“最终裁决”，而公民、法人或者其他组织不服行政机关依据这些法规或者规章作出的“最终裁决”，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

4. 公民、法人或者其他组织对行政机关就赔偿问题所作的裁决不服的，可以向人民法院提起行政诉讼。

5. 公民、法人或其他组织对行政机关依照职权作出的强制性补偿决定不服的，可以依法提起行政诉讼。

6. 行政机关居间公民、法人或者其他组织之间以及他们相互之间的民事

权益争议作调解或者根据法律、法规的规定作仲裁处理，当事人对调解、仲裁不服，向人民法院起诉的，人民法院不作为行政案件受理。

7. 公民、法人或者其他组织对人民政府或者其主管部门有关土地、矿产、森林等资源的所有权或者使用权归属的处理决定不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应作为行政案件受理。

8. 公民、法人或者其他组织对行政机关工作人员的非职务行为向人民法院提起行政诉讼的，人民法院不予受理。

二、管　　辖

9. 专门人民法院不设行政审判庭，不受理行政案件。

10. 有下列三种情形之一的，即属于行政诉讼法第十七条中规定的“复议机关改变原具体行政行为”：

（1）复议机关改变原具体行政行为认定的事实的；

（2）复议机关改变原具体行政行为所适用的法律、法规或者规章的；

（3）复议机关改变原具体行政行为的处理结果，即撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为的。

11. 行政诉讼法第十八条中“原告所在地”，包括原告的住所地、经常居住地和被限制人身自由所在地。

三、诉讼参加人

12. 有权提起诉讼的公民死亡，其提起诉讼的近亲属为原告。近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

13. 两个或两个以上当事人对同一具体行政行为不服，向人民法院提起诉讼的，是共同原告。

14. 不具备法人资格的其他组织向人民法院提起行政诉讼，由该组织的主要负责人作法定代表人；没有主要负责人时，可以由实际上的负责人作法定代表人。

15. 在诉讼进行中，作为原告的法人或者其他组织和作为被告的行政机关的主要负责人被更换，导致参加诉讼的法定代表人也要更换时，应向人民法院提交新的法定代表人的身份证明书，继续参加诉讼；已进行的诉讼活动对于继续参加诉讼的法定代表人具有约束力。

16. 复议机关在法定期间内不作复议决定，当事人对原具体行政行为不服，向人民法院起诉的，应以作出原具体行政行为的行政机关为被告。

17. 人民法院在第一审程序中，征得原告的同意后，可以依职权追加或者变更被告。应当变更被告，而原告不同意变更的，裁定驳回起诉。

18. 公民、法人或者其他组织对行政机关的派出机构作出的具体行政行为不服，向人民法院起诉的，应以该行政机关为被告。但法律、法规对派出机构有授权的除外。

19. 公民、法人或者其他组织对行政机关与非行政机关共同署名作出的处理决定不服，向人民法院提起行政诉讼的，应以作出决定的行政机关为被告，非行政机关不能当被告。但侵犯公民、法人或者其他组织合法权益，需要进行赔偿的，人民法院可以通知非行政机关作为第三人参加诉讼。

20. 人民法院传唤当事人到庭，一律使用传票。

21. 行政诉讼法第二十七条中的“同提起诉讼的具体行政行为有利害关系”，是指与被诉具体行政行为有法律上的权利义务关系。

22. 行政机关就同一违法事实处罚了两个以上共同违法的人，其中一部分人对处罚决定不服，向人民法院起诉的，人民法院发现没有起诉的其他被处罚人与被诉具体行政行为有法律上的利害关系，应当通知他们作为第三人参加诉讼。

23. 第三人有权提出与本案有关的诉讼请求；对人民法院的一审判决不服，有权提出上诉。

24. 当事人委托诉讼代理人，应向人民法院提交授权委托书。委托书应载明委托事项和权限范围，并经人民法院审查同意。解除委托，应书面报告人民法院。

25. 社会团体接受委托时，该社会团体的法定代表人为委托诉讼代理人。社会团体的法定代表人征得委托人的同意，可以指定该社会团体的成员或者聘请律师作为诉讼代理人。

26. 当事人及其诉讼代理人，对准许查阅的庭审材料，可以摘抄，但不得擅自复制。

27. 复议机关改变原具体行政行为的，复议机关为被告，但复议机关可以委托原裁决机关的工作人员一至二人作为诉讼代理人，也可以依法委托其工作人员或者律师作为诉讼代理人。

四、证　　据

28. 根据行政诉讼法第三十三条的规定，在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据，作为被告的诉讼代理人的律师，同样不得自行向原告和

证人收集证据。

29. 对原告起诉是否超过起诉期限有争议的，由被告负举证责任。

30. 被告在第一审庭审结束前，不提供或者不能提供作出具体行政行为的主要证据和所依据的规范性文件的，人民法院可以依据行政诉讼法第三十二条和第五十四条第（二）项的规定，判决撤销被诉具体行政行为。

五、起诉和受理

31. 法律规定当事人不服行政机关的具体行政行为，可以向人民法院起诉，也可以申请复议并由复议机关作终局裁决的，当事人选择了申请复议，就不能再向人民法院提起行政诉讼。如果当事人既提起诉讼又申请复议的，以先收到有关材料的机关为当事人所选择的机关；同时收到的，由当事人选择。

32. 当事人对行政机关的具体行政行为不服，依法应当先申请复议的，当事人未申请复议就直接向人民法院起诉的，人民法院不予受理。

33. 法律、法规没有规定对行政机关的具体行政行为不服，可以向人民法院起诉的，当事人对行政机关在行政诉讼法实施前作出的具体行政行为不服，向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。但是，当事人在行政诉讼法实施后才知道行政机关作出具体行政行为的，人民法院应依法予以受理。

34. 行政机关作出具体行政行为时，不制作、不送达决定书，当事人对具体行政行为不服，向人民法院起诉时，只要能证实具体行政行为的存在并符合其他起诉条件的，人民法院应予受理。

35. 行政机关作出具体行政行为时，未告知当事人的诉权或者起诉期限，致使当事人逾期向人民法院起诉的，其起诉期限从当事人实际知道诉权或者起诉期限时计算，但逾期的期间最长不得超过一年。

36. 当事人对人民法院判决撤销行政机关的具体行政行为后行政机关重新作出的具体行政行为仍不服的，可以作为新的行政案件向人民法院起诉。如果行政机关以同一事实和理由重新作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为的，人民法院应根据行政诉讼法第五十四条第（二）项和第五十五条的规定判决撤销，并根据第六十五条第三款的规定进行处理。

37. 治安行政案件中，复议机关撤销了原处罚决定，被侵害人不服而依法起诉的，人民法院应予受理。

38. 被侵害人或者被处罚人不服公安派出所依据《治安管理处罚条例》第三十三条第二款的规定作出的警告或者五十元以下的罚款裁决，向设立该公安派出所的公安机关申请复议，复议机关改变原裁决，作出五十元以上罚款或者

拘留处罚裁决，当事人对复议裁决不服的，可以直接向人民法院起诉。

39. 被侵害人认为被处罚人在同一事件中实施了两种违反治安管理的行为，公安机关只认定并处罚了一种行为，被侵害人如果要求公安机关处罚另一种行为而提起诉讼的，人民法院不予受理。

40. 人民法院接到原告的起诉状，应由行政审判庭进行审查，符合起诉条件的，应当在七日内立案受理；不符合起诉条件的，应当在七日内作出不予受理的裁定。

41. 法律、法规中只规定了对某类具体行政行为不服，可以申请复议，没有规定可以向人民法院起诉，而行政诉讼法规定可以向人民法院起诉的，当事人向人民法院起诉时，应当告知当事人向行政机关申请复议。

42. 行政机关在一个具体行政行为中，依据不同的法律、法规分别作出不同处理的，起诉期限应按照相应的法律、法规的规定，分别计算。人民法院对未超过起诉期限部分的起诉予以受理；对已超过起诉期限部分的起诉不予受理。

43. 行政机关根据两个以上法律、法规作出的一个具体行政行为中，只有一项处理内容，如果法律、法规规定的起诉期限不一致，当事人起诉时，只要未超过其中最长的起诉期限，人民法院应予受理。

44. 行政机关就同一事实，对若干人作出具体行政行为，根据法律规定，当事人对这类具体行政行为不服，可以向上一级行政机关申请复议并由复议机关作终局裁决，也可以直接向人民法院起诉的，如果一部分人选择了申请复议，这部分人就不能再向人民法院起诉，另一部分仍可以依法向人民法院起诉。

45. 法律、法规规定，当事人对具体行政行为不服，必须经过复议才能向人民法院起诉的，如果行政机关在复议决定中追加当事人，被追加的当事人对复议决定不服的，可以直接向人民法院起诉。

六、审理和判决

46. 当事人的一个行为同时违反两个或两个以上法律、法规，如果不同的主管行政机关分别依据不同的法律、法规给予行政处罚，受处罚人均不服，向人民法院起诉的，人民法院可以合并审理。

47. 行政机关就同一事实，若干人分别作出行政处理决定，被处理的人不服，分别起诉到人民法院的，人民法院可以根据情况决定合并审理，也可以分案审理。

48. 在诉讼过程中，被告又发现原告有新的违法行为，并对其进行了处理，如果原告不服新的处理决定，向人民法院提起诉讼的，人民法院可以另案审理，也可以合并审理。

49. 当事人申请回避，应在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。申请回避，可以口头提出，也可以书面提出。

被申请回避的人员，在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外。

50. 人民法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出的三日内，以口头或者书面形式作出决定。申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次。复议期间，被申请回避的人员，不停止参与本案的工作。人民法院对复议申请，应当在三日内作出复议决定，并通知复议申请人。

51. 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，他判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。

人民法院采取财产保全措施，可以责令申请人提供担保；申请人不提供担保的，驳回申请。

人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定，裁定采取财产保全措施的，应当立即开始执行。

52. 财产保全限于诉讼请求所涉及的范围，或者与本案有关的财物。财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。

53. 被申请财产保全的人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。

54. 申请财产保全有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

55. 人民法院对控告行政机关没有依法发给抚恤金的案件，根据当事人的申请，可以书面裁定先予执行。

56. 当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

57. 在诉讼过程中，行政机关申请人民法院强制执行被诉具体行政行为的，人民法院不予执行。在必要时，人民法院可以采取财产保全措施。

58. 被诉行政机关与受诉人民法院不在同一地区，人民法院审理行政案件适用地方性法规时，应当以作出具体行政行为的行政机关依法所适用的地方性法规为依据。

59. 原告无正当理由，经两次合法传唤拒不到庭的，视为申请撤诉，人民法院可以根据情况裁定准许或者不准许撤诉。

60. 人民法院裁定不准许原告撤诉，如果原告仍拒不到庭的，可以比照行政诉讼法第四十八条的规定缺席判决。

61. 人民法院裁定准许原告撤诉，原告再起诉时，人民法院不予受理。

原告因在法定期间内未预交诉讼费，又不提出缓交诉讼费用申请，按自动撤回起诉处理的，原告在起诉期间内再次起诉，人民法院应予受理。

62. 被告行政机关在第一审程序中，改变其所作的具体行政行为，如果原告申请撤诉未获准许，或者原告不申请撤诉的，人民法院应继续审理被诉的原具体行政行为。

63. 人民法院在审理行政案件过程中，发现被处罚人的行为构成犯罪，应当追究刑事责任的，如果对刑事责任的追究不影响本案审理的，应继续审理，并应及时将有关犯罪材料移送有关机关；如果对刑事责任的追究影响本案审理的，应中止诉讼，将有关犯罪材料移送有关机关处理，在有关机关作出最终处理后，再恢复诉讼。

64. 在诉讼过程中，有下列情形之一的，中止诉讼：

（一）原告死亡，需要等待其近亲属表明是否参加诉讼的；

（二）原告丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；

（三）作为原告的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；

（四）一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；

（五）其他应当中止诉讼的情形。

中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。

因本条第一款（一）、（二）、（三）项原因中止诉讼满三个月，仍无人继续诉讼的，终结诉讼。

65. 人民法院判决撤销复议机关维持的原具体行政行为，复议裁决自然无效。

66. 人民法院在审理行政案件中，对行政机关应给予行政处罚而没有给予行政处罚的人，不能直接给予行政处罚。

67. 人民法院判决被告重新作出具体行政行为，被告重新作出的具体行政行为的事实和理由部分只要改变了其中的一部分，即不属于行政诉讼法第五十五条中规定的“同一事实和理由”。

68. 人民法院以违反法定程序为由，判决撤销行政机关具体行政行为的，行政机关重新作出具体行政行为时，不受行政诉讼法第五十五条规定的限制。

69. 人民法院审理行政案件的法律文书的名称是：行政判决书、行政裁定书、行政赔偿调解书，等等。

70. 人民法院作出判决或者裁定需要参照规章时，应当写明“根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十三条，参照××规章（条、款项）的规定”。

71. 裁定适用于下列范围：

（一）起诉不予受理；

（二）驳回起诉；

（三）诉讼期间停止具体行政行为的执行或者驳回停止执行的申请；

（四）财产保全和先予执行；

（五）准许或者不准许撤诉；

（六）中止或者终结诉讼；

（七）补正判决书中的笔误；

（八）中止或者终结执行；

（九）其他需要裁定的事项。

对第（一）、（二）项裁定，当事人可以上诉。

裁定书应由合议庭成员、书记员署名，加盖人民法院印章。依法口头裁定的，记入笔记。

72. 一审判决后，当事人中一个或者部分人上诉，上诉后是可分之诉的，未上诉的当事人在法律文书中可以不列；上诉后仍是不可分之诉的，未上诉的当事人可以列为被上诉人。

71. 上诉状通过原审人民法院提出的，应当按照对方当事人的人数提出副本。

当事人直接向第二审人民法院上诉的，第二审人民法院应当在五日内将上诉状发交原审人民法院。

原审人民法院或者第二审人民法院收到上诉状后，应当立即通知对方当事人。

74. 原审人民法院收到上诉状，应当在五日内将上诉状副本送达对方当事人。对方当事人收到上诉状副本，应当在十日内提出答辩状。当事人不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

原审人民法院收到上诉状、答辩状，应当连同全部案卷和证据，尽快报送第二审人民法院。

75. 第二审人民法院对上诉案件的审理，必须全面审查第一审人民法院认定的事实是否清楚，适用的法律、法规是否正确，有无违反法定程序，不受上

诉范围的限制。

76. 在第二审程序中，行政机关不得改变其原具体行政行为。上诉人如因行政机关改变其原具体行政行为而申请撤回上诉的，人民法院不予准许。

77. 第二审人民法院审理不服第一审人民法律裁定不予受理的上诉案件，如认为该案应予受理，应裁定撤销一审裁定，指令原审人民法院立案受理。

第二审人民法院审理不服第一审人民法院裁定驳回起诉的上诉案件，如认为一审裁定有错误，应裁定撤销一审裁定，发回原审人民法院重新审理。

78. 第二审人民法院裁定发回第一审人民法院重新审理的行政案件，原审人民法院应当另行组成合议庭进行审理。

79. 第二审人民法院审理上诉案件，需要改判时，应当撤销、部分撤销一审判决，并依法判决维持、撤销或者变更被诉的具体行政行为。

80. 按照审判监督程序决定再审的案件，应当裁定中止原判决的执行。裁定由院长署名，加盖人民法院印章。

七、执　　行

81. 发生法律效力的行政判决、裁定和行政赔偿调解书，由第一审人民法院执行。

82. 对于行政机关依据行政诉讼法第六十六条的规定，申请人民法院强制执行其具体行政行为的，由被执行人所在地的基层人民法院受理执行。基层人民法院认为需要中级人民法院执行的，可以报请中级人民法院决定。

83. 法律规定由行政机关作最终裁决的具体行政行为，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院不予执行。

84. 公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行法律、法规规定，应当由行政机关依法强制执行的，行政机关申请人民法院强制执行，人民法院不予执行。

公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行法律、法规规定，可以由行政机关依法强制执行，也可以申请人民法院强制执行的，行政机关申请人民法院强制执行，人民法院应予执行。

公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行，行政机关依法没有强制执行的，申请人民法院强制执行的，人民法院应予执行。

85. 行政机关依法申请人民法院强制执行时，应当提交申请执行书、据以执行的法律文书和其他必须提交的材料，如果人民法院发现据以执行的法律文

书确有错误，经院长批准，不予执行，并将申请材料退回行政机关。

86. 对发生法律效力的人民法院的行政判决、裁定或者行政赔偿调解书，一方拒绝履行的，对方当事人可以依照行政讼法第六十五条的规定向人民法院申请强制执行。

执行员接到申请执行书或者移交执行书，应当在十日内了解案情，并通知被执行人在指定的期间内履行。逾期不履行的，强制执行。

87. 当事人向第一审人民法院申请执行生效判决、裁定的期限为三个月。申请执行的期限从法律文书规定期间的最后一日计算。法律文书中没有规定履行期间的，从该法律文书生效之日起计算；逾期申请的，除有正当理由外，不予执行。

88. 对行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为的，由执行庭负责审查和执行。申请执行的期限是自起诉期限届满之日起三个月。逾期申请的，人民法院不予受理。

被执行的款、物，交申请执行的行政机关，人民法院依法收取执行费用。

89. 人民法院对公民、法人或者其他组织采取强制措施，可以裁定冻结、划拨被执行人的存款或者扣留、提取被执行人的劳动收入；也可以裁定查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人的财产。

人民法院采取上述措施时，不得超出被执行人应当履行义务的范围；被执行人是公民的，应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用和生活必需品。

90. 人民法院裁定冻结、划拨存款或者扣押、提取收入时，应当发出协助执行通知书，被执行人所在单位、银行、信用合作社和其他有储蓄业务的单位必须办理。

91. 人民法院查封、扣押财产时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场；被执行人是法人或者其他组织的，应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的，不影响执行。被执行人是公民的，其工作单位或者财产所在地的基层组织应当派人参加。

92. 对于查封、扣押的财产，执行员必须造具清单，由在场人签名或者盖章后，交被执行人一份。被执行人是公民的，也可以将清单交给他成年家属一份。

93. 财产被查封、扣押后，执行员应当责令被执行人在指定期间履行法律文书确定的义务。被执行人逾期不履行的，人民法院可以按规定交有关单位拍卖或者变卖被查封、扣押的财产。国家禁止自由买卖的物品，交有关单位按照

国家规定的价格收购。

94. 强制迁出房屋、强制拆除违章建筑或者强制退出土地，由院长签发公告，责令被执行人在指定的期间内履行。被执行人逾期不履行的，由执行员强制执行。

强制执行时，被执行人是公民的，应当通知被执行人或者他的成年家属到场；被执行人是法人或者其他组织的，应当通知其法定代表人或者主要负责人到场。拒不到场的，不影响执行。被执行人是公民的，其工作单位或者房屋、土地所在地的基层组织应当派人参加。执行员应当将强制执行情况记入笔录，由在场人签名或者盖章。强制迁出房屋被搬出的财物，由人民法院派人运至指定处所，交给被执行人。被执行人是公民的，也可以交给他的成年家属。因拒绝接收而造成的损失，由被执行人承担。

95. 有下列情形之一的，人民法院应当裁定中止执行；

（一）申请人表示可以延期执行的；

（二）案外人对执行标的提出确有理由的异议的；

（三）作为一方当事人的公民死亡，需要等待继承人继承权利或者承担义务的；

（四）作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；

（五）人民法院认为应当中止执行的其他情形。

中止的情形消失后，恢复执行。

96. 有下列情形之一的，人民法院应当裁定终结执行：

（一）申请人撤销申请的；

（二）据以执行的法律文书被撤销的；

（三）作为被执行人的公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承担人的；

（四）追索抚恤金案件的权利人死亡的；

（五）人民法院认为应当终结执行的其他情形。

97. 人民法院中止和终结执行的裁定，送达当事人后立即生效。

八、侵权赔偿责任

98. 公民、法人或者其他组织可以在提起行政诉讼的同时一并提起行政赔偿诉讼，也可以在诉讼过程中提起行政赔偿诉讼。

99. 公民、法人或者其他组织对行政机关所作出的行政赔偿决定不服，可以在接到行政赔偿决定书之日起三十日内向人民法院提起诉讼。法律、法规另

有规定的除外。

100. 行政赔偿诉讼可以适用调解，也可以直接判决维持或者改变行政赔偿决定。

九、期　　间

101. 行政诉讼期间，从开始之日的次日起计算。期间不是以月的第一天起计算时，一个月为三十日。

102. 期间的最后一天是星期日或者其他法定休假日，可以依次顺延。期间不包括在途时间。

103. 基层人民法院申请延长办案期限，应当直接报请高级人民法院批准，同时报中级人民法院备案。

十、诉讼费用

104. 同一案件有两个以上原告的，由最先提起诉讼的原告预交诉讼费用；同时提起诉讼的，预交诉讼费用由原告自行协商解决，协商不成的，由人民法院决定。

105. 人民法院的第二审判决一并撤销一审判决和被诉具体行政行为的，一、二审诉讼费用均应由被诉行政机关承担。

106. 人民法院判决部分维持和部分撤销行政机关的具体行政行为，诉讼费由原、被告双方按责任大小分担。

107. 在诉讼过程中，被告改变其具体行政行为，原告申请撤诉，人民法院裁定准许的，案件受理费由被告负担，减半收取；其他诉讼费用按实际支出收取。如果原告不撤诉或者人民法院不准许撤诉的，诉讼费用由败诉方负担。

108. 原告或者上诉人在法定期限内不预交诉讼费用，又不提出缓交申请的，按自动撤诉处理。

109. 在行政诉讼中，被诉具体行政行为有争议价额或金额的，当事人按财产案件收费标准预交诉讼费用。

110. 人民法院裁定不予受理的案件，免收诉讼费用。

十一、涉外行政诉讼

111. 在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、企图企业和组织，委托中华人民共和国律师或者其他人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民

共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。112. 人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列方式：

（一）依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；

（二）通过外交途径送达；

（三）对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达。

（四）向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；

（五）向受送人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；

（六）受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；

（七）不能用上述方送达的，公告送达。自公告之日起满六个月，即视为送达。

113. 在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起三十日内提起上诉。被上诉人在收到上诉状副本后，应当在三十日内提出答辩状。当事人不能在法定期间提起上诉或者提出答辩状，申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

十二、其　他

114. 人民法院审理行政案件，除依照行政诉讼法的规定外，对本规定没有规定的，可以参照民事诉讼的有关规定。

115. 本规定自 1991 年 7 月 11 日起试行。最高人民法院以前所的有关司法解释，凡与本规定不一致的，一律按本规定执行。